

Roj: **STS 5507/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5507**Id Cendoj: **28079130042012100596**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **20/07/2012**Nº de Recurso: **580/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ENRIQUE LECUMBERRI MARTI**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ PV 4234/2010,**
STS 5507/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, el recurso de casación número 580/2011, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Aurora Esquivias Yustas, en representación de la IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE SAN SEBASTIAN, de la IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE VITORIA y de la IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE BILBAO, y por la el Procurador de los Tribunales D. LUIS POZAS OSSET en representación de la ASOCIACIÓN KRISTAU ESKOLA, contra la sentencia de treinta de noviembre de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recaída en los autos número 440/2009 , sobre disposición general en el ámbito educativo.

Ha comparecido como parte recurrida el Procurador de los Tribunales D. Felipe Juanas Blanco en representación de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El recurso contencioso administrativo nº 440/2009, seguido ante la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, contra el Decreto 23/2009, de 3 de febrero, "por el que se establece el currículo de Bachillerato y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco", publicado en el BOPV nº 41, de 27 de febrero de 2009, en aquello que se refería a la enseñanza de religión , terminó por sentencia num. 845/2010, de treinta de noviembre de dos mil diez , cuyo fallo es del siguiente tenor: "**QUE DESESTIMANDO LA CAUSA DE INADMISIBILIDAD DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA PROPUESTA POR EL ELTRADO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAIS VASCO, DEBEMOS DESESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LA ASOCIACIÓN KRISTAU ESLOLA, IGLESIA CATÓLICA- DIOCESIS DE BILAO, IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE SAN SEBASTIÁN , E IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE VITORIA, CONTRA EL DECRETO 23/2009, DE 3 DE FEBRERO (BOPV NUM. 41/27.2.09), POR EL QUE SE ESTABLECE EL CURRÍCULO DE BACHILLERATO Y SE IMPLANTA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAIS VASCO. SIN QUE PROCEDA EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS .**"

SEGUNDO .- Una vez notificada la citada sentencia, la representación procesal en autos de la ASOCIACIÓN KRISTAU ESLOLA, IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE BILAO, IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE SAN SEBASTIÁN , E IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE VITORIA presentaron escritos escrito manifestando su intención de preparar recurso de casación y por diligencia de ordenación siguiente se tuvo por preparado el recurso de casación, siendo las partes emplazadas ante esta Sala del Tribunal Supremo.



TERCERO .- Los escritos de interposición formulados por la ASOCIACIÓN KRISTAU ESLOLA, IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE BILAO, IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE SAN SEBASTIÁN , E IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE VITORIA están planteados en idénticos términos, bajo el ordinal d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y terminan suplicando que se dicte sentencia por la que se estime el recurso de casación, case y anule la recurrida y, resuelva de conformidad con el suplico del escrito de demanda.

CUARTO .- Por providencia de dieciséis de noviembre de dos mil once, la Sección Primera de esta Sala admitió el recurso y acordó la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de esta Sección se tuvieron por recibidas las actuaciones y se dio traslado del escrito a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días procediera a la formalización de los correspondientes escritos, poniéndole de manifiesto las actuaciones.

SEXTO.- La representación en autos de la Comunidad Autónoma del País Vasco presentó en fecha de veintiséis de enero de dos mil doce escrito en el que formula oposición al recurso de casación formulado por ambas partes recurrentes, en el que suplica el rechazo de los motivos de impugnación deducidos , con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo el día diecisiete de julio de dos mil doce, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto del presente recurso de casación acuerda desestimar el recurso contencioso administrativo 440/2009 interpuesto por la representación procesal de la IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE SAN SEBASTIAN, de la IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE VITORIA y de la IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE BILBAO y la ASOCIACIÓN KRISTAU ESKOLA relación con el Decreto 23/2009 de 3 de febrero, del Gobierno Vasco, por el que se establece el currículo de Bachillerato y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La sentencia recoge resumidamente los motivos impugnatorios de las partes demandantes que hoy también recurren en casación:

" Los motivos impugnatorios son:

1.- *Infracción del derecho a la igualdad y a la no discriminación, producida en la actividad alternativa a la enseñanza de religión. Se invoca el art. 2.3 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, el art. 14 de la CE, la D.A.2ª. 1 de la LO 2/2006 . Se argumenta, tras citar jurisprudencia, que los alumnos que opten por la enseñanza de religión, pueden ser objeto de discriminación respecto de los alumnos que no opten, cuando no se establezca ninguna actividad alternativa a la Enseñanza de Religión, cuando se establezca alguna actividad alternativa que consista en el estudio o aprendizaje de las demás materias del currículo, y cuando la actividad alternativa que se establezca no esté sometida a evaluación, y, en cambio, si lo esté la enseñanza de Religión.*

Se alega que la D.A.1ª del Decreto no contempla ninguna actividad alternativa a la Enseñanza de Religión .

2.- *Se alega invocando el art. 2 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, y el art. 27.3 de la CE , que la enseñanza de Religión no se contempla en todos los centros de educación, de modo real y efectivo, ni en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales. Que se contempla inserta en un sistema que resulta disuasorio para optar por la Enseñanza de Religión. Se alega que es un atentado al derecho de los padres que reconoce el art. 27.3 del CE.*

3.- *Invocando el art. 9.3 de la CE , se alega que se vulnera el derecho a la seguridad jurídica "producida en la actividad alternativa a la enseñanza de Religión". Se insiste en que la D.A.1ª del Decreto no contempla ninguna actividad alternativa a la Enseñanza de Religión.*

4.- *Con invocación del art. 2 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede se argumenta que el art. 14.1 del Decreto contempla 32 horas lectivas semanales, las cuales no incluyen la Enseñanza de Religión, según resulta de la pormenorización contenida en el Anexo I. El informe de la Dirección de Estudios y Régimen Jurídico, del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, de 18 de junio de 2008, dice textualmente que el alumnado que opte por cursar las Enseñanzas de Religión tendrá asignadas dos horas más en su horario, al no preverse una asignatura alternativa. Según el Anexo se trata de una hora semanal, no dos horas."*



Las recurrentes formularon demanda en la instancia en la que solicitaron a la Sala del País Vasco que dictara sentencia :

- a) Declarando la nulidad o anulando y revocando y dejando sin valor ni efecto alguno el Decreto recurrido en la parte impugnada de la Enseñanza de Religión (Disposición Adicional Primera y Anexo I, y artículo 14 por conexión).
- b) Reconociendo, como situación jurídica individualizada, el derecho de los recurrentes a que se establezca una actividad alternativa a la enseñanza de religión necesariamente existente, ajena al estudio o aprendizaje de contenidos curriculares de otras materias, y sometida a evaluación.

La sentencia desestima el recurso bajo la siguiente argumentación que consideramos "ratio decidendi" de la misma:

. No es discriminatorio y no vulnera el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede que no se establezca actividad alternativa complementaria para quienes no opten por la Enseñanza en Religión. Estamos en una etapa post obligatoria.

. La normativa que se impugna no contempla ninguna actividad alternativa, acomodándose al RD 1467/2007, 2 de noviembre, básica estatal, que tampoco la contempla y a diferencia del derogado RD 2438/1994.

. Se parte de situaciones desiguales, puesto que unos alumnos reciben enseñanza religiosa y otros no, lo que queda en el ámbito de decisión voluntaria acorde con el principio de libertad ideológica, religiosa y de culto consagrado en el artículo. 16.1 y 27.3 de la CE . La garantía de no discriminación resulta, del apartado 5 de la Disposición Adicional 2ª LOE 2/2006, y no se comparte, en definitiva, la idea subyacente de que para evitar efectos disuasorios en el ámbito decisorio de quienes opten por la enseñanza religiosa, deba imponerse a los demás alumnos algún tipo de actividad reglada para conseguir una igualdad en el horario lectivo, aunque obviamente no en los contenidos, que por otra parte no podrían ser ni curriculares, ni relativos al hecho religioso, ni de ocio, ni tiempo de estudio, según la tesis que parece sostenerse en la demanda.

. La Jurisprudencia de esta Sala no impone la existencia de actividades alternativas complementarias a la Enseñanza de Religión.

SEGUNDO.- Ambos recursos de casación, de redactado idéntico, se fundamentan en un único motivo del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción , por estimar que la sentencia incurre en infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o la Jurisprudencia que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Las vulneraciones que considera que se producen en la sentencia son las siguientes:

1.- *Infracción del derecho a la igualdad y a la no discriminación, producida en la actividad alternativa a la enseñanza de religión* . El artículo 2 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de Enero de 1979, el artículo 14 de la Constitución y la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de Mayo, de Educación , garantizan el derecho a la igualdad y a la no discriminación, en lo que se refiere a la Enseñanza de la Religión. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional conceptúa el derecho a la igualdad constitucional como el derecho al mismo tratamiento jurídico en la misma situación, salvo que exista alguna justificación objetiva y razonable para la diferencia. Por ello, todos los elementos involucrados en el "hecho de recibir o no recibir la Enseñanza Religiosa" han de ser configurados de tal manera que se cumpla la referida igualdad y no discriminación. Los alumnos que opten por la enseñanza de religión puede ser objeto de discriminación: a) cuando no se establezca ninguna actividad alternativa a la enseñanza de religión, y haya alumnos que no opten por religión, pues aquellos primeros alumnos habrán de soportar una asignatura más, con dedicación de un tiempo a ella, mientras que los demás estarán libres de esa asignatura y dedicación, lo que supone que tendrán más tiempo y capacidad para otras y estarán en mejores condiciones académicas; b) cuando existiendo una actividad alternativa a la enseñanza de religión y consista en el estudio o aprendizaje de las demás materias del currículo, por las ventajas que ello indefectiblemente supondría, y c) cuando existiendo actividad alternativa a la enseñanza de religión, no esté sometida a evaluación, y , en cambio la enseñanza de religión sí que esté sometida a evaluación. La sentencia de este Tribunal de 1 de abril de 1998 , al amparo de la anterior regulación establecida por el RD 2438/1994, estableció que es discriminatorio que no haya actividades alternativas a la enseñanza de la religión. La falta de establecimiento de actividades alternativas a la enseñanza de la religión, constituye una discriminación para los alumnos que optan por la enseñanza de religión; discriminación que solamente se supera y elimina si se establecen actividades alternativas. No cabe argumentar la falta de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para establecer una actividad alternativa a la enseñanza de religión so pretexto de que la normativa estatal básica, al no contemplar esta actividad alternativa la está impidiendo con ese carácter de norma básica obligatoria.



2.- *Infracción del derecho a la enseñanza de la religión producida en la actividad alternativa a la enseñanza de religión.* Nos encontramos además, en la penalización de la enseñanza de Religión, respecto a los alumnos que opten por la misma, ya que se constituye un sistema que resultará disuasorio a la hora de optar o no por dicha enseñanza de religión. Con ello se incumple el Acuerdo con la Santa Sede. En el Bachillerato, al menos la enseñanza de religión ha de configurarse como optativa, es decir, como alternativa académica, lo que ocurre con el Decreto de la Generalidad de Cataluña 142/08, el que se establece como alternativa académica y queda dentro del horario lectivo.

3.- *Infracción del derecho a la seguridad jurídica, producida en la actividad alternativa a la enseñanza de religión. Art. 9.3 de la Constitución.* El mandato de igualdad y no discriminación, que se establece en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, así como en el artículo 14 de la Constitución, exige que ha de existir alguna actividad alternativa a la Enseñanza de Religión, y con unas características concretas y determinadas, para evitar la discriminación y la vulneración de la igualdad. El Decreto recurrido no aclara nada de esto e impide a los optantes que tengan toda la información necesaria para poder ejercitar su opción. Es un caso de oscuridad de la norma, en su grado máximo. La sentencia debe reconocer el pronunciamiento de la letra b) del suplico de nuestra demanda, porque recoge los requisitos que ha de tener la actividad alternativa a la enseñanza de religión, para que no incurra en las referidas falta de seguridad jurídica e infracciones mencionadas.

4.- *Infracción producida por el Decreto recurrido.* La Disposición Adicional 1ª del Decreto, alude a las Enseñanzas de Religión "en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, en el horario lectivo establecido por el Centro para el Bachillerato". Sin embargo, el artículo 14.1 del mismo Decreto dice que "en cada uno de los dos cursos del Bachillerato se impartirán, como mínimo, 32 horas lectivas semanales". Esas 32 horas semanales son las pormenorizadas en el Anexo I del mismo Decreto recurrido, las cuales no incluyen la enseñanza de religión. Por tanto, pese a la Disposición Adicional 1ª del Decreto, no queda incluida la Enseñanza de Religión en el horario lectivo del centro (por venir así claramente detallado en el Anexo I del Decreto recurrido). De esta forma, el Decreto incurre en infracción del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, en su artículo 2, párrafo segundo, por infracción de las "condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales." Cuestiones relativas al horario -una hora semana- de la enseñanza de religión.

5. *No infracción del artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción.* Se trata de reconocer el derecho de los recurrentes a que la actividad alternativa a la Enseñanza de Religión tenga unas características sustantivas determinadas, que son precisamente las necesarias para evitar las infracciones producidas.

TERCERO.- La Comunidad Autónoma del País Vasco sustenta su escrito de oposición en los siguientes puntos:

a. - Carácter extraordinario del recurso de casación. Reiteración del debate de la instancia. No vulneración de los principios invocados (igualdad y no discriminación), ni el Acuerdo de 3 de Enero de 1979 acoge un mandato obligacional directo hacia la etapa educativa -bachillerato-.

b. - Inexistencia de infracción del artículo 14 de la Constitución. La sentencia afirma con corrección que existe justificación razonable que permita mantener esta posición en el Bachillerato -FD 4º-. Hipotético exceso en la labor de los Tribunales respecto a cómo han de quedar redactadas las disposiciones generales - artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción - Especificidad de esta etapa educativa respecto al resto de niveles educativos, en lo que atañe específicamente a la asignatura alternativa de religión.

c. - Inexistencia de infracción del artículo 27.3 de la Constitución.

d. - Inexistencia de infracción del artículo 9.3 de la Constitución -seguridad jurídica-. Se aborda por la Administración autonómica una regulación del currículo que con carácter básico ha establecido el Estado en la que no se contempla el establecimiento de una actividad alternativa a religión.

e. - Base legal y competencial para la aprobación del Decreto 23/2009, de 3 de Febrero y su acomodo a las bases estatales. Se dicta en aplicación y desarrollo de la normativa básica, comprendida por la Ley Orgánica 2/2006, de Educación (LOE) (D.Ad 2ª), y que habrá de estarse al Acuerdo de 1979 con la Santa Sede. Por su parte, el RD 1467/2007, cumple su mandato de fijación de los aspectos básicos del currículo que constituyen las enseñanzas mínimas del bachillerato, así como encomienda a las Administraciones educativas que establezcan "el currículo del bachillerato, del que formarán parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas en este real decreto..." Además, se encomienda a los centros docentes que desarrollen y completen "el currículo del bachillerato establecido por las administraciones educativas, concreción que formará parte del proyecto educativo al que hace referencia el artículo 121.1 LOE. No integra el núcleo de lo básico el establecimiento de una asignatura alternativa a la religión en el bachillerato, maxime cuando no existe constancia alguna de ningún reproche de legalidad hacia el RD 1467/2007, de la que emana posteriormente el correspondiente desarrollo autonómico.



f. - El Decreto 23/2009, de 3 de Febrero, se dicta en desarrollo de la legislación básica estatal. No cabe atribuir al Decreto impugnado ni un "exceso", ni una "omisión" del contenido esencial del derecho a la educación, sino más bien la reproducción literal de la Disposición Ad. Tercera del RD 1467/2007. El silencio, que no omisión, del Decreto impugnado es, por tanto, un silencio que se encuadra, en el propio silencio que deliberadamente ha impuesto el Reglamento del Estado 1467/2007, que enmarca una opción legítima en una fase educativa que abarca los dos últimos años anteriores al nivel universitario en la que la edad de los alumnos permite establecer tal distinción respecto de la materia alternativa a la religión manteniendo una plena comunión con la LOE. Por otra parte, debe tenerse en cuenta, además que el contenido mínimo de esa posible e hipotética asignatura, habría de preexistir al establecimiento mínimo del currículo, esto es, competencias, objetivos, contenidos, métodos pedagógicos o criterios de evaluación, en su caso, sobre cuyo diseño ha de basarse en lo que venga determinado en las enseñanzas mínimas que fija el Ministerio correspondiente. Se pretende crear "ex novo" una enseñanza mínima que no ha propiciado la regulación estatal.

g. - El Acuerdo de 3 de enero de 1979 no abarca las enseñanzas del Bachillerato actualmente en vigor según la LOE. El Bachillerato actual -dos cursos a partir de los 16 años- es totalmente distinto al anterior BUP tal y como fue concedido por la Ley 14/1970. Esos dos años pretenden capacitar a los alumnos para acceder a la educación superior, para lo que les ofrece una preparación especializada acorde con sus perspectivas e intereses de formación para permitirles también la incorporación a la vida activa una vez finalizado el mismo.

h. - Sobre la relación entre el horario y el establecimiento de una enseñanza alternativa a la religión. Irrelevancia. La asignatura de religión se sitúa al margen del horario mínimo, y, por tanto también en su caso la pretendida alternativa.

CUARTO.- La recurrente plantea bajo el ordinal d) del artículo 88.1 de nuestra Ley de la Jurisdicción, en esencia, la infracción por la sentencia de instancia del principio de igualdad de trato - artículo 14 de la Constitución -, y a la no discriminación, en lo que se refiere a los alumnos que durante el desarrollo de la etapa educativa postobligatoria -Bachillerato- opten, a través de sus padres o ellos mismos si son mayores de edad, por la Enseñanza de Religión.

Hemos resumido la parte principal de las argumentaciones de ataque a la sentencia de instancia por las partes recurrentes, así como también las de la parte recurrida, por lo que queda ya acudir a la verdadera controversia planteada en atención a cada una de las aristas que constituyen el contenido de este único motivo.

En primer lugar, según el artículo 32.1 de la LOE 2/2006 y artículo 1.1 del Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre: " 1. El bachillerato forma parte de la educación secundaria postobligatoria y comprende dos cursos académicos. Se desarrolla en modalidades diferentes, se organiza de modo flexible y, en su caso, en distintas vías dentro de cada modalidad, a fin de que pueda ofrecer una preparación especializada al alumnado acorde con sus perspectivas e intereses de formación o permita la incorporación a la vida activa una vez finalizado el mismo." Sus fines, a partir de este marco son, según el artículo 32.2 de la citada LOE y artículo 2.1 del citado Real Decreto: " El bachillerato tiene como finalidad proporcionar a los estudiantes formación, madurez intelectual y humana, conocimientos y habilidades que les permitan desarrollar funciones sociales e incorporarse a la vida activa con responsabilidad y competencia. Asimismo, capacitará a los alumnos para acceder a la educación superior."

Según el artículo 34.1 de la LOE y el 5 del RD 1467/2007 el Bachillerato se organizará en materias comunes, materias de modalidad y materias optativas. El artículo 9.2 del RD 1467/2007 establece que: " Las administraciones educativas regularan las materias optativas del bachillerato, de tal forma que el alumno o la alumna pueda elegir también como materia optativa al menos una materia de modalidad. La oferta de materias optativas deberá incluir una Segunda lengua extranjera y Tecnologías de la información y la comunicación "

Las partes recurrentes consideran que la Enseñanza de Religión debe como mínimo configurarse dentro del currículo como una optativa para dar cumplimiento al bloque constitucional y legal citado, de tal forma que sea una alternativa académica.

El artículo 6 de la LOE define el currículo como " 1. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entiende por currículo el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas reguladas en la presente

Ley.2. Con el fin de asegurar una formación común y garantizar la validez de los títulos correspondientes, el Gobierno fijará, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación, los aspectos básicos del currículo que constituyen las enseñanzas mínimas a las que se refiere la disposición adicional primera, apartado 2, letra c de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación .



3. Los contenidos básicos de las enseñanzas mínimas requerirán el 55 % de los horarios escolares para las Comunidades Autónomas que tengan lengua cooficial y el 65 % para aquéllas que no la tengan.

4. Las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores. Los centros docentes desarrollarán y completarán, en su caso, el currículo de las diferentes etapas y ciclos en uso de su autonomía y tal como se recoge en el capítulo II del título V de la presente Ley .

El artículo 9 del RD 1467/2007 lo concreta para esta etapa del Bachillerato:

"Se entiende por currículo del bachillerato el conjunto de objetivos, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de estas enseñanzas.

2. *El presente real decreto fija los aspectos básicos del currículo, que constituyen las enseñanzas mínimas del bachillerato a los que se refiere el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación .*

3. *Las administraciones educativas establezcan el currículo del bachillerato, del que formaran parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas en este real decreto que requieran el 65 por 100 de los horarios escolares o el 55 por 100 en las comunidades autónomas que tengan lengua cooficial.*

4. *Los centros docentes desarrollaran y completaran el currículo del bachillerato establecido por las administraciones educativas, concreción que formara parte del proyecto educativo al que hace referencia el artículo 121.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación ."*

La carga fundamental de las recurrentes se centra en la infracción por la interpretación sostenida en la sentencia del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 en su relación con la redacción de los preceptos del Decreto 23/2009, que recogen la enseñanza de la religión en esta etapa del Bachillerato. El artículo II del Acuerdo dispone:

"Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado 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.

En los niveles de enseñanza mencionados, las autoridades académicas correspondientes permitirán que la jerarquía eclesiástica establezca, en las condiciones concretas que con ella se convenga, otras actividades complementarias de formación y asistencia religiosa ."

A partir de aquí, la sentencia de instancia considera que al no contemplarse en la normativa básica estatal tampoco alternativa académica alguna , en su Disposición Adicional Tercera, no puede exigirse al Decreto impugnado un desarrollo que sí la contemple, sin que tampoco la exigencia de la enseñanza en "condiciones equiparables" pueda suponer o implicar la regulación de una alternativa académica complementaria para aquellos que no opten por la religión. En definitiva no hay vulneración del Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede por no incluir la enseñanza de la religión como alternativa académica dentro del horario lectivo mínimo.

QUINTO.- Procede, analizar si el Decreto recurrido, en los preceptos concretos referidos a la Enseñanza de la Religión , desarrollo autonómico de la normativa estatal básica , supone una vulneración del principio de igualdad de trato - artículo 14 de la Constitución - generador de discriminación para los alumnos de la etapa de Bachillerato que opten por la Enseñanza de Religión tal y como resulta configurada en el Decreto 23/2009.

Nuestro marco jurídico actual en materia de educación y respecto a la Enseñanza de Religión se configura a partir de los preceptos constitucionales que son el artículo 9.3 , 14 , 16 y 27 de la Constitución , así como el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, la LOE 2/2006, de 3 de Mayo, de Educación , y el Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas .

Este último Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre no configura en su Disposición Adicional Tercera actividad complementaria alternativa a aquellos alumnos que no opten por recibir Enseñanza de Religión, a diferencia de lo que realizaba el Real Decreto 2438/1994, de 16 de Diciembre, por el que se regulaba la Enseñanza de Religión y la Orden de 3 de Agosto de 1995 de desarrollo por la que se regulaban las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de religión establecidas por aquel Real Decreto.



Este derogado Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de la Religión (Vigente hasta el 7 de noviembre de 2007), preveía un sistema de actividades alternativas complementarias obligatorias a quienes no optaran por la Enseñanza de Religión. Así la sentencia de esta Sala, de 23 de Marzo de 2004, rec cas 11414/98, con respecto a esta norma recogía cómo se organizaba la enseñanza de religión en todas las etapas educativas:

g) *El Real Decreto 2.438/1994, de 16 de diciembre establece un sistema, que puede sintetizarse, en lo que a este caso interesa, de la siguiente forma:*

1º) La oferta de la Religión Católica será obligatoria para todos los centros en los niveles de Educación Infantil, Primaria, Secundaria Obligatoria y Bachillerato, siendo voluntaria para los alumnos. Su evaluación en la Educación Primaria y en la Educación Secundaria Obligatoria se realizará, a todos los efectos, del mismo modo que las demás área o materias del currículo, haciéndose constar en el expediente académico de los alumnos las calificaciones obtenidas. En el Bachillerato las calificaciones que se hubieren obtenido en la evaluación de las enseñanzas de la Religión no se computarán en la obtención de la nota media a efectos de acceso a la Universidad ni en las convocatorias para la obtención de becas y ayudas al estudio que realicen las Administraciones públicas cuando hubiere que acudir a la nota media del expediente para realizar una selección entre los solicitantes.

2º) Los alumnos que no hubieren optado por la enseñanza religiosa deberán seguir con carácter obligatorio las actividades de estudio alternativas que organicen los centros, como enseñanzas complementarias, en horario simultáneo a las enseñanzas de Religión. Tales actividades no serán objeto de evaluación y no tendrán constancia en los expedientes académicos de los alumnos. En los cursos 3º y 4º de Enseñanza Secundaria Obligatoria, y 1º de Bachillerato, estas actividades versarán sobre manifestaciones escritas, plásticas y musicales de las diferentes confesiones religiosas, que permitan conocer los hechos, personajes y símbolos más relevantes, así como su influencia en las concepciones filosóficas y en la cultura de las distintas épocas. En los restantes cursos tendrán como finalidad facilitar el conocimiento y la apreciación de determinados aspectos de la vida social y cultural, en su dimensión histórica o actual, a través del análisis y comentario de diferentes manifestaciones literarias, plásticas y musicales. En todo caso, estas actividades no versarán sobre contenidos incluidos en las enseñanzas mínimas y en el currículo de los respectivos niveles educativos.

h) Posteriormente se dicta la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 3 de agosto de 1995, por la que se regulan las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de la religión, y dos Resoluciones de la Dirección General de Renovación Pedagógica de 16 de agosto de 1995 desarrollan la anterior Orden Ministerial, una en cuanto actividades de estudio alternativas a la enseñanza de la Religión en la Educación Primaria, en el primer ciclo de la Educación Secundaria y en el 2º curso de Bachillerato, y otra en cuanto a tales actividades durante los cursos 3º y 4º de Educación Secundaria Obligatoria y 1º de Bachillerato, que engloba bajo el título común "Sociedad, Cultura y Religión". (F. D 2º)

"El Real Decreto 2438/1994, es mucho más explícito, al señalar cuales son sus finalidades, que se concretan en la Orden de 3 de agosto de 1995, y en las Resoluciones de la Dirección General de Renovación Pedagógica de 16 de agosto siguiente. Si se tiene en cuenta, que conforme al artículo 4º.2 de la Orden Ministerial, tales actividades deberán estar seleccionadas y aprobadas antes del inicio del período lectivo, la incertidumbre de la elección en la fecha en que debe realizarse ya no existe, pues los padres o tutores de los alumnos, o ellos mismos, en el momento de comienzo de cada etapa o nivel, o en la primera adscripción del alumno al centro, o al inicio de cada curso escolar, conocerán cuales son las actividades alternativas y podrán realizar la elección con pleno conocimiento de causa.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala (en sentencias de 31 de enero de 1997 y 26 de enero de 1998) concluye que no es vulnerador del artículo 27-3 de la Constitución que, al disciplinar reglamentariamente la enseñanza religiosa, la Administración haya optado por regular las actividades de estudio alternativas para quienes no quieran cursar aquélla no sean de un contenido total y estrictamente dirigido a la docencia moral, sino a la ampliación de conocimientos culturales de carácter general, con un especial llamamiento en determinados cursos a los ligados a los hechos y fenómenos religiosos." (FD 3º)

Pero este Real Decreto 2438/1994, ha sido derogado de forma expresa por la Disposición Derogatoria Única apartado 1 del RD 1467/2007, de 2 de noviembre.

Las recurrentes no plantean que el RD 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas, sea inconstitucional por omisión, que vulnere la normativa constitucional y legal que le sirve de amparo, sino que defiende que la legislación autonómica de desarrollo establezca el modelo concreto educativo concreto, configuración de la Enseñanza de Religión como alternativa académica -optativa-. No se cuestionó la legalidad de la normativa básica estatal - artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción -, ni se considera por este Tribunal que la misma no respete el indicado marco constitucional y



legal en materia educativa, por lo que hemos de centrarnos en el análisis del desarrollo del Decreto recurrido, en cuanto a si el mismo cumple las exigencias que proclama el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español de 3 de enero de 1979, junto con la prohibición de discriminación y vulneración del principio de igualdad de trato, artículo 14 CE, respecto de aquellos que opten por la enseñanza de religión en la etapa de bachillerato, ejercitando el derecho previsto en el artículo 27.3 en relación con el 16.1 de nuestra Constitución.

SEXTO.- Procede hacer ahora referencia a la respuesta que ha dado nuestra Sala a esta cuestión con respecto a los modelos anteriores de enseñanza de la religión en las distintas etapas educativas.

Las sentencias de tres de febrero, diecisiete de marzo y nueve de Junio de mil novecientos noventa y cuatro anulaban determinados preceptos de los Reales Decretos 1006/1991 y 1007/1991, por la inseguridad jurídica que creaban al no dejar claro en qué consistían las actividades de estudio alternativas a la religión, obligatorias por la Ley Orgánica 1/1.990, de 3 de Octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, lo que suponía una vulneración del principio de seguridad jurídica -ex artículo 9.3 de la Constitución - por falta de certeza. Lo que motivó el dictado del Real Decreto 2438/1994 a raíz de las consideraciones de esta Jurisprudencia respecto a la configuración de estas actividades alternativas complementarias.

La sentencia de esta Sala de uno de abril de mil novecientos noventa y ocho, rec ordinario 202/95, desestima y declara conforme a derecho un recurso directo interpuesto por la Confederación Española de Asociaciones de Padres de Alumnos (CEAPA) contra el Real Decreto 2438/1994, al entender que los alumnos que no optan por la enseñanza de la religión no son discriminados porque el citado Real Decreto les obligue a realizar actividades de estudio obligatorias complementarias, claramente concretadas al inicio del curso escolar, para evitar la inseguridad jurídica anterior a esa norma, y, en horario simultáneo a los que realizan religión. Los recurrentes entendían que esa imposición constituía una carga desproporcionada que vulneraba el artículo 9 y 14 de la Constitución, ya que si la enseñanza religiosa no se diera, no tendrían que realizarlas. Esta sentencia concluye que si debemos cumplir el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español, que forma parte -ex artículo 96.1 CE - de nuestro ordenamiento interno, y ofrecer "la enseñanza de la Religión Católica en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales" no es posible hacerlo sin que la legítima opción de unos de recibir enseñanza religiosa, conlleve la carga no desproporcionada y legítima de recibir enseñanza alternativa de determinadas características para no producir efectos disuasorios y cumplir la previsiones de no discriminación y condiciones de equiparabilidad con las restantes disciplinas. Deben conjugarse diferentes mandatos y ello exige una ponderación de aquello que necesariamente ha de ser preservado, como núcleo fundamental.

Cierto es que actualmente la normativa básica estatal no impone alternativa académica obligatoria -optativa- para quienes no opten por la enseñanza de religión, y que este Real Decreto 1467/2007 no es objeto de tacha de ilegalidad, ni se cuestiona ya que la normativa constitucional y legal permiten una interpretación acorde al marco prefijado. La Jurisprudencia de la Sala, por tanto, no ha examinado esta nueva situación, pero a raíz de los anteriores pronunciamientos que responden a marcos normativos diferentes es posible extraer y deducir principios claros en la configuración del modelo atendiendo al actual bloque normativo de referencia, que permite, sin duda, una interpretación acorde con el marco constitucional y normativo.

La parte recurrente cita la doctrina emanada del Tribunal Superior de Justicia de Baleares que en diversas sentencias de su Sala de lo Contencioso-administrativo ha anulado las previsiones en cuanto a la enseñanza de la religión en la etapa de Bachillerato -Decreto 82/2008-, pero tal doctrina no vincula a este Tribunal en su labor uniformadora y hermenéutica en la interpretación del ordenamiento jurídico estatal, como hemos dicho en múltiples ocasiones, por todas la reciente sentencia de diecinueve de Junio de dos mil doce, rec cas 579/2001.

La verdadera cuestión de controversia se encuentra en la declaración contenida en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, cuando exige, en lo que aquí importa, que el plan educativo del Bachillerato ha de incluir la enseñanza de la religión católica "en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales", según su artículo II y su Protocolo Final. Esas "condiciones equiparables" se ha dicho por esta Sala en sus sentencias de veintiséis de enero de mil novecientos noventa y ocho (rec 123/1995), así como en la de catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho (rec 225/1995), que no suponen condiciones idénticas, a modo de trato milimétricamente igual, ya que es aceptable una regulación que atienda a las diferencias, y por tanto distinta, como es el caso en el que se tengan que tener en cuenta mandatos diversos, que salvaguarden y preserven la libertad de opción entre unos y otros y la no discriminación en cuanto a los efectos de tales opciones.

Dicho esto, la regulación de la Enseñanza de la Religión en el Decreto impugnado no responde en su Disposición Adicional Primera a esa prestación de la enseñanza de la religión "en condiciones equiparables" que no idénticas a otras disciplinas al no establecer y organizar otras alternativas académicas a quienes equiparar, a quienes atender para cumplir el marco normativo, sino que la deja sola y carente de la fuerza que se le otorga,



tanto por la propia Constitución, el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español, la Disposición Adicional Segunda de la LOE 2/2006 y la propia Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1467/2007 , cuando se remite a la anterior LOE para la inclusión de las enseñanzas de la religión en el bachillerato. No olvidemos que la Enseñanza de la Religión es de oferta obligatoria para todos los centros y en todas las etapas educativas pero de elección voluntaria para los alumnos (o sus padres) de forma que en ningún caso se produzca discriminación tanto por una u otra opción.

La Sala de instancia considera, de forma errónea , que el hecho de que no se establezca actividad alternativa complementaria en el Decreto 23/2009, de 3 de febrero, no supone vulneración del Acuerdo de la Santa Sede ya que realiza una equiparación "a las existentes", pero no cabe entrar en ese debate puesto que la peculiaridad propia de la enseñanza de la religión dentro de nuestro modelo de Estado aconfesional artículo -16.3-, junto con las previsiones propias de no efectos para la Educación Superior y ayudas, subvenciones o becas impide igualar lo no igual, pero sí permitir una equiparación a alternativas académicas que permitan cumplir esos mandatos diversos que nuestra Jurisprudencia ha ido cohonestando para centrar lo básico y reducir las diferencias de trato a aquello que resulta objetivamente razonable.

El Decreto recurrido, debe permitir que el ejercicio de la libertad ideológica, religiosa y de culto consagrada en el artículo 16.1 de la Constitución , se manifiesta en un derecho a la educación conforme a los valores morales y religiosos conforme a las propias convicciones de los progenitores - artículo 27.3 CE -, dentro de los valores democráticos y principios constitucionales - artículo 27.2 CE - Y siempre respetando nuestro ordenamiento interno del cual forma parte el Acuerdo entre la Santa Sede y Estado Español , así como también las Leyes Orgánicas y demás bloque normativo de desarrollo, sin generar discriminación y desigualdad no razonable.

Por tanto, al no configurar el Decreto recurrido la enseñanza de la religión en la forma establecida en el bloque normativo estatal, determina el incumplimiento del mismo al no asegurar el tratamiento "en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales", al no establecerse alternativa o disciplina académica equiparable alguna que soporte la previsión normativa de nuestro ordenamiento interno. Esta previsión indefectiblemente va a generar un efectivo efecto disuasorio de los alumnos (o sus padres) que potencialmente podrían elegirla , al no incluir a la enseñanza de la religión dentro de la etapa de Bachillerato dentro del horario lectivo mínimo establecido en el Anexo I en el que la enseñanza de religión no se computa dentro del mismo -32 horas lectivas semanales según el artículo 14.1 del Decreto-

Procede por tanto haber lugar al recurso de casación y casar la sentencia de instancia al considerar que la misma infringe el ordenamiento jurídico estatal aplicable en la interpretación jurídica que sustenta la decisión de conformidad del Decreto recurrido del Gobierno Vasco 23/2009, de 3 de febrero, en los preceptos que atienden a la configuración de la enseñanza de la religión en la etapa de bachillerato.

SEPTIMO. - Seguidamente, debe, en aplicación de lo previsto en el artículo 95.2 b) de la Ley de la Jurisdicción , entrarse a la decisión del debate como órgano de instancia y analizar las pretensiones que se accionaron por las recurrentes en la instancia.

En primer lugar, en atención a lo dispuesto en anteriores fundamentos, ha de declararse disconforme a derecho y por tanto su nulidad de pleno derecho por aplicación del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , la Disposición Adicional Primera del Decreto 23/2009 y por su conexión al implicar idéntica infracción del ordenamiento jurídico citado, el artículo 14.1 y Anexo I en cuanto a la no configuración de la enseñanza de la religión en el horario lectivo mínimo.

No procede por este Tribunal la declaración de cómo han de quedar reguladas las disposiciones generales, al amparo de lo previsto en el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción y debe ser la Administración la que establezca la redacción y configuración del currículo de la etapa educativa del Bachillerato de tal forma que observe el bloque normativo estatal en toda su extensión y la Jurisprudencia de esta Sala al interpretar y aplicar la Ley, como determina el artículo 1.6 del Código Civil . Todo ello a pesar de que la recurrente considere que por esta Sala se puede indicar a la Administración los requisitos , formas y condiciones que deben tener las actividades complementarias alternativas, que en mucho excede de la labor de este Tribunal, que no se puede constituir en Administración educativa, sino enjuiciar si la actividad y actuación de esta se ajusta a los principios y preceptos del bloque normativo y a los fines de interés general y específicos del derecho a la educación previstos en nuestro Texto Supremo. Ya idéntica pretensión se sostuvo y desestimó en la sentencia de tres de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, rec 1635/1991 , ya citada anteriormente, que por su claridad se transcribe:

" Por otra parte, no se ha de estimar la alegación y pretensión actuadas en la demanda en orden a que, se obligue a la Administración demandada a restablecer la vigencia, -en las materias concretas que son objeto de este recurso-, del anterior sistema educativo que ha estado vigente hasta la entrada en vigor del reiterado Real Decreto 1.007/1.991; pues las potestades que este Organismo Jurisdiccional tiene en este momento procesal, se



agotan en relación con el contenido de los artículos 81 , 83 y 84, en relación con los artículos 41 y 42, todos ellos de la vigente Ley reguladora de esta jurisdicción ; bien, declarando o no la inadmisibilidad del recurso, ya su estimación o desestimación, en todo o en parte, según que el acto o disposición en él impugnado, sea contrario o no, respectivamente, al Ordenamiento Jurídico; y, si bien conforme al artículo 42 citado habrá de pronunciarse, en caso positivo, sobre el reconocimiento de las situaciones jurídicas individualizadas y sobre la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando procedieren; es el caso que la pretensión que ahora se analiza no tiene la naturaleza jurídica de referidas situaciones ni reconocimiento.

Por otra parte, los Organos jurisdiccionales mediante sus específicas potestades que, la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial les confieren, no pueden con sus resoluciones, ni establecer normas, que sustituyan otras potestades encomendadas por la referida Ley Fundamental a otras Poderes del Estado; y, ni mucho menos declarar la vigencia de normas que no se han cuestionado en el proceso, al formular textos alternativos de las disposiciones que ahora se anulan."

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede imponer las costas de este recurso de casación al estimarse el mismo.

No procede imponer las costas generadas en la instancia.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación 580/2011, interpuesto por la IGLESIA CATÓLICA- DIOCESIS DE SAN SEBASTIAN, la IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE VITORIA , la IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE BILBAO, y por la ASOCIACIÓN KRISTAU ESKOLA contra la sentencia de treinta de noviembre de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recaída en los autos número 440/2009 , que se casa y anula.

SE ESTIMA parcialmente el recurso contencioso-administrativo nº 440/2009 contra el Decreto 23/2009, de 3 de febrero por el que se establece el currículo de Bachillerato y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco, y se declaran disconforme a derecho y nulos la Disposición Adicional Primera , artículo 14.1 y Anexo I en lo que se refiere a la Enseñanza de Religión, desestimando todo lo demás.

Sin condena en costas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Martí, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.