

B) CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

ESPAÑA

Fernando Amérigo

Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid

Tribunal Constitucional

Derecho a la información.

Sentencia 12/2012, de 30 de enero de 2012.¹

Antecedentes.

a) La periodista doña Lidia González Hermida, contratada por la productora Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., acudió a la consulta de doña Rosa María Fornés Tamarit, esteticista y naturista, haciéndose pasar por una paciente, por lo que fue atendida por ésta en la parte de su vivienda destinada a consulta, ocasión utilizada por la primera para grabar la voz y la imagen de la segunda por medio de una cámara oculta.

b) Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., cedió la grabación obtenida a Televisión Autonómica Valenciana, S.A., que la emitió en el programa PVP de la cadena de televisión Canal 9, dirigido por don Javier Ángel Preciado de Cossío y presentado por doña Manuela Lacomba Ríos. Además de emitirse la grabación con las imágenes y la voz captada a doña Rosa María Fornés Tamarit, en el programa se desarrolló también una tertulia sobre la existencia de falsos profesionales que actúan en

¹ BOE de 24 de febrero de 2012

el mundo de la salud, con intervención de un representante de la asociación española de fisioterapeutas, el Letrado que había defendido los intereses de la misma en el proceso penal contra doña Rosa María Fornés Tamarit al que se hará mención a continuación, así como una paciente que había sido atendida en una ocasión por esta última. En la tertulia los intervinientes criticaron a doña Rosa María Fornés Tamarit, cuya imagen apareció en un ángulo de la pantalla, y pusieron de manifiesto la existencia, casi tres años antes de la grabación emitida, de una condena penal previa contra dicha persona por delito de intrusismo por haber actuado como fisioterapeuta sin ostentar título para ello.

c) Considerando que los comentarios expresados en dicho programa de televisión lesionaban su derecho al honor y que la captación y publicación de sus imágenes dañaban su derecho a la propia imagen y a la intimidad, doña Rosa María Fornés Tamarit interpuso el 5 de febrero de 2001 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia demanda de juicio ordinario contra doña Lidia González Hermida, Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., doña Manuela Lacomba Ríos, don Javier Ángel Preciado de Cossío y Televisión Autonómica Valenciana, S.A., interesando la condena de los demandados a la difusión íntegra en el programa de televisión Canal 9 de la sentencia que se fallase y a indemnizar solidariamente a doña Rosa María Fornés Tamarit por una cantidad de setenta y cinco millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia dictó Sentencia desestimando la demanda el 26 de junio de 2001. Declara el juzgador de instancia que la actuación desarrollada por la periodista mediante la cámara oculta se enmarca en el llamado periodismo de investigación, al que es consustancial la simulación de la situación, el carácter oculto de la cámara de grabación así como la no revelación de la identidad periodística del interlocutor. Por otra parte, las manifestaciones efectuadas por la presentadora del programa o por terceros en el curso del mismo

no constituyen infracción de derecho alguna, pues era indudable el ánimo puramente informativo que inspiraba la emisión, vertiéndose datos ciertos y objetivos como la prosecución de actuaciones penales por delito de intrusismo frente a la actora que concluyeron en Sentencia firme condenatoria.

d) Interpuesto recurso de apelación por doña Rosa María Fornés Tamarit, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia dictó, con fecha de 24 de enero de 2002, Sentencia desestimándolo y confirmando íntegramente la Sentencia recurrida. El Tribunal destaca que la doctrina de la información neutral, aducida por el juzgador de instancia resulta perfectamente aplicable a las declaraciones vertidas por los intervinientes del programa televisivo, las cuales resultan amparadas por el ejercicio de la libertad de expresión ante unos hechos veraces, y que en ningún momento se vierte manifestación alguna que pueda entenderse insultante o vejatoria contra el honor de la parte apelante. El Tribunal de apelación concluyó que el reportaje objeto de recurso reunía todos los requisitos necesarios (veracidad, objetividad, interés general y propósito esencialmente informativo) que permitían considerar que el informante había procedido dentro del ámbito protegido constitucionalmente sin atentar contra ningún derecho constitucionalmente amparado.

e) La demandante interpuso recurso de casación, que fue tramitado con el núm. 1171-2002, alegando infracción del art. 18.1 CE en relación con el art. 7, apartados 1, 5 y 7, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Con fecha de 16 de enero de 2009, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró que procedía estimar el recurso de apelación interpuesto por doña Rosa María Fornés Tamarit contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia con fecha 26 de junio de 2001, la cual quedó sin efecto, sin especial pronunciamiento sobre las costas de la segunda instancia y, en lugar de ella, estimó en parte la demanda interpuesta contra doña

Lidia González Hermida, Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., don Javier Ángel Preciado de Cossío y Televisión Autonómica Valenciana, S.A., a los que se condenó solidariamente a indemnizar a doña Rosa María Fornés Tamarit en la suma de treinta mil cincuenta euros con sesenta y un céntimos, sin pronunciamiento condenatorio en costas, al tiempo que desestimaba la demanda en cuanto dirigida contra doña Manuela Lacomba Ríos, con imposición a la actora de las correspondientes costas.

El Tribunal Supremo descarta la vulneración del derecho al honor, pero estima el motivo de casación basado en la infracción del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) sobre la base de que, al no mediar consentimiento expreso, exigible con arreglo al art. 2.2 en relación con el art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, la intromisión fue ilegítima. La Sentencia de casación señala que las intromisiones ilegítimas se produjeron en dos planos distintos: la grabación de la actuación de la actora en su consulta, y la emisión televisiva de las imágenes grabadas. El Tribunal Supremo no discute que el reportaje fuera plenamente veraz ni tampoco el interés general en informar de los riesgos del intrusismo profesional, pero estima que tales datos no eran suficientes para resolver el conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de información. El Tribunal destaca que del reportaje no resulta con suficiente claridad que la actora ejerciera sin título la condición de fisioterapeuta; tampoco se aclara por qué fue ella la persona elegida para dar un ejemplo público de una práctica inadmisibles, sin que la condena anterior bastara a tal efecto. Considera igualmente que el material obtenido y difundido públicamente carecía de la relevancia necesaria para justificar el sacrificio de un derecho fundamental imprescindible en la vida de relación, y que el método utilizado para consumir la primera fase de la intromisión —la llamada cámara oculta— no era imprescindible para descubrir la verdad de lo que acontecía en la consulta de la actora, habiendo bastado a tal efecto con realizar entrevistas a sus clientes.

El Tribunal Supremo estima asimismo el motivo de casación basado en la infracción del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), en cuanto que la demandante en casación fue privada, tanto en el momento de la grabación como en el de la emisión televisiva, del derecho a decidir, para consentirla o impedirla, sobre la reproducción de la representación de su aspecto físico determinante de una plena identificación. Por otro lado, en cuanto que el reportaje se centró en la persona de la demandante, incluso emitiendo su imagen durante las manifestaciones de los invitados, la convirtió en elemento fundamental de la información, no cabe entender que se grabara y publicara una imagen meramente accesoria de la información a los efectos del apartado segundo del art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982.

f) Con fecha de 14 de abril de 2009 el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al incidente de nulidad de actuaciones planteado por Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., y por Televisión Autonómica Valenciana, S.A., mediante sendos escritos de 10 y 16 de marzo de 2009, respectivamente, razonando que la petición de nulidad no tenía más fundamento que mostrar su disconformidad con los razonamientos de la Sentencia, cuestionando bajo la denuncia de la infracción del art. 20.1 d) CE referido al derecho a la libertad de información, el juicio de ponderación y proporcionalidad realizado entre aquel derecho y los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., y Televisión Autonómica Valenciana, S.A., recurren en amparo la decisión del Tribunal Supremo

Fundamentos Jurídicos

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, las presentes demandas de amparo tienen por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 16 de

enero de 2009, recaída en recurso de casación núm. 1171-2002. Los recurrentes aducen la vulneración por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del art. 20.1 d) CE, en su concreción de derecho a comunicar libremente información veraz, en cuanto que la Sentencia recurrida desatendió los criterios de ponderación y proporcionalidad tradicionalmente admitidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como legitimadores del derecho a la libertad de información frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen. El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del amparo solicitado.

2. La controversia planteada en los presentes recursos de amparo atañe, en sentido estricto, al conflicto entre la libertad de comunicar información veraz de un medio de comunicación y los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen de la esteticista/naturista que fue objeto de grabación mediante una cámara oculta en su propio gabinete profesional por quien se hizo pasar por cliente interesado en sus servicios. No entra aquí en cuestión su derecho al honor, que no ha sido declarado vulnerado por ninguna de las tres instancias judiciales que han conocido de la controversia, en cuanto que no se han vertido expresiones ofensivas o ultrajantes durante el programa televisivo. En suma, el objeto de los presentes recursos de amparo consiste en resolver si, en la ponderación de los mencionados derechos fundamentales en juego, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo vulneró el art. 20.1 d) CE en su concreción de derecho a la libertad de información. Para ello debemos partir de nuestra doctrina reiterada, que hemos recordado recientemente en la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 2, según la cual, ante quejas de esta naturaleza, «la competencia de este Tribunal no se circunscribe a examinar la suficiencia y consistencia de la motivación de las resoluciones judiciales bajo el prisma del art. 24 CE», sino que, por el contrario, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional debe resolver el eventual conflicto entre los dos derechos enfrentados «atendiendo al contenido que

constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos jurisdiccionales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal», independientemente de que sí le vinculen los hechos declarados probados en la vía judicial [art. 44.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)].

3. Para el análisis de la posible lesión del derecho a la libertad de información resulta oportuno recordar las líneas generales de la doctrina de este Tribunal dictada en procesos de amparo en los que nos ha correspondido realizar el necesario juicio de ponderación entre el citado derecho fundamental y los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), o con uno de dichos derechos. Comenzaremos sintetizando la doctrina constitucional sobre el contenido de la libertad de información, por un lado, y de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, por otro, para posteriormente exponer nuestro canon de enjuiciamiento sobre los eventuales conflictos entre dichos derechos. Canon que a continuación proyectaremos sobre este caso particular donde por primera vez debemos abordar las singularidades del uso de una cámara oculta de grabación videográfica como medio de intromisión en un reducto privado donde se registra de forma íntegra la imagen, voz y la forma de conducirse en una conversación mantenida en un espacio de la actividad profesional de la afectada.

4. Como hemos señalado reiteradamente, la especial posición que ostenta el derecho a la libertad de información en nuestro Ordenamiento reside en que «no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático» (STC 68/2008, de 23 de junio, FJ 3). Sin embargo, tal protección especial queda sometida a determinados límites tanto inmanentes como externos que este Tribunal ha ido perfilando progresivamente. Entre los límites inmanentes se encuentran los requisitos de veracidad y de interés general o

relevancia pública de la información (SSTC 68/2008, FJ 3; y 129/2009, de 1 de junio, FJ 2); en ausencia de los dos mencionados requisitos decae el respaldo constitucional de la libertad de información. Por otro lado, como límites externos el derecho a la información se sitúan los derechos específicamente enunciados en el art. 20.4 CE.

En cuanto a la relevancia pública de la información, este Tribunal ha subrayado que dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos «noticiables» por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada. De manera que, «sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático» (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4). Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que el factor decisivo en la ponderación entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión estriba en la contribución que la información publicada realice a un debate de interés general, sin que la satisfacción de la curiosidad de una parte del público en relación con detalles de la vida privada de una persona pueda considerarse contribución a tal efecto (por todas, STEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, §§ 65 y 76).

5. En el presente caso la ponderación debe efectuarse respecto a la afectación de los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen, derechos que la Sentencia impugnada estimó vulnerados por la entidad demandante. Ha de recordarse que los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen, al igual que el derecho al honor reconocido en el mismo precepto constitucional, tienen sustantividad y contenido propio en nuestro ordenamiento, de

modo que ninguno queda subsumido en el otro (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2, y 156/2001, de 2 de julio, FJ 3). Por ello, una determinada forma de captación de la información, o de presentación de la misma, puede llegar a producir al mismo tiempo tanto una intromisión ilegítima en la intimidad como una vulneración del derecho a la propia imagen o, incluso, una lesión al derecho al honor, o bien puede afectar únicamente a alguno de ellos. Así, en el presente caso, la dimensión lesiva de la conducta se proyecta sobre el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, sin que se ponga en cuestión la posible afección del derecho al honor, porque lo que cobra relieve aquí no es el contenido estricto de la información obtenida, sino cómo se ha recogido y registrado mediante videograbación subrepticia, y el lugar donde se ha llevado a cabo, el reducto reservado de una consulta profesional.

En relación con el derecho a la intimidad, este Tribunal ha reiterado que se funda en la necesidad de garantizar «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz» (STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2). Con unos u otros términos, nuestra doctrina constitucional insiste en que el derecho a la intimidad atribuye a su titular «el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida» (entre otras, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8), y, en consecuencia, «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido» (entre otras, SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a un «círculo íntimo» en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo. No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; doctrina reiterada en las SSTEDH de 4 de mayo de 2000, Rotaru c. Rumania, § 43, y de 27 de julio de 2004, Sidabras y Džiautas c. Lituania, § 44). La protección de la vida privada en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en suma, se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social (SSTEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69).

Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c.

Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58).

Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad.

Por lo que respecta al otro derecho fundamental en conflicto, el derecho a la propia imagen queda cifrado, conforme a nuestra doctrina, en el «derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde», y, por lo tanto, abarca «la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos» (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4).

Ya habíamos señalado en nuestra STC 117/1994, FJ 3, que «[e]l derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los de honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las

manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz.» En el caso de una grabación oculta como la que aquí nos ocupa, la captación no sólo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen mediante la captación no consentida de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación.

6. En cuanto al canon de enjuiciamiento de las eventuales colisiones entre la libertad de información y los derechos a la intimidad y a la propia imagen, recordemos que estos dos últimos constituyen unos límites externos al correcto ejercicio de la libertad de información. Así, en la reciente STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3, hemos reiterado que «el propio apartado 4 del art. 20 CE dispone que todas las libertades reconocidas en el precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, que cumplen así lo que hemos denominado ‘función limitadora’ en relación con dichas libertades». Asimismo hemos señalado que «el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección» (STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3), o que «en aquellos casos en los que, a pesar de producirse una intromisión en la intimidad, tal intromisión se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y se lleve a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por este derecho, no podrá considerarse ilegítima» (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4). En definitiva, la intromisión en los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información sólo será legítima en la medida en que la afectación de dichos derechos resulte adecuada,

necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información. Por lo tanto, allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa innecesariamente invasora de la intimidad o la imagen ajenos.

El presente caso presenta unos contornos o perfiles singulares derivados de la especial capacidad intrusiva del medio específico utilizado para obtener y dejar registradas las imágenes y la voz de una persona. Por un lado, como razona en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, el carácter oculto que caracteriza a la técnica de investigación periodística llamada «cámara oculta» impide que la persona que está siendo grabada pueda ejercer su legítimo poder de exclusión frente a dicha grabación, oponiéndose a su realización y posterior publicación, pues el contexto secreto y clandestino se mantiene hasta el mismo momento de la emisión y difusión televisiva de lo grabado, escenificándose con ello una situación o una conversación que, en su origen, responde a una previa provocación del periodista interviniente, verdadero motor de la noticia que luego se pretende difundir. La ausencia de conocimiento y, por tanto, de consentimiento de la persona fotografiada respecto a la intromisión en su vida privada es un factor decisivo en la necesaria ponderación de los derechos en conflicto, como subraya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 68, y de 10 de mayo de 2011, Mosley c. Reino Unido, § 11).

Por otro lado, es evidente que la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que

hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones.

La finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita (en este sentido, la STEDH de 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*, § 31). No hay duda de que ello hace necesario reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público, como subrayaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a un caso de captación fotográfica a cientos de metros de distancia (STEDH de 24 de junio de 2004, *Von Hannover c. Alemania*, § 70).

En cuanto a las técnicas periodísticas que puedan utilizarse para la presentación de una información, es cierto, como indica el recurrente en amparo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a los profesionales correspondientes la libertad de elegir los métodos o técnicas que consideren más pertinentes para la transmisión informativa, que debe ser acorde a las exigencias de objetividad y neutralidad (STEDH de 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*, § 34). Pero asimismo dicho Tribunal ha subrayado que en la elección de los medios referidos, la libertad reconocida a los periodistas no está exenta de límites, y que en ningún caso pueden considerarse legítimas aquellas técnicas que invaden derechos protegidos, ni aquellos métodos que vulneren las exigencias de la ética periodística en cuanto a la solvencia y objetividad del contenido informativo (SSTEDH de 18 de enero de 2011, *MGN Limited c. Reino Unido*, § 141; y de 10 de mayo de 2011, *Mosley c. Reino Unido*, § 113).

7. La aplicación de las reglas descritas en los fundamentos jurídicos anteriores al enjuiciamiento constitucional del presente asunto exige tomar en consideración en primer lugar, atendiendo a los límites inmanentes, las circunstancias específicas en las que se ha ejercitado la libertad de comunicación, ponderando a continuación adecuadamente la posible afectación de otros derechos fundamentales en juego.

Las entidades recurrentes han alegado con insistencia la veracidad del contenido del reportaje, tanto en la vía judicial como en apoyo de su pretensión de impugnación en amparo de la Sentencia del Tribunal Supremo. Este argumento no puede acogerse, no sólo porque en la vía judicial previa no se ha controvertido en ningún momento la veracidad de la información divulgada alegando, por ejemplo, manipulación o alteración de los registros de imagen y sonido obtenidos, sino fundamentalmente porque este Tribunal viene reiterando que, cuando se afecta al derecho a la intimidad, lo determinante para resolver el conflicto de derechos es la relevancia pública de la información y no la veracidad del contenido de la información divulgada, en cuanto que, a diferencia de lo que sucede en las intromisiones en el honor, la veracidad no es paliativo sino presupuesto de la lesión de la intimidad (por todas, STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4).

En cuanto al interés general del reportaje que alegan los recurrentes, resulta procedente señalar que, aun cuando la información hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró, mediante el uso de una cámara oculta, constituyen en todo caso una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen. En cuanto a la vulneración de la intimidad, hay que rechazar en primer lugar que tanto el carácter accesible al público de la parte de la vivienda dedicada a consulta por la esteticista/naturista, como la aparente relación profesional entablada entre dicha persona y la periodista que se hizo pasar por una paciente, tengan la capacidad de situar la actuación de la

recurrente extramuros del ámbito del derecho a la intimidad de aquélla, constitucionalmente protegido también en relaciones de naturaleza profesional. La Sentencia del Tribunal Supremo impugnada señala correctamente que la relación entre la periodista y la esteticista/naturista se desarrolló en un ámbito indudablemente privado. No existiendo consentimiento expreso, válido y eficaz prestado por la titular del derecho afectado, es forzoso concluir que hubo una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad personal.

Y en cuanto al derecho a la propia imagen, debemos alcanzar idéntica conclusión. En efecto, como apreció correctamente la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la persona grabada subrepticamente fue privada del derecho a decidir, para consentirla o para impedirlo, sobre la reproducción de la representación de su aspecto físico y de su voz, determinantes de su plena identificación como persona.

La Sentencia impugnada valora correctamente los datos que concurren en la presente situación, y concluye con la negación de la pretendida prevalencia de la libertad de información. Conclusión constitucionalmente adecuada, no sólo porque el método utilizado para obtener la captación intrusiva —la llamada cámara oculta— en absoluto fuese necesario ni adecuado para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada, para lo que hubiera bastado con realizar entrevistas a sus clientes, sino, sobre todo, y en todo caso, porque, tuviese o no relevancia pública lo investigado por el periodista, lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta) por las razones que antes hemos expuesto.

De todo lo anterior se concluye que la restricción impuesta por el Tribunal Supremo en su Sentencia a las entidades recurrentes, mediante la correspondiente condena, está constitucionalmente justificada.

Fallo

A consecuencia de todo lo expuesto se deniegan los amparos solicitados.

El contenido de esta Sentencia se reitera en la Sentencia 74/2012², de 16 de abril, cuyos antecedentes de hecho son similares a los de la Sentencia recogida.

Derecho de asociación y libertad ideológica

Sentencia 138/2012, de 20 de junio de 2012.³

Recurso de amparo núm. 2891-2011, promovido por doña Miren Karmele Agirregabiria Agirre, don José Javier Artola Zubillaga, doña Mainer Etxebarria Akaiturri, doña Raquel Sáez de Cámara y el partido político Sortu, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Esther Rodríguez Pérez y asistidos por los Letrados don Iñigo Iruin Sanz y don Adolfo Araiz Flamarique, contra el Auto de 30 de marzo de 2011 de la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, recaído en el procedimiento de ejecución de la Sentencia 1/2003, de 27 de marzo, dimanante de los autos acumulados núms. 6-2002 y 7-2002 de ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna.

² BOE de 16 de mayo de 2012.

³ BOE de 9 de julio de 2012.

Antecedentes

En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se invoca como único motivo la vulneración, por las razones que a continuación se exponen, del derecho de asociación (art. 22 CE), en su vertiente de derecho a la creación de partidos políticos (art. 6 CE), en relación con los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y a la participación política (art. 23.1 CE), en cuanto medios de articulación y expresión del pluralismo político (art. 1.1 CE), y en relación también con los art. 10 y 11 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)

Fundamentos jurídicos

3. En cuanto al tema de fondo suscitado, hemos de comenzar por precisar que siendo varios los derechos y libertades invocados por los recurrentes en su demanda de amparo, es notorio que la posible lesión del derecho de asociación, en su vertiente de asociación en partido político (art. 22 CE, en relación con el art. 6 CE), constituye el núcleo a cuyo alrededor se articulan todas las infracciones denunciadas y, por lo tanto, al que han de reconducirse las aducidas vulneraciones de la libertad ideológica (art. 16.1 CE), de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y del derecho de participación política (art. 23 CE).

Como hemos dicho en un contexto diferente (el de la ilegalización de un partido político como consecuencia de su actividad) y es perfectamente trasladable al supuesto de la negativa a la inscripción de un nuevo partido político por ser continuador o sucesor de partidos ilegalizados y disueltos por su vinculación con una organización terrorista, «[l]a libertad de asociación en partidos políticos es libertad para la creación de sujetos que concurren a la formación y manifestación de la

voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Los partidos son medio cualificado para la articulación del pluralismo al que sirven de expresión y, en consecuencia, tienen en la libertad ideológica el fundamento necesario para la definición de su identidad política, verdadero referente para aquellos a quienes se ofrece como pauta para la intervención en el proceso de formación de la voluntad popular. Y tienen también en la libertad de expresión, de manera no menos ineluctable, la garantía necesaria para que su participación en ese proceso no se vea desvirtuada o impedida. Si los partidos son asociaciones calificadas por la relevancia constitucional de sus funciones y éstas se cifran en la expresión organizada del pluralismo político con el fin de asegurar la mejor correspondencia entre la voluntad de los ciudadanos y la voluntad general expresada en la ley, se sigue con naturalidad que la vulneración de los derechos fundamentales cuyo ejercicio es inherente al de la libertad de asociación política adquiere una significación constitucional añadida, por cuanto trasciende a aquellos derechos en particular, en la medida en que afecta a la libertad que los comprende. En otras palabras, infringir la libertad de creación de partidos políticos es conculcar los derechos para cuyo ejercicio en el ámbito de la formación de la voluntad popular se ha concebido aquella libertad. Con todo, por más que todas estas infracciones sean inseparables, la reconocida en el art. 22 CE (en relación con el art. 6 CE) conforma el contexto en el que concurren las libertades ideológica y de expresión cuando su ejercicio no es estrictamente individual sino organizado en partidos políticos. De ahí la posición de centralidad que ... ha de concederse a la libertad de asociación en el examen de las quejas deducidas por el demandante. En el bien entendido, claro está, de que con ello no se ha de marginar en absoluto, la consideración de las libertades ideológica y de expresión, sino, por el contrario, integrar su contenido privativo en el más amplio de la libertad de asociación que les sirve de contexto y ámbito de ejercicio cualificado» (STC 31/2009, de 29 de enero, FJ 2, que cita el fundamento jurídico 16 de la STC 5/2004, de 16 de enero).

De otra parte, aun cuando en la demanda de amparo se invocan también los arts. 10 y 11 del Convenio europeo de derechos humanos, es preciso reiterar nuevamente que no le corresponde a este Tribunal, al conocer de un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia *per se* de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de protección a través del recurso de amparo (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deban tales preceptos ser interpretados de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (por todas, SSTC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 6;y 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3), entre los que figura de manera destacada el Convenio europeo de derechos humanos.

4. (...) En relación con el derecho de asociación (art. 22 CE), hemos puesto de manifiesto su carácter de derecho subjetivo, proclamando que «es una de las libertades públicas capitales de la persona, al asentarse justamente como presupuesto en la libertad» (STC 244/1991, de 16 de diciembre, FJ 2). También hemos destacado su dimensión objetiva como elemento estructural básico del Estado social y democrático de Derecho (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 8). Esta dimensión se ha puesto especialmente de relieve en lo que afecta a la creación de partidos políticos, por ser instrumentos fundamentales para la participación política (art. 6 CE) esenciales en el correcto funcionamiento del Estado democrático, ya que al basarse éste en el valor del pluralismo (art. 1.1 CE), del que los partidos son expresión principalísima, «es evidente que la apertura del ordenamiento a cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la realidad social constituye un valor que sólo cabe proteger y propiciar» (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5). Esta doctrina constitucional, por otra parte, es plenamente coincidente con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho de asociación

reconocido en el art. 11 CEDH, en que se destaca tanto el reconocimiento de que los partidos políticos son formas asociativas que se enmarcan dentro del ámbito de protección del derecho de asociación (STEDH de 25 de mayo de 1998, caso *Partido Socialista c Turquía*, § 29), como su especial cualificación por ser elementos estructurales del funcionamiento de los regímenes democráticos (STEDH de 13 de febrero de 2003, caso *Refah Partisi c. Turquía*, § 87).

Más en concreto, este Tribunal ha reiterado, en la proyección del derecho de asociación (art. 22 CE) sobre la creación y funcionamiento de los partidos políticos (art. 6 CE), que la creación de partidos políticos es libre, en los términos de la libertad garantizada en el art. 22 CE, recordando que «la Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones, que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos. La disciplina constitucional en esta materia, tomada en su sustancia, se ha articulado sobre el reconocimiento de un derecho subjetivo público de los ciudadanos a constituir, bajo la forma jurídica de asociaciones, partidos políticos; con ello se reconoce y legitima la existencia de los partidos y se garantiza su existencia y su subsistencia. El partido, en su creación, en su organización y en su funcionamiento, se deja a la voluntad de los asociados fuera de cualquier control administrativo, sin perjuicio de la exigencia constitucional del cumplimiento de determinadas pautas en su estructura, actuación y fines» (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5, citando la STC 85/1986, de 25 de junio, FJ 2).

Del mismo modo, este Tribunal ha incidido en que la especial cualificación de los partidos políticos, por la relevancia constitucional de sus cometidos, explica las condiciones específicas que el art. 6 CE les impone en relación al respeto a la Constitución y a la ley y a su estructura interna y funcionamiento. Igualmente, se ha derivado de esta misma circunstancia la justificación de la existencia de un régimen normativo propio de

los partidos políticos que responda al fin no sólo de garantizar una estructura y un funcionamiento democráticos, sino también, y como cuestión previa, la de que en su actividad respeten los cometidos que el art. 6 CE enumera como definidores de la condición de partido político –ser expresión de pluralismo político, concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser instrumento fundamental para la participación política–, toda vez que «la libertad característica de las asociaciones, y de la que los partidos también disfrutaban, no puede ser para éstos tan omnímoda que a su amparo se desvirtúen como instrumentos para la consecución de sus fines constitucionales» (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 6).

Por tanto, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta, la creación y funcionamiento de los partidos políticos es libre dentro del respeto de los cometidos que el art. 6 CE enumera como definidores de la condición de partido político, por lo que sólo cabrá la denegación de la inscripción o la declaración de disolución de un partido político cuando, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de partidos políticos, concurra una causa legal para ello, vinculada a la vulneración de las exigencias del art. 6 CE, apreciada por la autoridad judicial competente en el marco del correspondiente procedimiento.

5. En línea de principio y en términos generales, la vinculación de las razones para limitar el ejercicio de la libre creación o funcionamiento de los partidos políticos con el desarrollo acreditado de actividades que vulneren las exigencias del art. 6 CE, nos ha llevado a establecer que «el régimen de libertad en el que en nuestro Ordenamiento se desenvuelve la creación de partidos políticos no permite un control inmediato en el tiempo de la satisfacción de esos requisitos. No cabe, en efecto, verificar en toda su extensión si lo que se constituye e inscribe como partido es propiamente tal. En ese trámite sólo es factible acreditar la concurrencia de una efectiva voluntad de constitución de un partido político y el cumplimiento de los requisitos de capacidad para constituirlo y de adopción de una estructura que permita un

funcionamiento democrático. Pero las circunstancias que verdaderamente definen a la asociación como partido únicamente se acreditan una vez constituido, pues sólo entonces puede determinarse si se ajusta en su actividad a las funciones referidas en el art. 6 CE. Y sólo entonces puede constatarse si los fines definidores de su ideario político, en principio constitucionalmente libres, se persiguen por medios, no ya pacíficos, sino, antes aun, compatibles con las funciones constitucionales a las que los partidos sirven como instrumento. La constatación de ese extremo en el momento de la constitución del partido sólo sería imaginable a través de un juicio de intenciones que pugnaría groseramente con el régimen de libertad de creación de partidos garantizado por el art. 22 CE» (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 9). Es más, este Tribunal ha llegado a afirmar que «el control jurídico de esa vertiente definidora de la asociación como partido consistente en el respeto a las exigencias... recogidas en el art. 6 CE ha de ser, por necesidad, un control *a posteriori*» (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9).

Conclusión, por otra parte, que es coincidente con la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que considera que la negativa a inscribir un partido político supone una injerencia notable en el derecho de asociación que sólo resulta asumible en los casos más graves y siempre que concurra una previsión legal expresa, un fin relevante que la legitime y que sea necesaria en una sociedad democrática, necesidad que debe ser interpretada restrictivamente (por todas, STEDH de 10 de julio de 1998, caso *Sidiropoulos y otros c. Grecia*, §§ 38 a 40). Por lo que respecta a la interpretación restrictiva de la necesidad de la injerencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incidido en que resulta preciso hacer su valoración en el contexto del momento tan incipiente de actividad del partido en que se produce su negativa a la inscripción (STEDH de 7 de diciembre de 2006, caso *Linkov c. República Checa*, § 35), señalando que puede no ser suficiente con el examen únicamente de los estatutos y programa político de un partido, ya que estos pueden esconder objetivos e intenciones diferentes de los que se proclaman, por lo

que cabe también verificar el alcance de eventuales objetivos ocultos comparando los estatutos con los actos y tomas de postura de los miembros y dirigentes del partido en cuestión [así, SSTEDH de 3 de febrero de 2005, caso *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu c. Rumanía*, § 57; y de 7 de diciembre de 2006, caso *Linkov c. República Checa*, § 44]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en todo caso, llama la atención de que en aquellos casos en los que el programa del partido político difícilmente ha podido verse desmentido por acciones concretas porque el partido ha carecido de actividad como consecuencia, por ejemplo, del rechazo a su demanda de inscripción en el registro de partidos políticos, con la negativa a dicha inscripción se puede estar sancionando un comportamiento que depende únicamente del ejercicio de la libertad de expresión [SSTEDH de 30 de enero de 1998, caso *Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía*, § 58; de 8 de diciembre de 1999, caso *Partido de la Libertad y de la Democracia c. Turquía*, §§ 40 a 42; 3 de febrero de 2005, caso *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu c. Rumanía*, §§ 56 y 57; de 7 de diciembre de 2006, caso *Linkov c. República Checa*, § 44; y de 13 de abril de 2009, caso *Tsonev c. Bulgaria*, § 60].

6. En relación con lo anterior, el control de constitucionalidad a proyectar por este Tribunal respecto de las decisiones judiciales relativas a la denegación de inscripción –supuesto que nos ocupa– o a la declaración de disolución de partidos políticos también queda condicionado por la propia naturaleza de esta jurisdicción de amparo y la delimitación de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional. Así, este Tribunal ha reiterado que no se puede pretender de este Tribunal «la revisión de las pruebas practicadas en el proceso, ni la de la valoración que las mismas han merecido del Tribunal Supremo, pues en otro caso, con infracción del principio de exclusividad de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE), incurriríamos en un claro exceso de nuestra jurisdicción constitucional» (SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; y 31/2009, de 29 de enero, FJ 4). Otra cosa es que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo órgano

jurisdiccional en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE) y supremo intérprete de la Constitución (art. 1.1 LOTC), deba realizar una valoración global del material probatorio asumido por los Tribunales ordinarios, en este caso por el Tribunal Supremo, sin cuestionarlo, puesto que en otro caso no cumpliría con las funciones que la Constitución le ha encomendado.

Esto sentado hay que destacar igualmente los importantes rasgos diferenciales que el presente supuesto plantea respecto a anteriores casos resueltos por este Tribunal. En efecto, en este caso estamos ante la negativa de inscripción en el Registro de partidos políticos de un partido político que, como consecuencia de tal negativa, en la práctica ha carecido como tal de actividad, siendo también mínima la actividad desplegada por sus promotores y dirigentes, centrada, básicamente, en la presentación de la nueva formación política cuya inscripción pretenden. En segundo lugar, en los estatutos del proyectado partido político se contiene un inequívoco rechazo a la violencia, como medio de acción, incluida la violencia de ETA; rechazo expreso que por primera vez se recoge en los estatutos de un partido político nacido del ámbito de la izquierda abertzale.

En atención al primer rasgo, hemos de señalar que desde el parámetro de control que corresponde ejercer a este Tribunal bajo la invocación del derecho de asociación (art. 22 CE), en relación con la libertad de creación de partidos políticos (art. 6 CE), en supuesto como el aquí planteado de negativa a la inscripción de un partido político por incurrir la causa del art. 12.1 b) LOPP de pretender continuar o suceder la actividad del partido político declarado ilegal y disuelto, resulta necesario prestar una especial atención a dos aspectos. Por un lado y prioritariamente, al contenido de los estatutos del partido político cuya inscripción se pretendía, en relación con la conducta desarrollada por los promotores, y, por otro, en su caso, a la concreta actividad proyectada por los partidos ilegalizados sobre la conformación del nuevo partido político.

Los estatutos por los que habrá de regirse el partido político que trata de constituirse forman parte del contenido del acta fundacional en el que se formaliza el acuerdo de constitución, que debe constar en documento público y que debe presentarse en el Ministerio del Interior a los efectos de su inscripción en el Registro de partidos políticos, la cual tiene como efectos, entre otros, hacer pública la constitución del partido y sus estatutos (art. 3 LOPP). La Ley Orgánica de partidos políticos impone un mínimo contenido a los estatutos de los partidos políticos en cuanto a su estructura interna, a su funcionamiento, a los procedimientos de control y a los derechos y deberes de los afiliados. Sin embargo, con ser relevantes estos aspectos referidos a la organización interna, funcionamiento y a los derechos y deberes de los miembros del partido político, no puede obviarse que es precisamente en los estatutos donde se recogen las bases ideológicas, el ideario y proyecto del mismo, así como los instrumentos y métodos de acción a través de los cuales pretende alcanzar sus fines, siendo principal y precisamente aquellas bases, ese ideario y proyecto y estos instrumentos y métodos de acción política los que le confieren al partido identidad propia, a la vez que diferenciada del resto de las formaciones políticas. En definitiva, los estatutos son el elemento de identidad que, a la vez que define con sus rasgos propios al partido político, le caracteriza frente a los demás.

Es cierto que, tal y como se ha resaltado, no puede descartarse que el contenido proclamado en los estatutos de un partido político en ocasiones resulte contradicho por la actividad del partido, por sus resoluciones y comunicados o por las declaraciones de sus dirigentes. En tales casos será preciso valorar y ponderar uno y otro elemento. Pero, a los efectos que ahora interesan, es suficiente con resaltar, sin perjuicio de que proceda llevar a cabo la valoración y ponderación a las que nos acabamos de referir, el relevante cometido que presentan en este caso los estatutos del partido político cuya inscripción se pretende, en tanto que elemento de identidad que le caracteriza y que opera a la vez como parámetro cualificado a la hora de

determinar la posible concurrencia o no de las condiciones definidoras del concepto constitucional de partido político.

7. En el caso concreto, los estatutos del partido político Sortu se inician con un «capítulo preliminar», en cuyo primer párrafo se habla de un proceso de debate interno de la izquierda abertzale para el desarrollo de su proyecto independentista y socialista, respecto del que constituye una de sus decisiones básicas «una posición clara e inequívoca de actuación por vías exclusivamente políticas y democráticas» y el «compromiso para contribuir a conformar un escenario de paz y respeto a todos los derechos individuales y colectivos de la ciudadanía vasca». Este nuevo proyecto político de la izquierda abertzale supone también «la ruptura con los modelos organizativos y formas de funcionamiento de los que se ha dotado ese espacio social y político en el pasado y, por tanto, con los vínculos de dependencia a que aquéllos daban lugar», tratándose de esta forma «de impedir su instrumentalización por organizaciones que practiquen la violencia, o por partidos políticos que fueron ilegalizados y disueltos por razón de su connivencia con ella» (párrafo tercero).

Igualmente, en este capítulo los promotores muestran «su voluntad y deseo de contribuir con el resto de agentes políticos, sociales y sindicales: a la definitiva y total desaparición de cualquier clase de violencia, en particular, la de la organización ETA; a la superación de las consecuencias de toda violencia y terrorismo, en pro de la paz, justicia y reconciliación de la sociedad vasca; al reconocimiento y reparación de todas las víctimas originadas por las múltiples violencias que han tenido presencia en nuestro pueblo en las últimas décadas». En definitiva, concluye este capítulo preliminar, «el compromiso del partido político con las vías exclusivamente políticas y democráticas es firme e inequívoco, no sujeto a variables tácticas o factores coyunturales, por lo que se articulará la defensa de su ideología sobre la base del respeto a los procedimientos democráticos y mediante el empleo de medios legales de

intervención en la vida pública», lo que, entre otros extremos, comporta promover y defender «como parte de su programa político un modelo de sociedad acorde y coherente con el concepto de *sociedad democrática* definido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y sustentado en un pleno y real ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas» (párrafos sexto al décimo).

En el capítulo primero, que tiene por rúbrica «denominación, bases ideológicas, domicilio», se declara, a los efectos que ahora interesan, que «toda expresión de violencia e imposición debe desaparecer de este país, y el conjunto de los derechos humanos ... los derechos civiles, políticos, socioeconómicos y culturales deben ser respetados, así como promovidas las condiciones para que sean reales y efectivos». En el art. 3, dedicado, como indica su título, a la «democracia interna y actividad externa», se recoge la oposición de Sortu «a cualquier subordinación, condicionamiento o tutelas externas que pretendan convertirla en una organización vicarial de quienes practiquen la violencia», así como se afirma que el partido político «desarrollará su actividad desde el rechazo de la violencia como instrumento de acción política o método para el logro de objetivos políticos, cualquiera que sea su origen y naturaleza; rechazo que, abiertamente y sin ambages, incluye a la organización ETA, en cuanto sujeto activo de conductas que vulneran derechos y libertades fundamentales de las personas». En este sentido, se insiste en los estatutos en que «[d]esde esta declaración de carácter general, los representantes, militantes y cargos orgánicos e institucionales de Sortu actuarán conforme a los siguientes criterios: Rechazo firme e inequívoco de todo acto de violencia y terrorismo y de sus autores; rechazo de las diferentes formas de manifestación de la violencia y el terrorismo, tal y como legislativamente han sido definidas en los diferentes apartados del Artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos, cuyos contenidos literales se dan por reproducidos e integrados en esta declaración; rechazo de quienes fomenten, amparen o legitimen los actos de terrorismo,

oponiéndose, de manera clara y expresa, a cualquier justificación conceptual y cobertura ideológica de los mismos; rechazo de cualquier clase de connivencia política y organizativa con la violencia, con las formaciones y los instrumentos políticos que han sido ilegalizados por razón de esa connivencia, así como con cualquier manifestación del fenómeno terrorista».

A fin de garantizar estos «incuestionables compromisos», se declara en los estatutos que «la configuración estructural y funcional de Sortu está orientada a impedir la realización de actividades que lo convierten en instrumento de continuidad o sustitución orgánica y funcional de los partidos políticos ilegalizados y disueltos en virtud de las sentencias de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo», reiterándose que «[n]o se trata de la reconstitución o refundación de organizaciones ilegalizadas, sino de materializar una nítida separación y una indubitada ruptura respecto de ellas».

En el capítulo segundo, que lleva por rúbrica «afiliados, derechos y deberes», se tipifica para los afiliados como falta muy grave, que será sancionada con la expulsión del partido, «la realización de algunas de las conductas previstas en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos» (art. 11.4). Y en el art. 16, dedicado a la «aprobación de las listas electorales», que forma parte del título tercero, denominado «órganos de representación, gobierno y administración», se dispone que «[p]ara poder ser candidata/o en cualquiera de las listas que presente Sortu se deberán de asumir, previamente a la presentación de aquéllas, las bases ideológicas y los compromisos de actuación política contemplados en el capítulo preliminar y en el artículo 3 de los presentes estatutos», cuyo contenido, a los efectos que aquí interesan, han sido ya reproducidos.

8. Por otra parte, en relación con la condena de la violencia por el partido político Sortu, incluida la violencia de ETA, se recoge en el Auto impugnado que en el acto formal de presentación a los medios de comunicación del partido político Sortu por sus

promotores y otras seis personas que constituyen el equipo dirigente se leyó un comunicado en el que «manifestaron su apuesta por las vías exclusivamente pacíficas y democráticas, avanzar hacia una constitución de un estado vasco en el marco de la Unión Europea y rechazaron absolutamente y sin ambages la violencia, incluida la de ETA. Asimismo, resaltaron –continúa el Auto– que la motivación de esta nueva formación política se dirigía a encauzar la confianza del espacio político de la izquierda abertzale y contribuir a alianzas políticas y sociales que sitúen el soberanismo y el independentismo en el carril principal de la sociedad vasca y manifestaron su intención de contribuir con el resto de los agentes políticos, sociales y sindicales, a la definitiva y total desaparición de cualquier clase de violencia en Euskal Herria, incluyendo la de ETA, a la superación de las consecuencias de toda violencia en pro de la paz, soluciones democráticas y reconciliación con la sociedad vasca» (fundamento de Derecho decimosegundo).

La Sala pone en conexión ese acto formal de presentación de la nueva formación política con dos celebrados con anterioridad, en los que intervinieron y ocuparon una posición destacada cargos orgánicos y representativos de los partidos políticos judicialmente disueltos e ilegalizados. En ambos casos, tanto el contenido del documento leído en el primero, como las intervenciones habidas en el segundo, expresan la opción por las vías exclusivamente pacíficas y democráticas y el rechazo del uso de la violencia o la amenaza de su utilización para el logro de objetivos políticos, con inclusión de la violencia de ETA (fundamento de Derecho decimosegundo).

9. Una vez constatada la condena de la violencia terrorista tanto en los estatutos del partido político que pretende inscribirse como en las declaraciones y actuaciones de sus promotores, es preciso recordar que, en relación con la condena de la violencia terrorista como factor bastante para contrarrestar otros elementos de convicción que pudieran fundamentar la acreditación judicial de una estrategia defraudadora de la Sentencia de ilegalización de

los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, este Tribunal ha establecido una sólida doctrina.

Con ocasión de la ilegalización y disolución del partido político Batasuna, este Tribunal declaró que «[l]a negativa de un partido a condenar atentados terroristas puede constituir, en determinadas circunstancias, una actitud de “apoyo político ... tácito al terrorismo” o de legitimación de “las acciones terroristas para la consecución de fines políticos”, por cuanto esa negativa puede tener un componente cierto de exculpación y minimización del significado del terrorismo. ... En tanto que la negativa de una expresión, abstenerse de condenar acciones terroristas es también manifestación tácita o implícita de un determinado posicionamiento frente al terror. No es desde luego, una manifestación inocua cuando con ella se condensa un credo – hecho explícito, por lo demás, en declaraciones públicas de responsables del partido que se niegan a condenar por sistema– erigido sobre la consideración de la violencia terrorista como estricto reflejo de una violencia originaria, ésta practicada por el Estado». «En un contexto de terrorismo –continuaba diciendo este Tribunal– cuya realidad se remonta a más de treinta años en el pasado, y en el que la legitimación del terror siempre se ha buscado por sus artífices desde el principio de equivalencia entre la naturaleza de las fuerzas enfrentadas, presentándose como única salida para la resolución de un pretendido conflicto histórico, inasequible a los procedimientos del Derecho, en este contexto, decimos, la negativa de un partido a condenar un concreto atentado terrorista, como singularización inequívocamente buscada respecto a la actitud de condena de los demás partidos, adquiere una evidente densidad significativa por acumulación, pues se imbuye del significado añadido que le confiere su alineamiento en la trayectoria observada sobre este particular por un partido que ha prodigado un entendimiento del fenómeno terrorista que, cuando menos, lo presenta como reacción inevitable a una agresión primera e injusta del Estado agredido por el terror» (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 18; doctrina que se reitera en la STC 31/2009, de 29 de enero, FJ 12).

Concluíamos la citada Sentencia afirmando que era una consecuencia legítima de la negativa a condenar un atentado terrorista, unida esta negativa a comunicados ambiguos y de compromiso sobre la base de una equidistancia entre el Estado y el terror, la privación de la condición de partido a la formación política que se ha demostrado ajena a la institución del art. 6 CE (ibídem). También con ocasión de la ilegalización y disolución del partido político Eusko Abertzale Ekinza/Acción Nacionalista Vasca (EAE/ANV) por ser continuador o sucesor de la actividad del partido político Batasuna, ya entonces judicialmente ilegalizado y disuelto, hemos señalado que la «[c]ondena del terrorismo ... en un proceso de ilegalización de un partido al que se imputa la connivencia con ETA, hubiera sido un contraindicio suficiente para contrarrestar otros elementos de convicción razonablemente adecuados para fundamentar la convicción judicial de que un partido político actúa y se conduce como un mero instrumento de la violencia terrorista» (STC 31/2009, de 29 de enero, FJ 12).

La suficiencia de la condena del terrorismo para contrarrestar otros elementos de convicción, se recoge por vez primera en la STC 99/2004, de 27 de mayo, que resuelve el recurso de amparo promovido por una agrupación electoral cuya candidatura había sido anulada por la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 LOPJ en aplicación del art. 44.4 de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG), esto es, por venir a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado ilegal judicialmente y disuelto. En ella insiste el Tribunal en que quebrar la dimensión negativa del silencio ante la violencia «con el pronunciamiento firme e indubitado frente al terrorismo y sus instrumentos es, en definitiva, lo menos que cabe demandar de quien quiere servirse de los beneficios que brinda el sistema que la criminalidad quiere subvertir. Y ello ha de ser suficiente, por demás, para diluir la capacidad probatoria de indicios que en otro caso adquieren una considerable densidad de sentido» (STC 99/2004, FJ 19). En otras palabras, «[l]a negativa a condenar expresamente el terrorismo no es, por tanto, indicio

bastante para acreditar *per se* una voluntad defraudatoria como la contemplada por el art. 44.4 LOREG. Más bien sucede que su contrario, la condena inequívoca constituye un contraindicio capaz de desacreditar la realidad de una voluntad de ese cariz deducida a partir de indicios suficientes», si bien el Tribunal estima que no puede operar como contrapeso suficiente a los fines de desvirtuar estos indicios la genérica condena de la violación de los derechos humanos, a la que le atribuye «un cierto sentido de abstracción», frente a la condena concreta del terrorismo, «que implica un referente subjetivo mucho más preciso, y que de existir constituiría el contraindicio referido en nuestra jurisprudencia» (STC 68/2005, de 31 de marzo; doctrina que se reitera en las SSTC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 14; y 62/2011, de 5 de mayo, FJ 12).

Asimismo la propia Ley Orgánica de partidos políticos, en su art. 12.3, al referirse a la prohibición de sucesión de la actividad de un partido político ilegal y disuelto, considera expresamente como una circunstancia relevante para que se pueda afirmar la sucesión, la «disposición a apoyar la violencia o el terrorismo», que ha de apreciarse «en contraste con los datos y documentos obrantes en el proceso en el que se declaró la ilegalización y disolución».

10. En el presente caso, la resolución impugnada, a partir de las pruebas documentales intervenidas a la organización terrorista ETA y a la ilegalizada Batasuna considera que la aparente rotundidad de las declaraciones examinadas en los precedentes fundamentos jurídicos «ninguna eficacia sanadora pueden tener respecto del fraude mismo» porque simplemente «se configuran como un elemento del engaño en que todo fraude consiste», siendo la propia banda terrorista ETA la que establece la estrategia de condena de los atentados que ella misma comete a fin de eludir las consecuencias de la sentencia de ilegalización (fundamento de Derecho decimocuarto).

Ahora bien, frente a la hipótesis del fraude hemos de reiterar que la eficacia de la rotunda condena de la violencia en los estatutos y en las declaraciones de los promotores del partido político cuya inscripción se pretende no puede estar «sometida al dilema – insoluble para el Derecho– de la mayor o menor sinceridad del sujeto, aunque sí puede quedar condicionada a la identificación objetiva de la intención real de las declaraciones en las que el contraindicio consistiría, intención, sin embargo, que sólo puede desvelarse como contraria (y disimulada, por tanto) a partir de hechos observables y referidos o imputables al propio sujeto que pretende ejercer su derecho fundamental» (STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 12).

En este caso, no cabe ignorar que, como se ha recogido en los anteriores fundamentos jurídicos, en términos tajantes se expone en los estatutos del partido político Sortu su programa de actuación por vías exclusivamente políticas y democráticas, su ruptura con los modelos y las organizaciones políticas judicialmente ilegalizadas y disueltas por su connivencia con la banda terrorista ETA y el rechazo de la violencia como instrumento de acción política o método para el logro de objetivos políticos, incluyendo la de esta organización terrorista. De manera igualmente firme e inequívoca los promotores y dirigentes del partido político Sortu en el acto de presentación de esta formación política manifestaron su apuesta por las vías exclusivamente pacíficas y democráticas para la consecución de objetos políticos y rechazaron la violencia, incluida la de la organización terrorista ETA.

Particular mención merece en este sentido, el que los estatutos hagan suyo, integrándolo por remisión de su art. 3 B, el contenido literal del art. 9 LOPP, precepto en el que el legislador ha pormenorizado las conductas que realizadas de forma grave y reiterada pueden determinar la declaración de ilegalidad de un partido político, configurándose en los citados estatutos la realización por sus afiliados de cualquiera de ellas como una falta muy grave sancionada con la expulsión del partido. También ha

de resaltarse la exigencia para ser candidato en cualquiera de las listas electorales del partido político Sortu de asumir las bases ideológicas y los compromisos de actuación política del rechazo a la violencia, incluida la de la organización terrorista ETA, y el recurso a las vías exclusivamente pacíficas y democráticas para la consecución de objetivos políticos.

En suma, de acuerdo con la doctrina constitucional ya expuesta, las declaraciones recogidas en los estatutos del partido político Sortu y las manifestaciones de semejante e incluso a veces idéntico tenor de sus promotores y dirigentes en el acto de presentación formal de esta formación a favor, en los términos ya expresados, de las vías exclusivamente pacíficas y democráticas para la consecución de objetivos políticos y el rechazo a la violencia como instrumento de acción política, incluida expresamente la de ETA, han de considerarse que constituyen un contraindicio suficiente para entender, en principio, contrarrestada o diluida la eficacia probatoria de otros elementos de convicción de los que pudiera inferirse que el nuevo partido político cuya inscripción se pretende en el Registro de partidos políticos pudiera perseguir continuar o suceder la actividad de los partidos políticos judicialmente ilegalizados y disueltos por la Sentencia 1/2003, de 27 de marzo [art. 12.1 b) LOPP].

La conclusión alcanzada en modo alguno puede resultar desvirtuada por la alegación del Abogado del Estado de que los estatutos del partido político sólo rigen hasta la celebración de su congreso constituyente, órgano que puede ratificarlos o cambiarlos. En puridad, los estatutos aprobados por las personas promotoras que se constituyen en comisión permanente hasta la celebración del congreso constituyente no prevén su vigencia sólo hasta la celebración de este congreso, como parece desprenderse del escrito del Abogado del Estado, sino que lo que disponen, en una práctica habitual y común en la constitución de partidos políticos, es la facultad del congreso constituyente de ratificar los estatutos aprobados por la comisión permanente o modificarlos (disposición transitoria primera de los estatutos de Sortu). Por lo

demás, en el caso que ahora nos ocupa, salvo que se pretendan ilegalizaciones preventivas, habrá que estar al contenido de los estatutos en el momento de la constitución e inscripción del partido político. Además, si los estatutos fueran modificados, el nuevo texto también tendría que ser inscrito en el Ministerio del Interior, alcanzando con ello la publicidad debida y, en su caso, un posible control.

11. La condena de la violencia terrorista como indicio de la desvinculación de los designios de una organización terrorista, no es el único elemento que la Ley Orgánica de partidos políticos contempla. Así, su citado art. 12.3 contiene precisas indicaciones del legislador para que la Sala sentenciadora pueda declarar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto. En tal sentido se señala que habrá de tenerse en cuenta «para determinar la conexión la similitud sustancial de ambos partidos políticos, de su estructura, organización y funcionamiento, de las personas que las componen, rigen, representan o administran, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión en contraste con los datos y documentos obrantes en el proceso en el que se decretó la ilegalización y disolución».

Ninguna referencia se contiene en el Auto recurrido a los actos y tomas de posturas de los promotores y dirigentes del partido político Sortu posteriores a su pretensión de inscripción en el Registro de partidos políticos ni a su comparación con el contenido de los estatutos o con las manifestaciones efectuadas por aquéllos el día de la presentación de la formación política, destinada a establecer una posible constatación de que en realidad escondiesen intenciones diferentes a las solemnemente declaradas en aquellos estatutos y manifestadas en aquel acto, reveladoras en particular de una posible connivencia con los partidos políticos judicialmente ilegalizados y disueltos o con la banda terrorista o

de su respaldo, con el silencio o la ambigüedad, a los actos de violencia terrorista.

Debe recordarse que cuando este Tribunal avaló la ilegalización y disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna por la STS 1/2003, de 27 de marzo –de la que como queda dicho la presente causa es un incidente de ejecución– lo hizo teniendo en cuenta que en la misma el Alto Tribunal había establecido la existencia de una «comunidad de identidades» entre los tres partidos, acreditada «con la identidad de personas que ejercen cargos directivos y de representación en los tres partidos, con la continuidad de sus páginas electrónicas, con la sucesión de integrantes de grupos parlamentarios y municipales, con la sucesión en el uso de sedes y locales o con la identidad sustancial de estrategias y programas de actuación» (SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 15, y 6/2004, de igual fecha, FJ 5). Ninguno de estos elementos aparece acreditado en el Auto recurrido. Por lo demás, cabe entender que es justamente en relación con ese pretérito estado de cosas como han de leerse los estatutos del partido político, cuya inscripción se debate, tanto en cuanto se refiere al rechazo de la violencia y el terrorismo como cuando declaran que «[e]l nuevo proyecto político y organizativo de la izquierda abertzale supone la ruptura con los modelos organizativos y formas de funcionamiento de los que se ha dotado ese espacio social y político en el pasado y, por tanto, con los vínculos de dependencia a que aquéllos daban lugar. Se trata con ello, de impedir su instrumentalización por organizaciones que practiquen la violencia, o por partidos políticos que fueron ilegalizados y disueltos por razón de su connivencia con ella» (capítulo preliminar, párrafo tercero); o cuando en el articulado manifiestan que «Sortu se opondrá a cualquier subordinación, condicionamiento, o tutela externas que pretendan convertirla en una organización vicarial de quienes practiquen la violencia» (art. 3 A).

12. Como hemos avanzado, no nos corresponde realizar un análisis pormenorizado de las pruebas, básicamente

documentales, que se tienen en cuenta en el Auto recurrido y que construyen un relato coherente de la «posibilidad» de que el partido político cuya inscripción se solicita sea continuador de anteriores partidos políticos ilegalizados, aunque en el mismo no se evalúa la existencia de los otros elementos a que se refiere el art. 12.3 LOPP. Por otra parte, hay que considerar que, frente a tal posibilidad, tampoco se pondera en la resolución cuestionada que la existencia del derecho de asociación concretamente en partidos políticos, constituye una pieza clave de una sociedad democrática, cuya limitación ha de resultar proporcionada al peligro contrastado que el sedicente partido pudiera constituir para la propia existencia del Estado de Derecho.

En suma, la sospecha de que el partido político, cuya inscripción en el Registro de partidos políticos ha sido denegada, pudiera pretender continuar o suceder la actividad de los partidos políticos judicialmente ilegalizados y disueltos ocho años antes, no puede constituirse en argumento jurídicamente suficiente para condicionar el pleno ejercicio de un derecho fundamental, en este caso, el derecho de asociación, en su vertiente de derecho a la creación de partidos políticos (art. 22 CE, en relación con su art. 6). Y es que, ninguna sospecha puede conducir a un resultado limitador del libre ejercicio del derecho de asociación y, con ello, del valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático. Como este Tribunal tiene declarado «[l]a pretensión de asegurar a ultranza, mediante controles preventivos, la seguridad del Estado constitucional pone muy en primer lugar en riesgo el propio Estado constitucional» (STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 13).

13. Frente a la conclusión alcanzada, no puede alzarse la consideración de que la Sala haya estimado acreditada la voluntad de la organización terrorista ETA y del partido político ilegalizado Batasuna de defraudar la Sentencia de ilegalización y disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna.

Esta voluntad defraudadora de la organización terrorista ETA y del partido ilegalizado Batasuna la sustenta fundadamente la Sala con base en determinados documentos cuya autoría les atribuye, respecto a alguno de los cuales, en concreto los documentos de la organización terrorista «Proceso democrático. Reflexión sobre la alternativa para la solución democrática del conflicto y para el reconocimiento de Euskal Herria» y el titulado «Earen proposamenaz. II. RTF», ya este Tribunal había admitido, como recuerda el Abogado del Estado, que a partir de ellos podía deducirse razonablemente «que, en efecto, ETA y el partido político ilegalizado Batasuna, como se afirma en la Sentencia, han propugnado “una estrategia de convergencia con otras fuerzas de la izquierda abertzale que le[s] permitiera articular una presencia electoral bajo la cobertura de partidos políticos legales” e, incluso que aquella organización terrorista y el partido ilegalizado hayan dirigido “sus esfuerzos a la búsqueda de acuerdos electorales” con otros partidos políticos» (STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 9).

Ahora bien, como dijimos en la citada Sentencia y procede reiterar ahora, de los citados documentos o del resto de los que en el Auto recurrido se citan para acreditar la voluntad defraudadora de ETA y de Batasuna no cabe inferir que hayan instrumentalizado al partido político Sortu para sus fines o que éste se haya dejado instrumentalizar por la organización terrorista y el partido político ilegalizado del modo que constitucionalmente es exigible en este caso para limitar el derecho de asociación. Se trata «de conductas ajenas, en este caso de documentos ajenos, que lo único que acreditan es la referida estrategia de la organización terrorista y del partido político ilegalizado, pero no la instrumentalización del nuevo partido político al servicio de dicha estrategia» (STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 8). Como advertimos, reiterando precedente doctrina constitucional, sentada en la STC 126/1991, de 21 de mayo, «la constancia de tal intención de defraudar no es, sin embargo, suficiente para tener por cierta la continuidad entre los partidos disueltos ... [y] en este caso [el nuevo partido cuya inscripción se

pretende, siendo] preciso, por tanto, que de la prueba obrante en las actuaciones se desprenda también que esta intención ha llegado a materializarse”, esto es, ha culminado en la articulación de [un nuevo partido] al servicio de los intereses electorales del partido ilegalizado»(STC 68/2005, de 31 de mayo, FJ 13).

14. A lo hasta ahora dicho ha de añadirse que la limitación para el libre ejercicio del derecho de asociación que supone la denegación de la inscripción controvertida resulta además en este caso desproporcionada a la vista de los instrumentos de control *a posteriori* de que se ha dotado, mediante las últimas reformas legales, nuestro ordenamiento (STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 13). La existencia de estos remedios posteriores también es ponderada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos como el que ahora nos ocupa para valorar si la declaración de ilegalidad o la negativa a inscribir un partido político constituye una medida proporcionada y necesaria en una sociedad democrática a la luz de los arts. 10 y 11 CEDH (STEDH de 13 de abril de 2006, caso *Tsonev contra Bulgaria*, §§ 61 a 63).

En nuestro ordenamiento, además de poder instarse la disolución o suspensión del partido político que incurra en alguno de los casos previstos al respecto en la legislación de partidos políticos (arts. 10 a 12 LOPP), se han reformado, a través de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, diversos preceptos de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, a fin de evitar, «a la vista de la experiencia acumulada, desde la convicción moral y política de que la democracia puede, con los resortes del Estado de Derecho, dotarse de instrumentos jurídicos para su defensa, y teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ... que formaciones políticas ilegales o quienes justifiquen o apoyan la violencia terrorista puedan utilizar nuevas vías para, fraudulentamente, concurrir a futuros procesos electorales y obtener representación institucional» (preámbulo).

A ese conjunto de instrumentos introducidos por nuestro ordenamiento en aras a la consecución de ese objetivo nos hemos referido *in extenso* en la STC 62/2011, de 5 de mayo (FJ 5), a la que a fin de evitar reiteraciones innecesarias nos remitimos. Es suficiente con traer a colación, a los efectos que aquí interesan, la posibilidad de que el Gobierno, a través de la Abogacía del Estado, y el Ministerio Fiscal puedan presentar desde el día de la votación hasta la proclamación de electos, ante la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, un escrito motivado anunciando la presentación, en un plazo no superior a quince días, de la demanda de ilegalización o del incidente de ejecución previstos en los arts. 11 y 12.3 LOPP, solicitando la suspensión cautelar de la proclamación de los electos que hubieran concurrido en las candidaturas del partido afectado o en las federaciones o coaliciones por él integrados. Si la resolución que ponga fin al procedimiento declarase la ilegalización del partido o su condición de sucesor de otro ilegalizado, declarará también la no proclamación de los electos que hubieran concurrido en sus candidaturas o coaliciones integradas por él (art. 108 LOREG).

También ha de tomarse en consideración la inclusión por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, de una nueva causa de incompatibilidad en el art. 6.4 LOREG, en virtud de la cual «serán incompatibles las personas electas en las candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme». Esta nueva causa de incompatibilidad surte efectos en los quince días naturales a contar desde que la Administración electoral permanente se la comunique al interesado, salvo que éste formule voluntariamente ante dicha Administración «una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad del partido político o del partido integrante de la federación o coalición en cuya candidatura hubiere resultado electo». Además, si durante el ejercicio de su mandato al que haya accedido tras haber explicitado dicha

declaración, la persona electa se retractase, por cualquier medio, de la misma o mostrara contradicción, a través de hechos, omisiones o manifestaciones, respecto de su contenido, quedará definitivamente incurso en dicha causa de incompatibilidad. Este mismo régimen de incompatibilidad es de aplicación a los integrantes de la candidatura de la formación política declarada ilegal que sean llamados a cubrir el escaño vacante, incluidos los suplentes.

Todas estas medidas –que en modo alguno menoscaban o debilitan las establecidas en la Ley Orgánica de partidos políticos para su eventual aplicación *ex ante* de unas elecciones, sino que las complementan– ponen de manifiesto la preocupación del legislador por dotar al sistema de los instrumentos jurídicos que impidan que los terroristas, o quienes los amparan y protegen, se prevalgan de los beneficios del Estado de Derecho para intentar destruirlo desde el interior de las instituciones democráticas.

15. El funcionamiento de estos instrumentos está condicionado a que la actividad de los partidos políticos «vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático» (art. 9.1 LOPP), mediante una serie de conductas en las que habrá de apreciarse reiteración y gravedad, y que se sintetizan en el apartado 2 del mismo artículo, pormenorizándose en el siguiente apartado (sobre la necesaria interpretación conjunta de ambos apartados, STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 10).

En relación con las mismas este Tribunal Constitucional a la vista de la experiencia acumulada frente a las tentativas de eludir la ilegalización judicialmente decidida, quiere llamar la atención sobre algunas conductas que, por su manifiesto contraste con el principio democrático y el pluralismo político (art. 1 CE), pueden conducir a la ilegalización de una determinada formación política.

Así ocurre con las expresiones de equiparación de la violencia terrorista con la coacción legítima que en un Estado de Derecho se reserva a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cuando persiguen, detienen y ponen a disposición judicial a los responsables de los delitos de terrorismo; y a los Jueces y Tribunales cuando les condenan en un proceso justo y con todas las garantías. Y es que en una democracia como la implantada por la Constitución de 1978, tal equiparación pugna con el hecho de que en ella pueda defenderse cualquier opción política, siempre que se haga por procedimientos genuinamente democráticos, es decir, sin incurrir en conductas que, tipificadas como delitos, determinan la actuación de las fuerzas de orden público. En este sentido, ya hemos advertido de que no resultan admisibles «comunicados ambiguos y de compromiso sobre la base de una equidistancia entre el Estado y el terror, construida desde la premisa de no ver ninguna diferencia de cualidad entre el poder público –que monopoliza legítimamente la fuerza del Estado– y una banda criminal –cuya violencia sólo es constitutiva de ilícitos penales–, con lo que se pretende que la responsabilidad de ésta quede disminuida o desplazada» (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 18) Es por ello que tampoco resultan admisibles las actuaciones que tengan por objeto cuestionar el deber de las fuerzas policiales de perseguir a los responsables de la violencia terrorista.

De igual modo, y por idénticas razones, también implica una justificación implícita del terrorismo, que no puede asumirse en democracia, todo intento de colocar en el mismo plano el sufrimiento infligido a las víctimas de la violencia terrorista y el eventual efecto aflictivo asociado al cumplimiento de la pena impuesta precisamente por la responsabilidad en que incurrieron quienes, recurriendo o justificando el terror, con su comportamiento causaron graves daños no sólo a las víctimas sino a la esencia misma de una sociedad democrática.

Idéntica calificación han de merecer las actuaciones tendentes a otorgar al terrorismo una legitimación, especialmente si la misma está proyectada a su justificación como medio necesario para

alcanzar o avanzar en la consecución de objetivos políticos o cuando se utiliza la situación latente del terrorismo como chantaje para la consecución de objetivos políticos de una organización terrorista por las vías de la presión política y social al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta.

La misma significación habrá que dar al ensalzamiento de los autores de acciones terroristas, o su presentación como víctimas o héroes, teniendo especial alcance cuando tales conductas se realicen por quienes, estando en puestos institucionales, las autorizan o toleran, así como la realización de actos públicos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares. En este sentido, hay que subrayar que el reconocimiento a las víctimas del terrorismo se inserta en el conjunto de medidas de deslegitimación social del terrorismo, objetivo al que deben contribuir los grupos y partidos políticos democráticos. Como dice el preámbulo de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, «los poderes públicos contribuirán al conocimiento de la verdad, atendiendo a las causas reales de victimización y contribuyendo a un relato de lo que sucedió que evite equidistancias morales o políticas, ambigüedades o neutralidades valorativas, que recoja con absoluta claridad la existencia de víctimas y terroristas, de quien ha sufrido el daño y de quien lo ha causado y que favorezca un desenlace en el que las víctimas se sientan apoyadas y respetadas, sin que quepa justificación alguna del terrorismo y de los terroristas.»

También ha de entenderse que la actividad de un partido político vulnera los principios democráticos y legitima la violencia terrorista cuando, con manifiesto desprecio del orden constitucional, supedita su rechazo a la consecución negociada de objetivos políticos que sólo pueden alcanzarse en un Estado de Derecho mediante la utilización de procedimientos democráticos.

Por ello son conductas que entran en la misma órbita de consideraciones, la incitación al incumplimiento de leyes democráticamente aprobadas, con la específica finalidad de favorecer las actividades de las organizaciones terroristas, en lugar de promover su derogación o modificación por cauces legales, así como cualquier tipo de actuación que contribuya al sostenimiento económico de una organización terrorista.

No nos corresponde hacer ahora ninguna otra consideración salvo recordar, a los únicos efectos de lo que a este recurso de amparo interesan, que la apreciación de la concurrencia de tales conductas, a través del conjunto de instrumentos de control *a priori* y *a posteriori* de los que se ha dotado nuestro Ordenamiento impone, desde una perspectiva constitucional y en atención a los derechos fundamentales en juego, la existencia de elementos probatorios suficientemente sólidos y cualificados, ya que sobre ellos ha de sustentarse la decisión judicial de declarar que un partido político pretende continuar o suceder la actividad de un partido político ilegalizado y disuelto [art. 12.1 b) LOPP].

16. Los precedentes razonamientos conducen a concluir que el Auto recurrido, al declarar la improcedencia de la constitución del partido político Sortu por entender que es continuidad o sucesión del partido político declarado ilegal y disuelto Batasuna, denegando, en consecuencia, su inscripción en el Registro de partidos políticos, ha vulnerado el derecho de asociación de los recurrentes, en su vertiente de libertad de la creación de partidos políticos (art. 22 CE, en relación con el art. 6 CE).

(...)

Fallo

A la vista de lo expuesto e los Fundamentos Jurídicos se estima el amparo.

Votos particulares

Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 20 de junio de 2012, dictada en el recurso de amparo avocado a Pleno 2891-2011

Con pleno respeto a los compañeros de cuyo razonamiento y, por tanto, de su conclusión, discrepo, dejo constancia sucintamente de los fundamentos de mi posición. Creo, con la perspectiva propia de esta jurisdicción constitucional, que la Sentencia de la Sala del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) del Tribunal Supremo ha resuelto las cuestiones planteadas sin vulnerar en modo alguno el derecho de asociación de los recurrentes, en su vertiente de libertad de creación de partidos políticos –art. 22 CE, en relación con el art. 6 CE–.

1. La Sentencia de la que discrepo desborda los límites de la jurisdicción constitucional y en un claro exceso invade el campo que el art. 117.3 CE encomienda en exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

En efecto, mientras que el Tribunal Supremo ha entendido que «existe una prueba contundente y completa de la existencia de un intento de fraude perpetrado por la organización terrorista –ETA– en connivencia con su brazo político –Batasuna– para participar en la vida política instrumentalizando otra formación de “nueva creación” –Sortu–», por el contrario, la Sentencia que refleja el parecer de la mayoría, con un planteamiento distinto al del Tribunal Supremo y con una nueva valoración de la prueba, considera que esa conclusión es fruto de una mera «sospecha». Así pues, para el Tribunal Supremo, «prueba contundente y completa» y, en cambio, para la Sentencia del Tribunal Constitucional, simple «sospecha».

Y es que la Sentencia de la que discrepo parte del texto de los estatutos de Sortu que contienen un expreso rechazo de la

violencia, incluida la de ETA, a lo que reconoce una importancia fundamental. Pero los estatutos son palabras, de modo que cuando el conjunto de los hechos probados, como señala el Tribunal Supremo, «desvirtúa por completo la realidad de tales manifestaciones», las palabras saltan hechas trizas. No lo ha entendido así la mayoría que ha dado lugar a esta decisión del Pleno y aquí está la raíz de mi discrepancia, como señalaré en el punto 4 de este Voto.

2. Importa destacar, ante todo, el contenido propio de esta jurisdicción constitucional que, cuando está en juego «la efectividad del ejercicio de un derecho fundamental», está dirigido a la verificación de «la consistencia que, en términos constitucionales, ofrece la convicción judicial alcanzada en el proceso previo en punto a la naturaleza fraudulenta» de la operación, para lo cual hemos de aplicar «un canon decisorio cuyo contenido ha de depender de la apreciación conjunta de una pluralidad de magnitudes y referencias que permitan inferir, de modo razonable y no arbitrario» el acierto de la decisión del órgano jurisdiccional a quo, de modo que «solo nos cabe revisar la apreciación de la Sala del art. 61 LOPJ en aquellos supuestos en los que, desde los propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo, la convicción alcanzada pugne con un derecho constitucionalmente relevante» (STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 7).

Sobre esta base, ha de señalarse:

a) La actividad dirigida a obtener la continuación o sucesión de un partido político ilegalizado, obviamente, se desarrolla ocultándola, de modo que son claras «las dificultades inherentes al descubrimiento de toda trama defraudatoria» (STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 8), lo que dota de especial relieve a la prueba indiciaria.

b) Cuando se trata de dar continuidad a un partido político ilegalizado, las tentativas frustradas con anterioridad, como

ocurre en este caso, pueden «avalarse también, en tanto que indicio, una línea de continuidad en esa tentativa defraudatoria» (STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 8).

3. Así pues, no se trata en esta jurisdicción constitucional de valorar la prueba para concluir si Sortu es o no continuación o sucesión de partidos ilegalizados, sino sólo de verificar si la conclusión del Auto recurrido está o no motivada y razonada suficientemente.

Por ello toda la referencia que a continuación he de hacer a la prueba practicada y que considero necesaria para fundar mi opinión sobre la valoración hecha por la Sala del art. 61 LOPJ, tendrá un carácter puramente descriptivo.

Ante todo, el Tribunal Supremo ha examinado dos conjuntos de documentos: a) en el primero se integran los denominados «Halboka», que es «una estructura orgánica de la banda terrorista ETA» (fundamento jurídico 6 del Auto impugnado); y b) en el segundo se incluyen los que reflejan «la estrategia de Batasuna» (fundamento jurídico 7 de dicho Auto).

Con una minuciosa argumentación, perfectamente razonable, la indicada prueba documental lleva a la Sala del Supremo a la conclusión de que la Izquierda Abertzale, con mayúsculas, claramente identificada con Batasuna y distinta de la izquierda abertzale, con minúsculas, que es un «movimiento perfectamente legítimo», se encontraba «debilitada», «asfixiada» y con un «desgaste infinito» como consecuencia de la ilegalización de Batasuna, de modo que para conseguir los fines de ETA era necesaria la formación de un nuevo partido político, heredero de Batasuna, que actuaría en la vida política bajo la dirección de ETA, «garante activo» y «custodio» de las actividades a desarrollar.

Del conjunto de los numerosos documentos incluidos en los dos apartados mencionados, deduce el Tribunal Supremo —éste es

el primero de los indicios que recoge el Auto impugnado— la existencia de una voluntad defraudatoria, tendente a la creación de un nuevo partido político, heredero de Batasuna, conservando ETA su función de «custodio» del movimiento.

Y es de añadir que la existencia de esa voluntad defraudatoria, observa el Auto recurrido, se corrobora por las declaraciones de presuntos miembros de la organización terrorista Ekin (fundamento jurídico 10) y de miembros destacadas de la ilegalizada Batasuna (fundamento jurídico 11).

Por otra parte, el Auto del Tribunal Supremo destaca dos documentos porque integran un primer indicio de la conexión subjetiva Sortu-ETA:

El denominado «Proceso Democrático», atribuido a ETA por razón del contenido y lugar donde fue intervenido —despacho profesional de Arantza Zulueta Amuchastegui, alias «Matraka», «Marxel» y «Bixer»—, y el que lleva como rúbrica «Zutik Euskal Herria» que el Letrado de Sortu, en el acto de la vista consideró «esencial», destacando su «importancia» y «relevancia», dato este que subraya el Auto recurrido para ligar el documento con Sortu. Pues bien, entre ambos documentos, el atribuido a ETA y el que es considerado esencial por el Letrado de Sortu, aprecia la Sala del Supremo «importantes coincidencias terminológicas», «una semejanza sustancial» y «una identidad procedimental, terminológica y de conceptos que evidencian» que Zutik Euskal Herria es «la plasmación de las ideas centrales contenidas en el documento de estrategia de ETA denominado Proceso Democrático ... y son demasiadas coincidencias ... como para considerar que es fruto de la casualidad».

Así pues, voluntad defraudatoria y también ya un indicio que apunta que «Sortu es la plasmación del diseño de Batasuna de constituir un nuevo partido político para que le suceda en su actividad». En relación con este último extremo los datos examinados son los siguientes:

a) El acto organizado en el Hotel Tres Reyes de Pamplona por un miembro de la Mesa Nacional de Batasuna y al que acudieron numerosas personas que habían «desempeñado puestos orgánicos de la dirección o representativas de los partidos políticos ilegalizados» –veintitrés habían formado parte en alguna ocasión de la indicada Mesa Nacional–.

Asistieron dos personas que días después procederían a la presentación de Sortu, como partido político.

b) La presentación del nuevo partido político, sin denominarlo Sortu, en el Palacio Euskalduna de Bilbao, el 7 de febrero de 2011.

Organizado el acto por el responsable de comunicación de Batasuna, intervino un miembro de su Mesa Nacional, asistiendo al mismo una amplia representación de dirigentes de la ilegalizada Batasuna –diecinueve de ellos habían formado a parte en alguna ocasión de sus diferentes Mesas Nacionales–.

En este acto «se presentaban» los estatutos de Sortu, o al menos su «contenido esencial».

c) Y al día siguiente, 8 de febrero de 2011, presentación de Sortu por sus promotores.

El acto tuvo lugar también en el Hotel Euskalduna de Bilbao. Y con «todos los actos descritos concatenados en el tiempo», destaca la Sala del art. 61 LOPJ, que las declaraciones programáticas contenidas en el documento «Hacia un nuevo proyecto político y organizativo» presentado en el Hotel Tres Reyes son coincidentes con los estatutos de Sortu en lo esencial y se ajustan a la línea estratégica marcada por la ilegalizada Batasuna en el documento «Zutik Euskal Herria».

Así las cosas y con el conjunto de los elementos probatorios obrantes en los autos, la Sala estima que «Sortu nace en Batasuna para permitir el acceso de este partido ilegalizado a las

instituciones democráticas». Y a lo expuesto añade la Sala el examen de varios comunicados de ETA, cuyo contenido en el marco temporal en que se producen y en el contexto en que se desarrolla la nueva línea política de la Izquierda Abertzale ilegalizada –Batasuna–, resulta revelador para el Supremo de que, como en intentos anteriores, existe una unidad de actuación ETA/Batasuna, conservando ETA la «tutela» del desarrollo de toda la actuación.

Con todos los elementos probatorios recogidos hasta ahora la Sala del art. 61 LOPJ llega a una conclusión, todavía provisional: «Sortu es, una vez más, la concreción de una estrategia defraudatoria puesta en marcha, precisamente, desde la propia ETA en connivencia con la cúpula de Batasuna a fin de conseguir eludir la LOPP y las consecuencias de la ilegalización decretada en 2003».

Y ya en este punto el Auto recurrido examina el contraindicio que podría representar el rechazo de la violencia contenida en los estatutos de Sortu.

Pues bien, en el documento «Earen proposamenaz II.rtf», incluido en el conjunto «Halboka», ETA formula un manual de instrucciones relativas a la denuncia de la violencia, incluidas las «ekintzas» cometidas por la propia banda criminal ETA, de suerte que tales denuncias tienen para la Sala del art. 61 LPOJ un carácter instrumental, aparente y «meramente acomodaticio».

Así las cosas, la «abundante y contundente prueba practicada», a juicio del Supremo, «desvirtúa por completo la realidad de tales manifestaciones», de modo que el rechazo estatutario de la violencia es un «elemento del engaño en que todo fraude consiste», por lo que «ninguna eficacia sanadora» puede tener.

En definitiva, una vez examinados primero los indicios y después el contraindicio, el Tribunal Supremo concluye: «existe una prueba contundente y completa de la existencia de un intento de

fraude perpetrado por una organización terrorista –ETA– en connivencia con su brazo político –Batasuna– para participar en la vida política, instrumentalizando otra formación de nueva creación –Sortu–».

Y partiendo del contenido que es propio de esta jurisdicción constitucional, creo que la argumentación con la que el Auto recurrido llega a la conclusión indicada es una motivación suficiente, razonable y no arbitraria.

4. La Sentencia de la que discrepo, olvidando el cometido propio de la jurisdicción constitucional, es, pura y sencillamente, una nueva valoración de la prueba, es decir, un exceso de jurisdicción que invade el campo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE).

Lo que para el Auto del Supremo son documentos decisivos, para la Sentencia de la que discrepo son conductas ajenas, es decir, documentos ajenos. El rechazo de la violencia que en el Auto recurrido es un «elemento del engaño en que todo fraude consiste» y, por tanto, carente de «eficacia sanadora», en la Sentencia es un «contraindicio suficiente para entender, en principio, contrarrestada o diluida la eficacia probatoria de otros elementos de convicción» y, en definitiva, en lo que para el Tribunal Supremo es «una prueba contundente y completa» del fraude, la Sentencia solo ve una «sospecha».

La Sentencia toma como punto de partida de su razonamiento el rechazo estatutario de la violencia de ETA y lo erige en protagonista, prácticamente único, de su argumentación, lo que implica una doble quiebra: a) en primer término, alterando el orden lógico que ha seguido el Tribunal Supremo comienza por el examen del contraindicio, cuando lo razonable es estudiar primero los indicios para pasar luego al contraindicio; b) en segundo lugar, y esto es más grave, prescinde del examen de los otros elementos probatorios que ha tenido en cuenta el Tribunal

Supremo, lo que, obviamente, ha de alterar sustancialmente la conclusión final.

Ninguna duda existe respecto de la importancia de los estatutos de un partido político, que cuando se constituye ha carecido de actividad anterior. Pero ocurre, por un lado, que los estatutos pueden esconder objetivos e intenciones diferentes de las que se proclaman, y, por otro, que el nacimiento de un partido político va precedido y acompañado de actuaciones que pueden ser significativas. Así, en el caso de estos autos, el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta, en primer término, las reiteradas tentativas protagonizadas por lo seguidores de Batasuna de eludir los efectos de la Sentencia que ilegalizó este partido, lo que, según la doctrina de este Tribunal –STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 8–, integra un claro indicio, y en segundo lugar, las instrucciones documentadas que ETA ha impartido para que se rechace la violencia que ella misma practica –documento Earen proposamenaz II.rtf–; y todo ello, lo destaco, dentro de un conjunto de elementos probatorios –valoración conjunta– que viene a dotar de razonabilidad la conclusión del Auto del Tribunal Supremo: el rechazo estatutario de la violencia de ETA que la Sentencia de la discrepo examina aisladamente, atribuyéndole una importancia rigurosamente decisiva, en la apreciación conjunta de la prueba que hace el Tribunal Supremo, pierde ese valor decisivo pues la prueba practicada «desvirtúa por completo la realidad de tales manifestaciones» de rechazo, rechazo este que es «un elemento del engaño en que todo fraude consiste», por lo que «ninguna eficacia sanadora» puede tener. Y así queda clara la necesidad de una valoración precisamente conjunta de la prueba, siempre destacada, como ya hemos visto, por nuestra doctrina: las palabras de los estatutos, cuando se examinan dentro del amplísimo contexto probatorio que figura en estos autos y se enfrentan con ello a los hechos, se reducen a la nada. El lenguaje de los estatutos no puede prevalecer sobre el inequívoco lenguaje de los hechos que el Tribunal Supremo ha estimado acreditados con una valoración de los datos probatorios que es razonable y no arbitraria.

En otra línea, la Sentencia de la que discrepo, considerando conductas ajenas los documentos que ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo, niega que sirvan para probar la instrumentalización de Sortu al servicio de la estrategia de ETA. Nuevamente, con ello, la Sentencia aísla indebidamente un grupo de elementos indiciarios y desconoce la razonable argumentación del Supremo que ligando los documentos «Proceso Democrático» de ETA y «Zutik Euskal Herria», conecta éste con Sortu y, sobre todo, prescinde del muy relevante resto del material probatorio. Olvida con ello la Sentencia, esto es lo fundamental, el ámbito propio de la jurisdicción constitucional, y también que esta técnica valorativa de la prueba, atendiendo a datos aislados, es justamente el camino ideal para llegar al error.

En último término, resulta que lo que el Tribunal Supremo considera «una prueba contundente y completa» –Sortu es la continuación o sucesión de Batasuna– para la Sentencia de la que disiento es una mera «sospecha». No es así. La afirmación de esta Sentencia sólo puede hacerse prescindiendo de los numerosos elementos probatorios que ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo. La conclusión a la que llega éste, está muy lejos de ser un juicio de intenciones, es el fruto de una detallada y minuciosa valoración de la prueba que resulta en términos constitucionales plenamente razonable.

En consecuencia, creo que la convicción alcanzada por la Sala del art. 61 LOPJ en el juicio previo, desarrollado con contradicción plena respecto de los elementos probatorios, ofrece una clara «consistencia», pues es fruto de una argumentación «razonable y no arbitraria». Y puesto que estas observaciones que acabo de hacer definen en este punto el contenido de la jurisdicción constitucional (SSTC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 7 y 43/2009, de 12 de febrero, FJ 11), quiérese decir que la nueva valoración de la prueba, hecha por la Sentencia de la que discrepo, apartándose de «los propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo» –en este sentido, las ya citadas Sentencias–, integra un terminante exceso de jurisdicción, pues se ha

invadido el ámbito objetivo de la jurisdicción ordinaria, concretada aquí en el Tribunal Supremo.

Y como deriva de todo lo expuesto, no puedo compartir la conclusión de la Sentencia apoyada por la mayoría que entiende que el Auto del Supremo ha vulnerado el derecho de asociación en la vertiente relativa a la creación de partidos políticos (art. 22 CE, en conexión con el art. 6 CE). Este derecho ha de ejercitarse con «respeto a la Constitución y a la ley» (art. 6 CE) y en estos autos, los hechos que el Tribunal Supremo, órgano constitucionalmente habilitado para ello, ha considerado acreditados «con plenitud probatoria» –fraude concretado en la creación de Sortu a fin de consumir la sucesión operativa y funcional de Batasuna como medio de asegurar la continuidad del complejo ETA/Batasuna– son, con toda evidencia, subsumibles en el supuesto que tipifica el art. 12.1 b) LOPP, de modo que la denegación de la constitución del partido político Sortu se ha fundado en una causa legal directamente conectada con el art. 6 CE.

Es claro, pues, que el recurso de amparo hubiera debido ser desestimado.

5. En último término, he de dejar constancia de que considero que el contenido del fundamento jurídico 14 de la Sentencia está completamente fuera de lugar.

Se refiere a los instrumentos de control a posteriori que se han introducido últimamente en nuestra legislación –posibilidad de solicitar la suspensión cautelar de la proclamación de electos, anunciando la presentación de la demanda de ilegalización o del incidente de ejecución y también la inclusión de una nueva causa de incompatibilidad en el art. 6.4 LOREG–. Creo que cuando se está actuando el control previo que ha desarrollado el Tribunal Supremo, referirse a instrumentos de control a posteriori, sólo puede producir el efecto de debilitar el previo, lo que no resulta admisible, pues esto condena a la sociedad a sufrir las

consecuencias de la actuación de un partido que debió ser ilegalizado, para ilegalizarlo después cuando ya se ha consumado el daño. El control a posteriori es un control adicional y subsiguiente al previo y no sustitutorio de éste. En este caso, al existir en la fase previa pruebas bastantes para considerar que el partido que pretende fundarse es continuación de uno ilegalizado, el control previo debe tener eficacia para impedir su constitución –esta es la función que le encomienda el ordenamiento jurídico–, sin que la posibilidad de controlar su actividad ex post pueda privar de virtualidad al previo. El control a posteriori, en lo que aquí importa, es consecuencia de un fracaso del control previo. Y, por mi parte, no creo procedente contribuir a ese fracaso.

Ahora bien, una vez que la Sentencia, indebidamente, ha decidido incluir la referencia que creo fuera de lugar, he de señalar que considero coherente, a la vista de las circunstancias concurrentes, la enumeración de conductas que pueden conducir a la ilegalización de una determinada formación política (fundamento jurídico 15).

Y éste es mi parecer que expongo con todo respeto a mis compañeros.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia dictada, el 20 de junio de 2012, en el recurso de amparo avocado a Pleno núm. 2891-2011

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

1. Al entrar en el fondo del asunto, la Sentencia de la que discrepo, (fundamento jurídico 6) comienza por el examen exhaustivo de los estatutos del partido político Sortu, criterio que no puedo compartir porque es tanto como considerar que se trata

de una asociación enteramente nueva y virginal, cuya inscripción en el registro administrativo de partidos políticos del Ministerio del Interior se hubiera denegado por cualquier otra causa, al margen y con absoluta independencia de que la nueva organización asociativa tuviera la pretensión, alegada por la Fiscalía y la Abogacía del Estado, de continuar la actividad de otro partido ilegalizado (Batasuna) por ser el brazo político de una banda terrorista; esto es, el texto de la Sentencia parece desconocer que estamos ante la revisión constitucional de un Auto dictado por la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), del Tribunal Supremo, en un incidente de ejecución de la Sentencia, dictada por el mismo Alto Tribunal, de ilegalización de los partidos políticos Batasuna, Herri Batasuna y Euskal Herritarrok.

Y todo ello se hace empezando por un análisis del «capítulo preliminar» de los referidos estatutos señalándose: «en cuyo primer párrafo se habla de un proceso de debate interno de la izquierda aberztale para su proyecto independentista y socialista», desconociendo también que la «izquierda aberztale» no es una organización espontánea, sino una designación estratégica inventada por ETA, convertida en una «magma» que ya no se sabe donde empieza ni donde termina.

Se sigue con cita literal de frases completas de ese capítulo preliminar estatutario para destacar la opción por las vías exclusivamente políticas y democráticas, la desvinculación con el pasado y con la práctica de la violencia, que se acaba condenando en el texto redactado por Sortu, al decir que los promotores muestran «su voluntad y deseo de contribuir con el resto de agentes políticos, sociales y sindicales: a la definitiva y total desaparición de cualquier clase de violencia, en particular, la de la organización ETA; a la superación de las consecuencias de toda violencia y terrorismo en pro de la paz, justicia y reconciliación de la sociedad vasca; al reconocimiento y reparación de todas las víctimas originadas por las múltiples

violencias que han tenido presencia en nuestro pueblo en las últimas décadas» (énfasis nuestro).

Pues bien, no puede desconocerse que la única diferencia con lo que hasta ahora han venido diciendo los dirigentes de los partidos políticos ilegalizados por su conexión con el terrorismo, en relación con la condena de la violencia, es la referencia expresa a la ETA, que ahora sí se produce, pero añadiendo, como acabamos de ver, que ni ésa es la única violencia ejercida en el País Vasco (¿también la violencia institucional, la de las fuerzas de seguridad, las de los Tribunales de Justicia, la del Estado en general...?) ni las víctimas del terrorismo, que desgraciadamente se cuentan por centenares, son las únicas a las que hay que reconocer y ofrecer reparación (¿también a los miembros de ETA muertos al manipular un artefacto o en enfrentamientos con las fuerzas de seguridad, también a los presos de la banda criminal?). En estas condiciones no se puede calificar esa condena ampliada de «inequívoca», sino más bien de estudiadamente ambigua.

2. Esta condena de la violencia terrorista, aunque sea mezclada con la condena de otras violencias, que se manifiesta en los estatutos y la opción por las vías pacíficas y democráticas, se erigen por la Sentencia de la que me aparto, en base fundamental para descartar cualquier conexión, dependencia, sustitución o sucesión en la actividad de los partidos políticos ilegalizados, con lo que, a mi juicio, se incurre en la ingenuidad de creer, sin ni siquiera dudar, lo que los promotores de Sortu dicen en los estatutos, volviendo a ignorar (como ya pasó con Bildu) que quien pretende burlar un fallo judicial que le perjudica empleará todos los medios para ocultar sus intenciones y así perpetrar el fraude, olvidando, además, en todo el fundamento jurídico 7, que lo que estamos juzgando no son los estatutos de Sortu sino resolviendo sobre si el Auto del Tribunal Supremo vulneró o no el derecho fundamental (art. 22 en relación con el 6 CE) de los promotores de la asociación a inscribirla como partido político; desviación, la de la Sentencia de la mayoría, que tiene consecuencias devastadoras sobre el resultado.

3. De otro lado la insistente referencia, que se reitera en los fundamentos jurídicos 8 y 9 de la Sentencia, a la condena de la violencia como determinante, lleva a decir que «la suficiencia de la condena del terrorismo para contrarrestar otros elementos de convicción, se recoge por vez primera en la STC 99/2004, de 27 de mayo, que resuelve el recurso de amparo promovido por una agrupación electoral cuya candidatura había sido anulada por la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ en aplicación del art. 44.4 LOREG, esto es por venir a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado ilegalizado judicialmente y disuelto» y citando texto de la referida STC 99/2004, FJ 19, se añade « la negativa a condenar expresamente el terrorismo, no es por tanto, indicio bastante para acreditar per se una voluntad defraudatoria como la contemplada por el art. 44.4 LOREG. Mas bien sucede que su contrario, la condena inequívoca constituye un contraindicio capaz de desacreditar la realidad de ese cariz deducida a partir de indicios suficientes».

Aquí la Sentencia de la que me aparto incurre en otra quiebra procesal y hasta lógica; si la expresa condena de la violencia «incluida la de ETA» no puede constituir mas que un «contraindicio» capaz de contrarrestar los «indicios» tenidos en cuenta para declarar que un partido es continuador de otro ilegalizado ¿Dónde está el antecedente examen de esos indicios capaces de ser contrarrestados con la condena de la violencia? La realidad es que no se entra en ellos.

Es más, frente al indicio, recogido en el fundamento de Derecho décimo segundo del impugnado Auto del Tribunal Supremo, que pone en relación el acto formal de presentación a los medios de comunicación del partido político Sortu por sus promotores y otras seis personas, con otros dos actos celebrados con anterioridad, en los que intervinieron y ocuparon una posición destacada cargos orgánicos y representativos de los partidos políticos disueltos e ilegalizados, la Sentencia de la mayoría pasa de puntillas, porque la realidad es que en los actos públicos preparatorios de la constitución y presentación pública de Sortu,

estaban destacados miembros de Batasuna, que luego no comparecieron en el acto formal de presentación, lo que crea la vehemente impresión de que estaban urdiendo el engaño, pero ocultándolo cuidadosamente.

En el Auto del Tribunal Supremo (fundamento jurídico 19) se dice también (y se recoge en el fundamento jurídico 10 de la Sentencia de la mayoría) que la aparente rotundidad de las declaraciones examinadas en los precedentes fundamentos jurídicos (se refiere precisamente a la condena expresa de la violencia) «ninguna eficacia sanadora pueden tener respecto del fraude mismo» porque simplemente «se configuran como un elemento del engaño en que todo fraude consiste», siendo la propia banda terrorista ETA la que establece la estrategia de condena de los atentados que ella misma comete a fin de eludir las consecuencias de la Sentencia de ilegalización, y ello con el respaldo de un documento sobre esas instrucciones de la banda incautado a la propia ETA.

Para mí, y reiterando el respeto que me merece la opinión contraria, en este fundamento jurídico del Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo después de haber examinado una amplia prueba documental, se concluye con una valoración razonada y razonable del contraindicio de condena de la violencia para desecharlo, frente a lo que hace la Sentencia de la mayoría de este Tribunal, que, como ya se ha dicho, coloca esta condena de la violencia y otras declaraciones sobre los medios e instrumentos pacíficos y democráticos, no como contraindicaciones, sino como elemento determinante de la ausencia de fraude.

4. En el fundamento jurídico 12 de la Sentencia que provoca mi discrepancia, tratando de eludir los reproches de exceso de jurisdicción que se produjeron con ocasión de la legalización de «Bildu», tanto en los Votos particulares como en la doctrina, por haber hecho un examen pormenorizado de las pruebas, individualmente consideradas, tenidas en cuenta por la jurisdicción ordinaria, ahora se incurre en el extremo opuesto

diciendo «como hemos avanzado, no nos corresponde realizar un análisis pormenorizado de las pruebas, básicamente documentales, que se tienen en cuenta en el Auto recurrido y que construyen un relato coherente de la “posibilidad” de que el partido político cuya inscripción se solicita sea continuador de anteriores partidos políticos ilegalizados, aunque en el mismo no se evalúa la existencia de los otros elementos a que se refiere el art. 12.3 LOPP. Por otra parte, hay que considerar que, frente a tal posibilidad, tampoco se pondera en la resolución cuestionada que la existencia del derecho de asociación concretamente en partidos políticos, constituye una pieza clave de una sociedad democrática, cuya limitación ha de resultar proporcionada al peligro contrastado que el sedicente partido pudiera constituir para la propia existencia del Estado de Derecho.»

De este texto se desprende que si no se entra a establecer, aunque sea en su conjunto, si la valoración de prueba hecha por el Tribunal Supremo era o no razonable, arbitraria o incurra en error patente, es porque no cabía atribuirle ningún de esos defectos, sino el de no haber evaluado suficientemente «la existencia de los otros elementos a que se refiere el art. 12.3. LOPP» y no haber ponderado «que la existencia del derecho de asociación es una pieza clave de una sociedad democrática», esto es, porque incurre en un defecto de motivación.

No cabe duda de que esta fórmula, que pretende la cuadratura del círculo, es más respetuosa con el Tribunal Supremo y con las funciones que la Constitución le encomienda, pero para ello en realidad elude el verdadero problema, que no es otro que el de establecer si la valoración de indicios de fraude lo acreditaba o no.

A este respecto, la resolución dictada por la Sala Especial del art. 61 del Tribunal Supremo está sólidamente fundada desde el punto de vista fáctico y jurídico y llega a una certeza de común sentido y no a una mera «sospecha», como le achaca la Sentencia de la mayoría, de que Sortu es la continuación, intentada una vez

mas, de proseguir con las actividades de los partidos políticos ilegalizados por su integración en el aparato político de la banda terrorista ETA.

5. En el fundamento jurídico 13 se alude a la STC 62/2012, de 5 de mayo, sobre Bildu, reiterando, respecto a las pruebas documentales aportadas, muchas de ellas, como ya se ha anticipado, incautadas a miembros de la organización criminal ETA, que se trata «de conductas ajenas, en este caso, documentos ajenos, que lo único que acreditan es la referida estrategia de la organización terrorista y del partido político ilegalizado, pero no la instrumentalización del nuevo partido político al servicio de dicha estrategia».

Esta tesis de la Sentencia sobre Bildu que ya critiqué en su momento y que ahora se reitera, me resulta de nuevo inaceptable y cabe preguntarse qué es lo que se reclama como prueba suficiente: ¿que sean los mismos defraudadores los que confiesen su propósito? por esa vía no hay fraude que pueda ser descubierto y lo cierto es que en este caso, como en aquél que se cita, los titulados de «ajenos» son, sencillamente, los creadores y beneficiarios del engaño... ¡bastante es que la habilidad, la dedicación y el esfuerzo de la Guardia Civil y del Cuerpo Nacional de Policía hayan podido descubrirlo y ponerlo de manifiesto con una documentación y unos informes abrumadores!

6. Finalmente en el fundamento jurídico 14 la Sentencia de la mayoría pone de manifiesto la existencia de instrumentos de control a posteriori, de que se ha dotado nuestro ordenamiento jurídico, para que la limitación del libre ejercicio del derecho de asociación no sea desproporcionada, como se afirma que ha sucedido en el caso de Sortu.

La posibilidad de actuar después contra un partido político o sus integrantes electos, que resulten ser, uno y otros, instrumentos de un partido ilegalizado no puede condicionar, adelgazándola, la utilización legalmente establecida de las medidas preventivas del

fraude, porque lo contrario sería tan absurdo como esperar a que este se repita para poder hacerle frente.

Sin embargo y con base en la posibilidad de las actuaciones a posteriori, aunque dicho criterio no lo comparta, la Sentencia de la mayoría formula, sin carácter exhaustivo, pero sí revelador, en el fundamento jurídico 15, una descripción de conductas de connivencia con el terrorismo (la equiparación de éste con la coacción legítima del Estado; la justificación implícita del terrorismo; la colocación en el mismo plano del sufrimiento de las víctimas y de los delincuentes condenados por sus crímenes; la legitimación del terrorismo para la obtención de objetivos políticos; el ensalzamiento de los autores de las acciones terroristas y su presentación como víctimas o héroes, incluso desde las instituciones, con la consiguiente humillación de las víctimas; el condicionamiento del abandono de las actividades terroristas a la consecución negociada de objetivos políticos; la incitación al incumplimiento de las leyes para favorecer las actividades terroristas, etc., etc.) que tienen, a mi juicio dos virtudes elogiadas.

Por una parte, un reconocimiento expreso del dolor de las víctimas, (soportado pidiendo sólo justicia y no ejerciendo jamás la venganza), con cita de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo.

Por otra parte, el catálogo enumerativo, aunque sea con una formulación atípica pero justificada por la singularidad del caso, constituye una advertencia, que hecha desde este Tribunal, no puede dejar de ser tenida en cuenta, tanto por los responsables de los partidos políticos como por las restantes instituciones.

No obstante mi coincidencia personal con esta última parte de la Sentencia, mi discrepancia con el resto y con el fallo, que debió ser desestimatorio del recurso de amparo, me obliga a formular el presente Voto particular.

Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, respecto de la Sentencia, otorgando el amparo solicitado, dictada por el Pleno en el recurso de amparo núm. 2891-2011

1. Con el mayor respeto a la opinión de los Magistrados que han apoyado la tesis mayoritaria reflejada en la Sentencia, debo, no obstante, haciendo uso de la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, expresar mi criterio discrepante del fallo estimatorio del recurso de amparo a que se ha llegado en esta Sentencia.

A mi entender, en virtud de los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno y que, resumidamente, expongo a continuación, debiera haberse dictado una Sentencia denegando el amparo solicitado por los recurrentes.

2. La Sentencia parte de un enfoque inadecuado del problema sometido al enjuiciamiento de este Tribunal, al poner especial énfasis (fundamentos jurídicos 3 a 5) en la doctrina sobre el derecho fundamental de asociación, en su vertiente de libertad de creación de partidos políticos (art. 22 de la Constitución, en relación con su art. 6), cuando esto, en rigor, ni se discute ni resulta necesario para nuestro pronunciamiento, pues de lo que se trata es de determinar si en el presente caso ese derecho, que ha de ejercerse «dentro del respeto a la Constitución y a la ley» (art. 6 CE), se ha ejercido efectivamente con arreglo a lo establecido en la Constitución y en la ley (Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, cuya constitucionalidad fue declarada por este Tribunal en STC 48/2003, de 12 de marzo), en cuyo caso la inscripción de Sortu en el Registro de partidos políticos sería procedente, o si, por el contrario, nos hallamos, como lo ha entendido la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ en el Auto impugnado en amparo, ante un ejercicio ilícito, por fraudulento, de ese derecho, en cuyo caso los recurrentes no pueden beneficiarse de las garantías del mismo. Pues no debe olvidarse que el rechazo a la inscripción en el Registro de

partidos políticos del partido que pretende continuar o suceder la actividad de otro declarado ilegal o disuelto [arts. 5.6 y 12.1 b) y 3 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos] constituye un instrumento de garantía constitucional con el que pretende evitarse que a través de la creación de nuevos partidos pueda articularse fraudulentamente la continuidad material de un partido político disuelto o ilegalizado.

El inadecuado enfoque al que acabo de referirme se mantiene en los siguientes fundamentos de la Sentencia, por cuanto se entra directamente a examinar los estatutos del partido político Sortu (fundamentos jurídicos 6 y 7), cuando lo procedente, lo primero que ha de hacerse (porque es el verdadero objeto del recurso de amparo, como por otra parte no deja de señalar la Sentencia en sus fundamentos jurídicos 1 y 4), es analizar el Auto impugnado de la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ, que declara la improcedencia de la constitución de dicho partido por ser continuidad o sucesión del partido político Batasuna, declarado ilegal y disuelto por la Sala en su Sentencia de 27 de marzo de 2003 (autos acumulados 6-2002 y 7-2002).

Como igualmente resulta metodológicamente inadecuado, en mi opinión, que la Sentencia aborde antes el análisis del contraindicio (la pretendida condena de la violencia terrorista por el partido político Sortu) que el de los indicios del fraude de ley en los que el Auto impugnado en amparo fundamenta su decisión, cuando debiera ser justamente a la inversa, como se desprende de nuestra doctrina (SSTC 5/2004, de 16 de enero, 68/2005, de 31 de marzo, y 31/2009, de 29 de enero). Por lo demás, sobre la incorrecta valoración que del contraindicio se hace en la Sentencia tendré ocasión de volver enseguida.

3. Con ser grave el desacertado enfoque de la cuestión que realiza la Sentencia de la que discrepo, mucho más grave me parece la flagrante contradicción interna en la que incurre su fundamentación, por cuanto tras recordar (fundamento jurídico

4), con cita de nuestra doctrina al respecto (SSTC 5/2004, FJ 17, y 31/2009, FJ 4), que no le compete a este Tribunal «la revisión de las pruebas practicadas en el proceso, ni la de la valoración que las mismas han merecido del Tribunal Supremo, pues en otro caso, con infracción del principio de exclusividad de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE), incurriríamos en un claro exceso de nuestra jurisdicción constitucional» (doctrina con la que estoy plenamente de acuerdo), y afirmar en consecuencia (fundamento jurídico 12) que no se va entrar en el análisis pormenorizado de las pruebas, básicamente documentales, que se tienen en cuenta en el Auto recurrido y que construyen un relato coherente de la convicción del Tribunal Supremo de que el partido político Sortu es continuador de la ilegalizada Batasuna, lo cierto es que, desmintiendo inmediatamente esta enfática aserción, la Sentencia sí entra a continuación (fundamento jurídico 13) a valorar, negativamente, esos elementos probatorios, para concluir con un rechazo, sin apenas argumentación, de la valoración efectuada por el Tribunal Supremo en el Auto impugnado, en la que sustenta su convicción de que el partido político Sortu es la enésima manifestación de la voluntad del entramado terrorista ETA/Batasuna de defraudar la Sentencia de ilegalización y disolución de partidos políticos de 27 de marzo de 2003.

Y esa deficiencia argumental a la que acabo de referirme se hace más patente si se repara en que en el mismo fundamento jurídico 12 de la Sentencia de la que discrepo se dirige al Auto impugnado el inconsistente reproche de que en el mismo «no se evalúa la existencia de los otros elementos a que se refiere el art. 12.3 LOPP». En el art. 12.3 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, se encuentran mezcladas causas de disolución de partidos políticos inscritos y en funcionamientos y causas de no inscripción de partidos políticos, no siendo aquellas, obviamente, aplicables a partidos aún no nacidos; además, no cabe olvidar que dicho precepto no contiene un elenco cerrado de causas de disolución o de no inscripción, sino que, además de las que enumera, la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61

LOPJ puede tener en cuenta, para valorar si el partido pretende continuar o suceder fraudulentamente a partidos ilegalizados o disueltos, «cualesquiera otras circunstancias relevantes»; y, en fin, la Sentencia de la que discrepo parece olvidar que el fraude de ley puede resultar desvelado por un conjunto de indicios a partir de los cuales dicha Sala infiera razonablemente, como acontece en el Auto impugnado, que el nuevo partido cuya inscripción se pretende obedece a una estrategia diseñada por el entramado ETA/Batasuna con el objetivo de burlar la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos.

4. Además, en la Sentencia de la que discrepo, anticipando indebidamente –como ya señalé– el análisis del contraindicio a partir del examen de los estatutos de Sortu, se realizan una serie de afirmaciones sobre el valor del contraindicio que, a mi juicio, no se compadecen con la doctrina sentada por este Tribunal al respecto. Así, en primer lugar, no es cierto que la «condena del terrorismo» (ya veremos luego en qué queda la pretendida «condena» del terrorismo que, según la Sentencia de la que discrepo, se contiene de manera «inequívoca» en los estatutos de Sortu), sea suficiente para contrarrestar otros elementos de convicción del Tribunal Supremo sobre la voluntad y estrategia defraudatoria (fundamento jurídico 9). Tal aserto supone, en mi opinión, desvirtuar la doctrina de este Tribunal (citada, por otra parte, en la propia Sentencia), que en ningún momento ha afirmado esa pretendida suficiencia. Lo que hemos dicho (y lo comparto plenamente), es que la condena del terrorismo, siempre que sea «inequívoca» (esto es, «un pronunciamiento firme e indubitado frente al terrorismo y sus instrumentos») y no una genérica o ambigua condena de la violencia, «constituye un contraindicio capaz de desacreditar la realidad de una voluntad de ese cariz deducida a partir de indicios suficientes» (por todas, SSTC 68/2005, FJ 16, y 31/2009, FJ 12). Pero que algo sea «capaz de» no significa –me parece obvio– que sea «bastante» o «suficiente para» entender desacreditada esa realidad de una voluntad defraudatoria. Baste aquí con recordar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contenida en la

Sentencia de 30 de junio de 2009, Herri Batasuna y Batasuna c. España, § 80, que, con cita de doctrina precedente, advierte que «los estatutos y el programa de un partido político no pueden ser tenidos en cuenta como único criterio para determinar sus objetivos e intenciones».

Además, al afirmar la Sentencia que la «condena» del terrorismo en los estatutos del partido Sortu es suficiente para contrarrestar los elementos en los que el Tribunal Supremo funda su convicción de que dicho partido responde a una estrategia fraudulenta del entramado ETA/Batasuna para conseguir el retorno a las instituciones democráticas del partido ilegalizado, este Tribunal está desvirtuando –o reescribiendo– lo dispuesto en la Ley Orgánica de partidos políticos, que en ningún momento establece que procede la inscripción de un partido político cuando condene en sus estatutos la violencia terrorista. Lo que dice la Ley es que no procederá la creación de un nuevo partido político ni, por tanto, su inscripción en el Registro de partidos políticos, cuando ese partido «pretenda continuar y suceder la actividad de otro declarado ilegal y disuelto» (art. 5.6 de la Ley Orgánica de partidos políticos), pretensión que se presumirá fraudulenta [art. 12.1 b) de la misma Ley] y que podrá ser apreciada por la Sala valorando los elementos que ad exemplum enumera el art. 12.3 de la Ley y «cualesquiera otras circunstancias relevantes» que «permitan considerar dicha continuidad o sucesión». Elementos o circunstancias entre los que puede estar, cabalmente, una mera condena o rechazo del terrorismo en los estatutos del nuevo partido que, de manera fraudulenta, sólo represente un alejamiento táctico, puramente instrumental, de la violencia terrorista, como fundadamente, en mi opinión, ha entendido el Tribunal Supremo que acontece en los estatutos de Sortu.

Por otra parte, sucede en el presente caso que, frente a lo que de manera un tanto entusiasta se afirma en la Sentencia de la que discrepo, esa pretendida «condena inequívoca del terrorismo» no aparece por ninguna parte en los estatutos de Sortu, a los que la propia Sentencia otorga una relevancia decisiva para la

resolución del presente asunto. En efecto, más allá del envoltorio retórico característico, y dejando a un lado la cuestión semántica —o tal vez no— de que el término «condena» no se contiene en esos estatutos (se utiliza la palabra «rechazo»), lo cierto es que, frente a expresiones como las que recoge la Sentencia de la que discrepo en las que se alude al rechazo del terrorismo y de la violencia, incluida la de la organización ETA (a la que, por cierto, los estatutos eluden cuidadosamente de adjetivar como «terrorista» en las dos ocasiones en que la mencionan: capítulo preliminar y art. 3 b), ocurre que ese aparente «rechazo» al terrorismo de ETA aparece contrapesado en términos de equidistancia, con referencias a «otras» violencias, elipsis que, en el contexto examinado, es claro que apunta a la represión legítima del fenómeno terrorista por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (lo que se completa con una pretensión de equiparación entre víctimas del terrorismo etarra y «víctimas» de la acción del Estado frente al terrorismo). De ello existen numerosos ejemplos en los estatutos examinados: desaparición de cualquier clase de violencia, en particular la de la organización ETA»; «superación de las consecuencias de toda violencia y terrorismo»; «reconocimiento y reparación de todas las víctimas causadas por las múltiples violencias que han tenido lugar en nuestro pueblo en las últimas décadas»; «toda expresión de violencia e imposición ha de desaparecer de nuestro país»; «rechazo firme e inequívoco de todo acto de violencia y terrorismo y de sus autores»; «rechazo de las diferentes formas de manifestación de la violencia y el terrorismo», etc. Añádase a todo ello que ese rechazo del terrorismo se proyecta en todo caso hacia el futuro: en ningún punto de los estatutos de Sortu (tampoco en las declaraciones efectuadas por sus promotores en el acto de presentación del partido a los medios de comunicación) existe una condena expresa de los atentados terroristas de ETA que hasta la fecha han ocasionado más de 800 muertos. La conclusión de todo lo expuesto es, para mí, muy clara: los términos del rechazo del terrorismo en los estatutos de Sortu no puede ser tenidos en cuenta, de acuerdo con nuestra doctrina

(SSSTC 5/2004, FJ 18; 99/2004, FJ 19; 68/2005, FJ 16, y 31/2009, FJ 12) y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 30 de junio de 2009, Herri Batasuna y Batasuna c. España, § 88, por todas), como un contraindicio suficiente para entender desvirtuada la existencia de la voluntad defraudatoria apreciada por el Tribunal Supremo en el Auto impugnado, en términos que no admiten reproche constitucional.

Por lo demás, y recordando lo que ya señalé en mi Voto particular a la STC 62/2011, de 5 de mayo (caso Bildu), en lo que atañe a la existencia de declaraciones de rechazo a la violencia terrorista como medio de acción política no hay que olvidar que tales declaraciones han de valorarse en el contexto de la simulación y fraude que ha guiado siempre la actuación de ETA/Batasuna en su propósito de conseguir el regreso de su ilegalizado brazo político a las instituciones democráticas, debiendo destacarse que las condenas de la violencia terrorista han sido incluso recomendadas por ETA, según la prueba tenida en cuenta por el Tribunal Supremo en la resolución impugnada, a fin de dar una apariencia de distanciamiento de ETA a quienes formalmente se presentan como colectivos distintos y no relacionados con la organización terrorista, de lo que cabe deducir fundadamente, como lo hace la Sala Especial del art. 61 LOPJ, que se trata de una táctica instrumental auspiciada por ETA, que priva de vigor decisivo a las manifestaciones de rechazo del terrorismo (por lo demás no inequívocas, como ha quedado expuesto) que se contienen en los estatutos del partido Sortu.

5. Así las cosas, en este proceso de amparo al Tribunal Constitucional le cumple únicamente verificar si la Sala Especial del art. 61 LOPJ ha acreditado de manera motivada y suficiente la existencia de una trama defraudatoria diseñada por el entramado ETA/Batasuna destinada a conseguir la inscripción de un partido político de nueva creación aparentemente legal pero que pretende dar continuidad a la actividad política de los partidos judicialmente declarados ilegales y disueltos. Desde la

perspectiva que nos es propia lo que nos cumple es, pues, determinar si cabe apreciar una vulneración del derecho de asociación, en su vertiente de libertad de creación de partidos políticos (art. 22 CE, en relación con el art. 6 CE), invocado por los recurrentes, en atención a la consistencia que, en términos constitucionales, ofrece la convicción judicial alcanzada en el proceso previo de que Sortu pretende suceder en su actividad al ilegalizado brazo político de ETA, utilizando a tal efecto una estrategia fraudulenta.

En este sentido es notorio que de acuerdo con nuestra reiterada doctrina al respecto (por todas, SSTC 85/2003, FJ 29; 68/2005, FJ 11; 112/2007, FJ 7; y 43/2009, FJ 11) «sólo nos cabe revisar la apreciación de la Sala del art. 61 LOPJ en aquellos supuestos en los que, desde los propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo, la convicción alcanzada pugne con un derecho constitucionalmente relevante», en el presente caso el derecho de asociación, en su vertiente de libertad de creación de partidos políticos.

En definitiva, estando en juego la efectividad del ejercicio de un derecho fundamental, este Tribunal, ponderando los derechos individuales en presencia y el interés general del ordenamiento en que la libertad de creación de partidos y el ejercicio de su actividad se lleve a cabo «dentro del respeto a la Constitución y a la ley» (art. 6 CE), debe verificar aquella revisión con arreglo a un canon decisorio cuyo contenido ha de depender de la apreciación conjunta de una pluralidad de magnitudes y referencias que permitan inferir, de modo razonable y no arbitrario, que Sortu es el resultado de una trama defraudatoria que pretende dar continuidad a la actividad política de la ilegalizada Batasuna.

En consecuencia, como ya recordé en mi Voto particular a la STC 62/2011, de 5 de mayo (caso Bildu), y sin perjuicio de las diferencias entre aquél y el presente caso (allí se trataba de la anulación de la proclamación de candidaturas electorales y aquí

de la negativa a inscribir a un partido en el Registro de partidos políticos), no se puede pretender que este Tribunal, en la función de control constitucional que le corresponde, proceda a sustituir por la suya (y además sin argumentación suficiente) la valoración de la prueba practicada en el proceso sustanciado ante el Tribunal Supremo, pues en tal caso, con infracción del principio de exclusividad de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE), incurriríamos en un claro exceso de nuestra jurisdicción constitucional. Lo único que corresponde en este proceso de amparo es verificar si la valoración judicial de los hechos por la Sala Especial del art. 61 LOPJ ha sido más improbable que probable o a la inversa. En el presente caso me parece incuestionable que esa valoración ha sido más probable que improbable, por lo que debió concluirse que la Sala Especial del art. 61 LOPJ ha inferido de modo razonable y no arbitrario que mediante la inscripción del nuevo partido, Sortu, se pretende, en fraude de ley, continuar la actividad de los partidos ilegalizados y disueltos.

6. Ciertamente, la Sentencia de la que discrepo no incurre, a diferencia de lo que sucedió en el caso de la citada STC 62/2011, de 5 de mayo (caso Bildu), en el deplorable exceso de entrar en el análisis pormenorizado de cada una de las pruebas practicadas en el proceso sustanciado ante el Tribunal Supremo, pero sí lleva a cabo, como ya señalé, una valoración genérica de los elementos probatorios, básicamente documentales, que se tienen en cuenta en el Auto recurrido y que construyen un relato coherente de la convicción del Tribunal Supremo de que el partido político Sortu es continuador de la ilegalizada Batasuna, sustituyendo así, y ello mediante una argumentación insuficiente, la valoración efectuada por el Tribunal Supremo en el Auto impugnado, dando más crédito a las calculadas manifestaciones (valoradas junto al contraindicio) de los promotores y dirigentes en el acto de presentación de dicha formación política a los medios de comunicación, que a la numerosa prueba documental en la que el Tribunal Supremo funda su convicción sobre la estrategia fraudulenta que se persigue mediante la creación del partido

Sortu. Con ello, este Tribunal viene a incurrir finalmente en la Sentencia de la que discrepo en el exceso de su jurisdicción al que me he referido (pese a las protestas expresas de la propia Sentencia, en su fundamento jurídico 6, de no incurrir en tal exceso).

7. No me es posible compartir, en consecuencia, la conclusión a la que, de manera un tanto apodíctica, se llega en la Sentencia de que discrepo, según la cual de los documentos en los que el Auto impugnado se basa para entender acreditada la voluntad defraudadora de ETA y Batasuna no cabe inferir que hayan instrumentalizado al partido político Sortu para sus fines o que éste se haya dejado instrumentalizar por la organización terrorista y el partido político ilegalizado (fundamento jurídico 13). Esa afirmación de la pretendida insuficiencia probatoria de los indicios manejados por la Sala Especial del art. 61 LOPJ para sustentar su convicción sobre la existencia de la trama defraudatoria que la Sentencia de este Tribunal imputa a la postre al Auto impugnado es, como he dicho, el resultado de un exceso en el ejercicio de nuestra jurisdicción constitucional, que no puedo sino lamentar.

8. La convicción por la Sala Especial del art. 61 LOPJ de la existencia de una estrategia defraudatoria dirigida a dar continuidad a la actividad de los partidos ilegalizados, mediante la creación del nuevo partido cuya inscripción en el Registro de partidos políticos fue por ello rechazada, se funda en el presente caso en la concurrencia de una serie de elementos probatorios que, apreciados en su conjunto, han llevado a la Sala Especial a la conclusión de que ese nuevo partido (Sortu) es el instrumento ideado para lograr esa continuidad fraudulenta. Para alcanzar esta conclusión la Sala ha debido superar, como en otras ocasiones, «las dificultades inherentes al descubrimiento de toda trama defraudatoria y se ha basado en un material probatorio constituido tanto por pruebas directas como indiciarias» (STC 112/2007, FJ 8).

Como ya dije también en mi Voto particular a la STC 62/2011, de 5 de mayo (caso Bildu), precisamente por el empeño engañoso consustancial al fraude carece de sentido que quien lo intenta realizar lo confiese paladinamente, y por ello resultaría cuanto menos candoroso exigir que quienes quieren engañar lo manifiesten de manera fehaciente. De ahí que el descubrimiento del fraude haya de basarse, casi necesariamente, en una prueba de indicios. Prueba de indicios que ha sido plenamente aceptada por los recurrentes, extremo éste que es de suma importancia destacarlo: la validez de los elementos probatorios en los que funda su convicción el Tribunal Supremo no ha sido impugnada por los recurrentes en amparo.

Partiendo de esos elementos probatorios que el Auto impugnado enumera con detalle (documentos intervenidos a presuntos miembros de ETA y de la ilegalizada Batasuna, informaciones periodísticas que revelan la participación de presuntos miembros de ETA y de dirigentes de Batasuna en reuniones y actos públicos relacionados con el proyecto Sortu, informes policiales, etc.) la Sala Especial del art. 61 LOPJ ha considerado acreditado que el partido Sortu es el resultado de una estrategia fraudulenta diseñada por el entramado terrorista ETA/Batasuna con el objetivo de que el ilegalizado brazo político de ETA, a través el partido Sortu, pueda participar nuevamente en la vida política en condiciones de legalidad y acceder a las instituciones democráticas.

El juicio de constitucionalidad que aquí procede realizar acerca de la valoración de los elementos probatorios a partir de los cuales la Sala Especial del art. 61 LOPJ considera en el Auto impugnado ha desvelado de forma inequívoca y manifiesta el engaño instrumentado a través de un designio defraudatorio cuyo resultado es, justamente, el partido político Sortu, sólo puede llevarnos a descartar en este caso que la Sala haya alcanzado sobre esa base probatoria una conclusión irrazonable o arbitraria, en una consideración de conjunto que ha sido admitida por nuestra jurisprudencia (SSTC 5/2004, FJ 10; 99/2004, FJ 17). En

efecto, no se advierte que la Sala haya operado a partir de un juicio de inferencia excesivamente abierto, sino que ha realizado una valoración razonable sobre la base de la pertinente ponderación de los bienes y derechos en conflicto, sin derivar de los indicios manejados ninguna inferencia ilógica o tan abierta que permita conclusiones contradictorias.

Así las cosas, lo que ahora nos cumple reconocer es, estrictamente, lo siguiente. En primer lugar, que la Sala ha constatado –en términos que no admiten censura constitucional– que ha quedado acreditada una operación estratégica del llamado «complejo ETA/Batasuna» para conseguir el acceso de su ilegalizado brazo político a las instituciones democráticas mediante la creación de un nuevo partido en cuyos estatutos, aparentemente, se respetasen las previsiones de la Ley Orgánica de partidos políticos, operación consumada con la constitución a tal efecto del partido Sortu.

Y, en segundo lugar, nos cumple reconocer que la decisión de la Sala Especial del art. 61 LOPJ de declarar la improcedencia de la constitución de dicho partido, así como que no procede su inscripción en el Registro de partidos políticos, no puede tacharse, sobre la base de lo anterior, de contraria al derecho de asociación de los recurrentes, en su vertiente de libertad de creación de partidos políticos (art. 22 de la Constitución, en relación con su art. 6), fundamentada como está, de manera lógica e irrazonable, en la probada creación del partido Sortu por el entramado ETA/Batasuna para dar continuidad a la actividad política de los partidos ilegalizados y disueltos por la Sala en su Sentencia de 27 de marzo de 2003.

9. La Sala Especial del art. 61 LOPJ, en definitiva, ha formado su convicción sobre la pretensión de dar continuidad a la actividad de los partidos ilegalizados y disueltos a través de la creación del nuevo partido Sortu a partir de la valoración, que en modo alguno cabe tachar de arbitraria, irrazonable o errónea, de un conjunto de elementos probatorios de naturaleza objetiva que le han permitido

concluir razonable y fundadamente que el designio defraudatorio concebido por los responsables de los partidos políticos ilegalizados y disueltos ha tomado cuerpo en la constitución de aquel nuevo partido político, lo que ha determinado la estimación de las demandas incidentales del Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal y la consiguiente declaración de la improcedencia de la constitución del partido político Sortu por ser continuidad o sucesión del partido político declarado ilegal y disuelto Batasuna, y que no procede la inscripción del partido Sortu en el Registro de partidos políticos.

No puedo, por tanto, compartir –como ya ocurriera en el caso de la coalición Bildu, conforme expuse en mi Voto particular a la STC 62/2011– el juicio de intenciones sobre el Auto impugnado que se contiene en el fundamento jurídico 12 de la Sentencia de la que discrepo, pues es impropio –y lamentable– que este Tribunal incurra en el exceso de imputar al Tribunal Supremo que haya constituido la simple «sospecha» (de que Sortu pretende continuar la actividad de los partidos ilegalizados y disueltos) en argumento jurídico para limitar el libre ejercicio del derecho de asociación, en la vertiente de creación de partidos políticos, denegando a Sortu la inscripción en el Registro de partidos políticos.

Como tampoco puedo admitir la gratuita afirmación que, reiteración de la contenida en la STC 62/2011, de 5 de mayo, FJ 13, se incluye a continuación en el fundamento jurídico 14 de la Sentencia, según la cual esa «limitación para el libre ejercicio del derecho de asociación que supone la denegación de la inscripción controvertida resulta además en este caso desproporcionada a la vista de los instrumentos de control a posteriori de que se ha dotado, mediante las últimas reformas legales, nuestro ordenamiento».

Pues bien, reiterando a mi vez, *mutatis mutandis*, lo que ya señalé en mi Voto particular a la STC 62/2011, de 5 de mayo (caso Bildu), ni el Auto del Tribunal Supremo impugnado en amparo

fundamenta su convicción sobre la existencia de la trama defraudatoria mediante la constitución del partido Sortu en una mera «sospecha», sino en la valoración, razonable y fundada, de una serie de indicios sustentados en los elementos probatorios que relaciona, ni la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2011, supone, como ya dije, la sustitución de los mecanismos previstos en su redacción original y en la Ley Orgánica de partidos políticos, sino que su finalidad es la de posibilitar, además, la impugnación a posteriori, sin devaluar en modo alguno la eficacia del control a priori que ya existía antes y continúa existiendo después de la reforma.

10. La Sentencia de la que discrepo remata su razonamiento (fundamento jurídico 15) advirtiendo que el empleo de esos instrumentos de control a posteriori está condicionado a que la actividad de los partidos políticos «vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático» (art. 9.1 de la Ley Orgánica de partidos políticos), mediante una serie de conductas en las que habrá de apreciarse reiteración y gravedad, y que se sintetizan en el apartado 2 del mismo artículo, pormenorizándose en el siguiente apartado 3 (sobre la necesaria interpretación conjunta de ambos apartados, STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 10).

Partiendo de esta premisa, la Sentencia elabora una especie de catálogo de conductas que «por su manifiesto contraste con el principio democrático y el pluralismo político (art. 1 CE), pueden conducir a la ilegalización de una determinada formación política». La inclusión de este catálogo admonitivo en la Sentencia no hace, en mi opinión, sino debilitar su fuerza argumentativa (de por sí ya escasa antes de llegar a este punto), y al propio tiempo supone realizar pronunciamientos improcedentes en un proceso de amparo, lo que constituye un exceso de jurisdicción constitucional. Pues, en efecto, no le corresponde a este Tribunal declarar la interpretación que deba darse a unos

preceptos legales no aplicables al caso que se enjuicia en amparo. La interpretación constitucional de lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica de partidos políticos procederá en, su caso, al revisar una resolución dictada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ que aplicase dicho precepto, o bien con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad que pudiera plantearse al respecto, debiendo recordarse que ya en la STC 48/2003, de 12 de marzo, FFJJ 10 a 14, este Tribunal se pronunció sobre la interpretación conforme a la Constitución del referido precepto legal.

Pero, más allá de la observación que acaba de hacerse, me interesa resaltar que el catálogo de conductas que recoge la Sentencia de la que discrepo evidencia una contradicción palpable, pues la Sentencia advierte a Sortu que será ilegalizado en el futuro si incurre en alguna de las conductas enumeradas, cuando resulta que si se aplicase ese catálogo al escrutinio de los estatutos de Sortu (cuya pureza democrática ha ensalzado la Sentencia) se llegaría a la conclusión de que los estatutos incurren en varias de las conductas a las que se refiere el catálogo, lo que conduciría a denegar la inscripción de Sortu en el Registro de partidos políticos (como en efecto lo apreció la Sala Especial del art. 61 LOPJ en el Auto impugnado en amparo).

Así, la Sentencia alude entre esas conductas, que implican una justificación implícita del terrorismo, que no puede asumirse en democracia, a «las expresiones de equiparación de la violencia terrorista con la coacción legítima que en un Estado de Derecho se reserva a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cuando persiguen, detienen y ponen a disposición judicial a los responsables de los delitos de terrorismo; y a los Jueces y Tribunales cuando les condenan en un proceso justo y con todas las garantías.» Pues bien, muestras de esta equiparación infame las hay, y no escasas, en los estatutos de Sortu, como ya dije antes: «desaparición de cualquier clase de violencia, en particular la de la organización ETA»; «superación de las consecuencias de toda violencia y terrorismo»; «múltiples violencias que han

tenido lugar en nuestro pueblo en las últimas décadas»; «toda expresión de violencia e imposición ha de desaparecer de nuestro país»; «rechazo firme e inequívoco de todo acto de violencia y terrorismo y de sus autores»; «rechazo de las diferentes formas de manifestación de la violencia y el terrorismo». Asimismo, la Sentencia se refiere como conducta que determina la ilegalización porque también implica una justificación implícita del terrorismo, «todo intento de colocar en el mismo plano el sufrimiento infringido a las víctimas de la violencia terrorista y el eventual efecto aflictivo asociado al cumplimiento de la pena impuesta precisamente por la responsabilidad en que incurrieron quienes, recurriendo o justificando el terror, con su comportamiento causaron graves daños no sólo a las víctimas sino a la esencia misma de una sociedad democrática». Con lo que estoy totalmente de acuerdo, pero la Sentencia olvida que en los estatutos de Sortu ya se encuentra una fórmula equidistante para situar en el mismo plano aflictivo a las víctimas del terrorismo y a los presos de ETA, cuando se refieren al objetivo de Sortu de contribuir al «reconocimiento y reparación de todas las víctimas causadas por las múltiples violencias que han tenido lugar en nuestro pueblo en las últimas décadas».

11. En definitiva, estimo, por las razones antes expuestas, que el recto entendimiento de nuestra función de defensa jurisdiccional del sistema constitucional democrático, el exacto cumplimiento de las previsiones de la Ley Orgánica de partidos políticos (perfectamente constitucionales) y la aplicación de nuestra propia jurisprudencia debieran haber conducido a este Tribunal a denegar el amparo solicitado por el partido político Sortu y el resto de recurrentes. La Sentencia de la que discrepo no lo ha entendido así, partiendo de un enfoque desacertado e incurriendo este Tribunal en un exceso jurisdiccional semejante al de la STC 62/2011, de 5 de mayo, en el caso de la coalición electoral Bildu (que puse de manifiesto en mi Voto particular a dicha Sentencia), si bien en el presente caso ese exceso de nuestra jurisdicción es aún más grave que en el caso de Bildu. En efecto, en el caso que nos ocupa la Sentencia de la que discrepo ha corregido la

valoración del Tribunal Supremo en el Auto impugnado, que había considerado acreditada –en términos que no admiten censura constitucional, reitero– la existencia de una estrategia fraudulenta del entramado ETA/Batasuna para conseguir el acceso del partido ilegalizado a las instituciones democráticas mediante la creación de un nuevo partido político, Sortu. Una estrategia, por cierto, más directa y menos sutil que la utilizada con la constitución de Bildu, pues en aquel caso el retorno de la ilegalizada Batasuna a las instituciones democráticas se intentaba (y se logró finalmente tras otorgarse el amparo por la citada STC 62/2011, con mi Voto en contra), con el concurso de dos partidos políticos legales (Eusko Alkartasuna y Alternatiba Eraikitzen), coaligados electoralmente con Bildu para dar a esta formación una apariencia de respeto a las exigencias constitucionales y legales en cuanto a la participación en la actividad política.

12. Debo, por último, advertir que, a mi juicio, con esta Sentencia (en la misma estela de la anterior STC 62/2011, de 5 de mayo, en el caso de la coalición electoral Bildu), este Tribunal, además de haber desfigurado su función jurisdiccional, también ha debilitado, lamentablemente, la eficacia de la Ley Orgánica de partidos políticos, cuya conformidad con la Constitución habíamos declarado en la STC 48/2003, de 12 de marzo, y que, además, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos había valorado, desde la perspectiva de control que le corresponde, como adecuada a las previsiones del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la ya citada Sentencia de 30 de junio de 2009, Herri Batasuna y Batasuna c. España.

Y en ese sentido emito mi Voto particular.

Tribunal Supremo

Objeción de conciencia.

STS 1068/2012 de 20 de febrero de 2012

Antecedentes de hecho.

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene el fallo del siguiente tenor literal: <<Desestimar el recurso interpuesto por el Procurador Sr. Huidobro Sánchez Toscano, en representación de D^a. Crescencia contra la resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, del Ministerio de Justicia, de 9 de enero de 2006, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la anterior resolución del Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 y 28 de septiembre de 2005, que denegó, a su vez, la solicitud de la recurrente de ser apartada de la tramitación de dos expedientes de matrimonios no heterosexuales, en ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, por ser ajustadas a derecho, sin efectuar expresa condena en costas.>>

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación de D^a Crescencia se presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid preparando recurso de casación contra la misma. Por providencia de 4 de diciembre de 2008 la Sala de instancia tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por la representación de D^a Crescencia se presentó escrito de interposición de recurso de casación, expresando los motivos en que se fundan y suplicando a la Sala "...dicte en su día sentencia por la que se case la sentencia recurrida al concurrir en ella los

vicios e infracciones al ordenamiento jurídico descritos en el cuerpo de este escrito, debiéndose dictar otra en virtud de la cual exponga que la resolución recurrida es contraria a Derecho por infringir el Derecho fundamental reconocido en el artículo 16 de la Constitución al impedir el reconocimiento de la objeción de conciencia a la Secretario Judicial accionante con grave lesión a su libertad religiosa en los términos expuestos".

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó al Sr. Abogado del Estado para que formalice escrito de oposición, en el plazo de treinta días, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación, suplicando a la Sala "...resuelva por sentencia que inadmita el recurso al amparo del art. 93.2.b) LJCA o, subsidiariamente, lo desestime y confirme la sentencia recurrida, con imposición de las costas causadas.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de casación contra sentencia de 28 de octubre de 2008 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , recaída en el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de D^a Crescencia contra resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia de 9 de enero de 2006, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la anterior del Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 y 28 de septiembre de 2005, la cual denegó, a su vez, la solicitud de la recurrente de ser apartada de la tramitación de dos expedientes de matrimonio no heterosexuales en ejercicio del derecho a la objeción de conciencia.

La sentencia objeto del presente recurso, interpuesto por la misma actora de instancia, precisa, en su fundamento de derecho primero, los antecedentes de hecho relevantes para resolver la cuestión litigiosa en los siguientes términos:

<<Expediente de matrimonio n.º NUM001 . Con fecha 22 de julio de 2005 se presentó en el Registro Civil de Colmenar Viejo solicitud para contraer matrimonio entre dos mujeres, que, tras los trámites oportunos, fue autorizado mediante auto de 12 de septiembre de 2005, delegándose su celebración en el Registro Civil o en el Ayuntamiento de Madrid, porque así lo habían solicitado las interesadas. Este mismo día 12 de septiembre, la Secretaria Judicial del mencionado Juzgado, D^a Crescencia , extendió diligencia haciendo constar su solicitud de ser apartada de la tramitación del expediente, amparándose en su derecho a la objeción de conciencia, no firmando el auto, así como el resto de la tramitación, hasta que el órgano superior se pronunciara al respecto.

Expediente de matrimonio n.º NUM000 . Con fecha 12 de agosto de 2005, se presentó ante el Registro Civil de Colmenar Viejo solicitud para contraer matrimonio entre dos hombres, autorizándose mediante auto de 14 de septiembre de 2005; el mismo día la Secretario Judicial mencionada dictó diligencia para hacer constar su solicitud de apartarse de la tramitación del expediente, amparándose en su derecho a la objeción de conciencia, no firmando el auto que autorizó el matrimonio, así como el resto de la tramitación hasta que el órgano superior se pronunciara al respecto.

La Secretario Judicial, Sra. Crescencia, el día 14 de septiembre de 2005 formuló, a su vez, al Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, solicitud de ser apartada de la tramitación de los expedientes n.º NUM001 y NUM000, seguidos en el Registro Civil en el que prestaba servicios como secretario judicial, referentes a solicitudes de celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, y, en

el segundo caso, además, del levantamiento del acta del matrimonio civil.

El Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante acuerdo de 22 de septiembre de 2005, -aunque expresamente no lo dijo así-, rechazó la solicitud de apartamiento, dado "que no concurre causa establecida legalmente para abstenerse, ni el Secretario de Gobierno tiene facultades para intervenir en el procedimiento legalmente previsto para plantear y resolver la abstención...", trasladando dicha solicitud a las Direcciones Generales de Relaciones con la Administración de Justicia y de los Registros y del Notariado, ambas del Ministerio de Justicia. En un posterior acuerdo de 28 de septiembre, ante otro nuevo escrito de la Sra. Crescencia, del día anterior, - en el que, con referencia al acuerdo de 22 de septiembre, interesaba del Secretario de Gobierno que se pronunciara expresamente sobre si le denegaba la solicitud de apartarse de los dos referidos expedientes, en base a su derecho a la objeción de conciencia-, el Secretario de Gobierno reiteró su posición en el sentido de que la cuestión planteada excedía de las facultades de organización que la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los Secretarios de Gobierno y de que no hay otro cauce que la abstención para que un secretario judicial se apartara de un proceso, lo cual fue interpretado por la recurrente como una verdadera denegación.

Ante ello, recurrió en alzada ante la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia solicitando la anulación de los dos acuerdos del Secretario de Gobierno y, en su lugar, "el reconocimiento del ejercicio del derecho de objeción de conciencia, constitucionalmente reconocido, y así ser apartada y sustituida en la tramitación de los expedientes origen de este recurso", recurso que fue desestimado por resolución de la aludida Dirección General, cuya legalidad examinamos en este proceso.

La resolución de la Dirección General recurrida, desestimó el recurso de alzada argumentando, por una parte, que la Ley Orgánica del Poder Judicial, marco legal en el que los secretarios judiciales han de desarrollar sus funciones, no admite otros supuestos para "apartarse" un secretario judicial del cumplimiento de sus obligaciones que la abstención y/ o la sustitución, no siendo la objeción de conciencia causa, de las reguladas en dicha norma orgánica, que justifique la abstención o la sustitución y, en segundo lugar, con cita de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que la mera invocación a motivos de índole moral o religiosa, o la hipotética inconstitucionalidad, no puede servir para admitir sin más la exención de sus obligaciones legales.

La demanda parte de la distinción entre la aplicabilidad a la recurrente de las causas de abstención y de sustitución y el derecho a ser apartada de la intervención que corresponde a un secretario judicial en la tramitación de expedientes matrimoniales por razones de conciencia, al rechazar la existencia de matrimonio entre personas del mismo sexo. De esta distinción extrae una primera consecuencia: el Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sus dos resoluciones originarias, y la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, en la resolución que las confirmó en alzada, cuando rechazan que la objeción de conciencia constituya causa de abstención o de sustitución, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, no resuelven la cuestión planteada que no es otra que la directa aplicación del artículo 16 de la Constitución española , es decir, sobre el ejercicio de su derecho constitucional a la objeción de conciencia, en este caso por motivos religiosos, con repercusión directa en la exención de sus obligaciones profesionales a intervenir en dos expedientes de matrimonio entre personas del mismo sexo.

La demanda parte de la afirmación de que "la colisión entre los dictados de la conciencia individual emanados de los valores

asumidos por cada persona como esenciales e irrenunciables-y los imperativos de la norma positiva es una realidad que en una sociedad pluralista puede aparecer con mucha más frecuencia".

Expone, de manera pormenoriza e incluso brillante, cuál es la situación de la doctrina jurisprudencial existente en torno a la cuestión debatida y reclama la aplicación de la técnica de la ponderación de valores, como fundamental a lo hora de realizar un pronunciamiento judicial del caso concreto: "ni el ordenamiento jurídico puede admitir que cualquier alegato de conciencia tenga acogida, ni es admisible el fácil expediente de afirmar que la imperatividad del derecho ha de primar frente a los intereses individuales y que, salvo un reconocimiento explícito legal en campos muy acotados, la conciencia particular ha de quedar arrinconada en el ámbito estrictamente privado".

Por tanto, la cuestión a resolver, sintéticamente expuesta, es si tiene o no virtualidad para dejar de cumplir los deberes funcionariales que recaen sobre la recurrente, como secretaria judicial del Juzgado de Primera Instancia de Colmenar Viejo que, además, realiza las funciones de Registro Civil, en la tramitación de dos expedientes de matrimonio entre personas del mismo sexo, su convicción de rechazo a dicha institución, por motivos religiosos, sobre la base del derecho fundamental contenido en el artículo 16 de la Constitución española .>>

Después de exponer la sentencia objeto de este recurso los precedentes jurisprudenciales, fundamentalmente del Tribunal Constitucional, sobre la objeción de conciencia, concluye resaltando la necesidad de atender al juicio ponderado en función de las particularidades de cada caso, conforme al criterio del Tribunal Constitucional, precisando, en conclusión, en su fundamento de derecho cuarto, que *<<Partiendo de estas premisas, cabe reconocer que los actos profesionales de un Secretario Judicial, en la tramitación de un expediente de matrimonio entre personas del mismo sexo, no guardan relación alguna con la dimensión interna de su derecho constitucional a*

la libertad religiosa; no se le impone, en modo alguno, una actuación contraria a su creencia religiosa, tampoco que exteriorice cuál es ésta. Desde la perspectiva de las creencias religiosas de cada uno, desde el fuero interno de cada cual es lícito rechazar que se denomine matrimonio a la unión entre dos personas del mismo sexo, pero cumplir con deberes profesionales, que exteriorizan simplemente trámites muy indirectos, a los que se está obligado por ley, para que otros realicen los conducentes a dicho matrimonio no supone una afectación a las propias creencias. Por lo tanto, el aspecto subjetivo o interior a que alude la doctrina constitucional o es inexistente, en este caso, o está muy mitigado. Desde la perspectiva de la afectación a terceros, a su vez, la incidencia es lo suficientemente relevante como para rechazar la posibilidad de una exención del cumplimiento de sus obligaciones; si así lo admitiéramos, peligraría la posibilidad de aplicación de una institución, la del matrimonio entre personas del mismo sexo, plena y legítimamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, para quien voluntariamente lo quiera, aunque otros ideológicamente (por convicciones religiosas, etc.) lo rechacen.>>

Tras lo anterior, el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida desestima el recurso contencioso administrativo que es objeto de impugnación en la presente casación.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la recurrente interpone el recurso de casación en un escrito en que se limita a referir los hechos y fundamentos de derecho que en el mismo se recogen, relativos los primeros a la tramitación del recurso de instancia y el pronunciamiento del Tribunal en la sentencia recurrida, e invocando en dos fundamentos de derecho "la trascendental y no indirecta función del Secretario Judicial, muy en particular en la tramitación de los expedientes matrimoniales en el Registro Civil, y argumentando, en el segundo de dichos fundamentos de derecho, que <<la libertad religiosa, acervo íntimo de la conciencia personal (que no puede ser suplantada o interpretada

por terceros) está aquí expuesta objetivamente con sinceridad sin que el sacrificio de la conciencia se justifique, al existir mecanismos legales para que otro fedatario judicial intervenga en sustitución del accionante.>>

Termina la recurrente por afirmar que, en el examen que la sentencia realiza del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, se llega a hacer inoperante el derecho fundamental a la objeción de conciencia (en base a argumentos que estima erróneos y carentes de relevancia para justificar el sacrificio de tal derecho humano).

TERCERO.- Por parte del Sr. Abogado del Estado en su escrito de oposición al presente recurso de casación, se interesa, como más arriba reflejamos, se dicte por esta Sala sentencia que inadmita el recurso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 93.2.b) de la Ley de la Jurisdicción, o, subsidiariamente, lo desestime, confirmando la sentencia recurrida.

Y tiene razón el Sr. Abogado del Estado cuando aduce la inadmisibilidad del recurso, porque en el escrito de interposición ni siquiera se identifican los motivos casacionales, de los que enuncia el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, en los que pretende fundarse el recurso, ignorándose totalmente por la actora las exigencias formales del recurso de casación, formulando un análisis general de las cuestiones debatidas en la instancia y sin concretar, con un mínimo de claridad, las infracciones que se imputan a la sentencia recurrida.

El recurso de casación, en cuanto dirigido a impugnar por razones in procedendo o iudicando la sentencia recurrida, exige por imperativo legal el cumplimiento de unos requisitos que no constituyen meros ritos o formalidades desprovisto de sentido, sino que son elementos determinantes del marco dentro del que ha de desarrollarse la controversia y en torno al que la sentencia debe pronunciarse, como con razón aduce

el Sr. Abogado del Estado invocando el Auto de 25 de septiembre de 2003.

El recurso de casación tiene una naturaleza extraordinaria que obliga a la observancia de los requisitos formales que la ley establece para su viabilidad, requisitos que suponen una exigencia derivada del propio carácter de recurso extraordinario que el mismo ostenta ya que sólo cabe admitirlo en función de la alegación de unos motivos tasados, lo que no tiene otra finalidad sino la de depurar la aplicación del derecho tanto en el aspecto sustantivo como procesal que haya realizado la sentencia de instancia, contribuyendo así a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico mediante la doctrina que de modo reiterado establezca este Tribunal. No es, por consiguiente, este recurso un recurso ordinario, como el de apelación, que permite un nuevo total examen del tema controvertido, sino un recurso que sólo indirectamente, a través del control de la aplicación del derecho realizado por el Tribunal de instancia, resuelve el caso controvertido, y ello mediante el enjuiciamiento de los concretos motivos tasados que el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción prevé como cauces para abrir y entrar a considerar los motivos que el recurrente aduzca.

Es evidente que en el presente caso no existe ni siquiera una referencia a lo dispuesto en el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, sino que, por el contrario, el escrito interpositorio se limita a consignar unos hechos que hacen referencia a los antecedentes jurisdiccionales y al contenido de la sentencia recurrida, y unos fundamentos de derecho en que, en los términos que antes precisamos, la recurrente mantiene las consideraciones jurídicas que expuso ya en la instancia y que el Tribunal sentenciador enjuició argumentando la procedencia de la desestimación del recurso contencioso administrativo.

En consecuencia, no cabe en el actual momento procesal sino la declaración de inadmisión del presente recurso, junto a lo cual, y

en cualquier caso, ha de tomarse en consideración que procedería el rechazo del argumento de los recurrentes, aun cuando prescindieramos de los defectos en que incurre el proceso, teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 11 de febrero de 2009, dictadas en los recursos 905, 948, 949 y 1013, todos ellos del año 2008, así como en la más reciente de 11 de mayo de 2009, recaída en el recurso 69/2007 , donde ya recogimos la doctrina de esta Sala en Pleno contraria a los argumentos de la recurrente, enjuiciándose precisamente en la última de las citadas, la inexistencia del derecho a la objeción de conciencia alegado por el Juez encargado de un Registro Civil.

Como en esta sentencia de 11 de mayo de 2009 se afirma, *<<esos otros pronunciamientos jurisdiccionales recuerdan que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2 y constatan que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado (sentencia 53/1985). Admiten, también, que nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. No obstante, precisan que, en tal caso, se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo --no constitucional-- y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, el cual podría crearlo, modificarlo o suprimirlo según lo estimase oportuno.*

Por lo demás, no aceptan que de la Constitución surja un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador. En particular, rechazan que derive del artículo 16 de la Constitución. Es decir, que la libertad religiosa e ideológica garantice, no sólo el derecho a

tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias. Se apoya la Sala en dos órdenes de razones para mantener esa posición.

En primer lugar, explican las sentencias, una interpretación sistemática del texto constitucional no conduce en absoluto a esa conclusión. Incluso, pasando por alto que la previsión expresa de un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en el artículo 30.2 no tendría mucho sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance general dimanante del artículo 16, observan que el tenor de este último precepto constitucional dista de abonar la tesis de que la libertad religiosa e ideológica comprende el derecho a comportarse siempre y en todos los casos con arreglo a las propias creencias. En efecto, afirman, la libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados, que es algo común a prácticamente todos los derechos fundamentales, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en el artículo 16.1 de la Constitución: "el mantenimiento del orden público protegido por la ley". Pues bien, independientemente de la mayor o menor extensión que se dé a la noción de orden público, las sentencias consideran claro que ésta se refiere, por definición, a conductas externas reales y perceptibles. Ello pone de manifiesto para la Sala que el constituyente nunca pensó que las personas puedan comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público.

En segundo lugar, en contraposición a la dudosa existencia en la Constitución de un derecho a comportarse en todas las circunstancias con arreglo a las propias creencias, dicen las sentencias que se alza el mandato inequívoco y, desde luego, de alcance general de su artículo 9.1: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del

ordenamiento jurídico". Este es --subrayan-- un mandato incondicionado de obediencia al Derecho. Derecho que, además, en nuestra Constitución es el elaborado por procedimientos democráticos. A ello añaden que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

Una vez sentado que el artículo 16 de la Constitución no permite afirmar un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, el Pleno de la Sala pasa a verificar si podría encontrar fundamento en la jurisprudencia o en algún instrumento internacional, concluyendo que, la jurisprudencia Constitucional no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, indican que el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone:

"Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio".

Reconoce la Sala que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado. Y llega a aceptar que, tras la mención específica a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla debe ya ser utilizada como canon interpretativo. Ahora bien, subraya que la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen Derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado. Además, advierte que el artículo 10.2 de la Carta requiere expresamente

una interpositio legislatoris para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule.>>

Y concluye la sentencia repetidamente citada de 11 de mayo de 2009, que *<<ciertamente, las sentencias de 11 de febrero de 2009 no excluyen de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido. No obstante, apuntan que ha de tratarse de supuestos en los que afloren conflictos semejantes al que se produce en aquellos en que la Constitución o el Tribunal Constitucional, al interpretarla, han reconocido el derecho a objetar. Es decir, casos en los que se perciba con absoluta nitidez la contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento y unos deberes públicos de significación tan acusada como el de prestar el servicio militar obligatorio o el de intervenir en la práctica del aborto en los supuestos despenalizados.>>*

(...)

Fallo.

Se declara la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la representación de D^a Crescencia contra sentencia de 28 de octubre de 2.008 dictada en el recurso contencioso administrativo nº 361/06 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ; con condena en costas de la recurrente, con la limitación establecida en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

Enseñanza de la religión.

STS 2677/2012 de 12 de abril.

Antecedentes de hecho.

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en los autos número 1290/2008, dictó sentencia el día veintitrés de febrero de dos mil diez, cuyo fallo dice: "*debemos de estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por FEDERACIÓN DE RELIGIOSOS DE LA ENSEÑANZA-TITULARES DE CENTROS CATÓLICOS contra el inciso último del art. 11.2 de la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Extremadura de 16.05.2008 a que se refieren los presentes autos, y en su virtud la debemos de anular y anulamos, en concreto la dicción "cuando no lo hicieren, se entenderá que no opta por estas enseñanzas", por no ser conforme a Derecho, y todo ello sin expresa condena en cuanto a costas "*

SEGUNDO.- La Junta de Extremadura preparó el recurso de casación el nueve de marzo de dos mil diez. En fecha diecisiete de marzo de dos mil diez la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación formulado, acordando el emplazamiento de las partes.

Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala, y formulado escrito de interposición por la Junta de Extremadura, la Sección Primera dictó Providencia de nueve de septiembre de dos mil diez, por la que admitió el recurso y se acordó la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta. Por Providencia de veintidós de octubre de dos mil diez se otorgó plazo de treinta días para la formalización del escrito de oposición. La representación procesal de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE RELIGIOSOS DE LA ENSEÑANZA-TITULARES DE CENTROS CATÓLICOS presentó escrito de oposición el 1 de diciembre de

dos mil diez, solicitando la desestimación del recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO. - Se acordó que las actuaciones quedaran pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se acordó para el día veintisiete de marzo dos mil doce, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Fundamentos de Derecho.

PRIMERO.- Señala la sentencia recurrida que se impugna la Orden de la Consejería de Educación de 16.05.2008 por la que se regulan determinados aspectos relativos a la ordenación e implantación de las Enseñanzas de Educación Infantil en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Igualmente afirma: "A juicio de los recurrentes, el art. 11.2 de la Orden de la citada Consejería, al establecer que: "Cuando no lo hicieren, se entenderá que no optan por estas enseñanzas" atenta contra el derecho de los centros concertados a establecer su carácter propio, el respeto a sí mismo y a su proyecto educativo, que deben respetar los alumnos matriculados en dicho Centro, y el derecho a la libre elección de centro educativo de los padres y a su libertad de pensamiento religioso".

La sentencia sustenta el fallo estimatorio del recurso en la siguiente fundamentación:

<< A juicio de la Sala, la Orden impugnada va más allá de las normas que le sirven de cabecera, ya que tanto el Real Decreto 1630/2006 como el Decreto 4/08 no recogen expresamente la tácita voluntad negativa en caso de silencio.

El inciso último del art. 11.2 de la Orden, ahora concretamente impugnado, señala que cuando los padres o tutores de los alumnos no manifestaran expresamente, a comienzos de cada

curso escolar, la voluntad de que sus hijos reciban la enseñanza de religión, se entenderá que no optan por esta enseñanza.

A juicio de la Sala, el inciso impugnado contraviene el principio de jerarquía normativa y normas de rango superior de forma tácita y expresa.

La Orden de referencia amplía el contenido de las anteriores normas sin habilitación específica, regulando no ad intra sino ad extra, materias para las que la Orden carece de cobertura legal, salvo habilitación expresa de la que carece para la regulación que se pretende .

En principio, al igual que sucede con la Administración General del Estado, las CC.AA. tienen potestad reglamentaria ad extra en los Consejos de Gobierno, pero no a través de los Ministros o Consejeros, que solamente la tienen ad intra o doméstica en la organización de su propio Departamento.

La disposición final primera del Decreto 4/08 faculta a la Consejera de Educación para dictar las disposiciones que sean precisas para la ejecución y desarrollo de lo establecido en el Decreto. La materia que nos ocupa va más allá de lo establecido sustantivamente en el Decreto, en una cuestión con engarce constitucional.

La Orden impugnada, que se ocupa de la implantación y ordenación de las enseñanzas de Educación Infantil, reguladas en la LOE de 2006 aborda, sin embargo, una cuestión que va más allá, mucho más allá, de lo que es la ordenación de la enseñanza en tal etapa, abordando cuestiones que afectan a la conciencia de las personas.

La Orden de referencia, por lo tanto, carece de capacidad para abordar tal cuestión, mayormente al no encontrarse habilitada expresamente.

De acuerdo con lo establecido en el art. 97 de la C.E. de 1978, 37 del Estatuto de Autonomía y 19 de la Ley Autonómica 1/2002 , la Orden, en el inciso señalado, se excede en las competencias que la Orden tiene atribuidas, vulnerando de esta forma el principio de jerarquía.

Desde el punto de vista material también se vulnera el principio de jerarquía normativa, en tanto que el apartado 2 de la Disposición Adicional única, y el apartado 2 del Real Decreto 1630/2006 de 29 de diciembre atribuyen a los padres o tutores de los alumnos la facultad de manifestar su voluntad o no de recibir, la enseñanza de religión.

Es decir, es facultad de los padres manifestar tanto que sí como que no, según estos Reglamentos. Decir por tanto que no, es una facultad exclusiva de los padres, e implica que no es de la Administración . La Administración carece, por lo tanto, de competencia para decir que sí, que no, y también para interpretar el silencio, al menos, a través de esta norma reglamentaria doméstica.

La Disposición Adicional única, apartado 2) del Decreto 4/08 de 11 de Enero ratifica lo que aquí decimos y se adapta al Real Decreto antes dicho.

Lógicamente si la C.E. de 1978 y la Ley permiten la creación de centros docentes en que se desarrolle la enseñanza con un ideario religioso, y en la Ley se establece que los alumnos habrán de respetar ese ideario religioso, la presunción que se establece, y de que estamos tratando, se aparta de lo que la Ley Orgánica de Educación pretende.

Si la LOE permite la creación de Centros educativos con carácter propio religioso, que han de respetar los alumnos, la presunción de que en caso de no optar expresamente por la enseñanza de la religión católica se entiende que no se va a cursar ésta, se aparta de los principios inspiradores de tal ley

orgánica y de su coherencia, ya que los padres optan voluntariamente por la enseñanza en ese Centro, que tiene ese ideario, y coherentemente, la presunción no debe ser la que defiende la Administración.

La religión no es indiferente al legislador Constitucional, de manera que en el art. 16 garantiza la libertad religiosa, sin más limitaciones en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, obligando a los poderes públicos a tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad, *manteniendo relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y demás confesiones.*

El art. 27 del mismo texto legal tiene presente en el apartado 3º la enseñanza religiosa, garantizando tal formación y recogiendo 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.

La Ley Orgánica de libertad religiosa recoge la inmunidad de coacción en el ejercicio de tal derecho y su ámbito tiene como "único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de las libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de su seguridad, de la salud y moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática". (art. 3.1).

La STS de 10.12.2008, Sección 4ª, recurso 36/2007 destaca que conforme con la LOLR y STC 19/85 , 120/190 y 63/94, el derecho a la libertad religiosa no se agota con la protección frente a injerencias externas, sino que exige a los poderes públicos una actitud positiva de naturaleza asistencial o prestacional, no poniendo en tela de juicio, según la normativa que examina que es una disciplina reglada, equiparada a las demás disciplinas fundamentales.

Al tratar a la religión en la citada sentencia equiparada al resto de asignaturas fundamentales, tal presunción negativa no se acomoda tampoco correctamente con este tratamiento.

Es decir, que del conjunto de normas expuestas de rango superior, al fenómeno religioso no le es aplicable una presunción como la que se pretende con la Orden impugnada.

Lo expuesto nos conduce a la estimación del recurso interpuesto, y a anular la disposición impugnada

SEGUNDO. - Disconforme con esta decisión, la parte recurrente articula los siguientes motivos de impugnación:

1.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, referidas al art. 137 CE , en relación con el art. 1 y 12.1 del Estatuto de Autonomía para Extremadura, en relación con la Disposición final sexta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación , con relación al art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción .

La Sentencia de la Sala de instancia que recurre la Junta parte de la premisa errónea, a su juicio, de que la Orden impugnada, en el concreto inciso del art. 11.2, que regula el silencio de los padres o tutores de alumnos en sentido de presumir que, salvo manifestación expresa de recibir clases de religión, no optan por estas enseñanzas, quiebra con el principio de jerarquía normativa, y ello porque no ha tenido en cuenta que este principio no puede ser de aplicación en el ámbito de distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, donde dicho principio de jerarquía decae en favor del principio de competencia, en tanto en cuanto, sabido es que, por ejemplo, una norma de rango reglamentario del Estado puede tener carácter de legislación básica que prevalece sobre una norma de rango legal de una comunidad autónoma.

Pero en todo caso, lo relevante es que el principio de jerarquía normativa que consagra el art. 9.3 CE , y que, en el ámbito del

Derecho administrativo, se regula en el art. 51.2, con los efectos de nulidad que previene el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ; sin embargo el concepto de vulneración a que se refiere nuestro ordenamiento entiende que tampoco puede apreciarse en el caso de autos, por cuanto el párrafo anulado no es contrario al Decreto 4/2008, dictado por la Junta de Extremadura, en ejecución del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de Educación Infantil. En efecto, en la medida que la Administración educativa de Extremadura oferta estas enseñanzas de religión, cumple con la legislación básica del Estado, pues hay que tener en cuenta que estas enseñanzas son libres, la neutralidad religiosa del Estado garantiza esta libre elección, libertad que se vería seriamente afectada si, por el contrario de la presunción negativa que lleva a cabo el párrafo anulado, fuera al contrario, es decir, que habría de entenderse que se opta por estas enseñanzas en todo caso.

2.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, relativas al derecho de libre elección de centro docente del art. 84.3 y 108.4 Y 6, en relación con el alcance del carácter propio de los centros privados a que se refiere el art. 115 del mismo cuerpo legal, todo ello conforme al art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción .

La sentencia recurrida viene a sostener que si la Constitución y la Ley permiten a la creación de centros docentes en el que se desarrolle la enseñanza con un ideario religioso, la presunción del art. 11.2 de la Orden de 16 de mayo de 2008, se aparta de lo que la Ley Orgánica de Educación pretende, no procediendo otra actitud que positiva de los poderes públicos hacia el tratamiento de la religión como las demás asignaturas fundamentales. La interpretación que lleva a cabo la sentencia de los preceptos legales de la LOE que cita, parece que respalda la idea de que la confesionalidad del centro docente concertado, en virtud de carácter propio, obliga a recibir enseñanzas de religión, olvidando que estas son de oferta obligatoria, pero de voluntaria recepción, independientemente de la titularidad de aquel.

Ello no puede ser de recibo, según la parte, al menos en la interpretación sesgada, que a su juicio, lleva a cabo la Sala de instancia, pues la sentencia confunde totalmente los términos del debate. Olvida la neutralidad religiosa del Estado, y olvida los términos en que pueden ser admitidos los alumnos en cualquier centro de enseñanza de titularidad pública o concertado.

Para ella, la sentencia viene a efectuar una interpretación de la Ley Orgánica de Educación, en relación con los centros privados concertados que entiende quiebra con el espíritu de la misma Ley en cuanto a la admisión de alumnos, pues entiende que los hijos de padres de todos los credos o de ninguno, pueden acceder en condiciones de igualdad que los centros públicos, en tanto que el art. 84.3 de la LOE expresamente proscribiera cualquier discriminación por razón de religión, entre otras circunstancias, en cuanto a la admisión de alumnos en centros privados concertados. Igualmente dispone el art. 108.4 de la LOE que la prestación del servicio público de educación se prestara a través de los centros públicos y privados concertados, lo que implica como ya ha señalado la parte, establecer legalmente unas condiciones esenciales de igualdad entre centros a efectos de prestar el servicio público educativo, independientemente de la titularidad de los mismos, derechos que no pueden limitarse por el carácter propio de los centros que reconoce el art. 115, que viene referido al carácter propio de los centros privados concertados o no, siendo que el concierto educativo impone determinadas obligaciones, que la sentencia parece ignorar.

3.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, relativas al derecho de los padres o tutores de alumnos de centros docentes de no declarar sobre las propias creencias, en relación con el principio y derecho fundamental de libertad religiosa y de neutralidad religiosa del Estado, todo ello conforme al art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción .

La sentencia que se recurre, al interpretar que el párrafo reglamentario anulado implica una "coacción" en el libre

ejercicio del derecho de libertad religiosa, excede de una razonable interpretación del derecho a la libertad de creencias, lleva a cabo una interpretación restrictiva que considera la parte que atenta al derecho de los ciudadanos a no manifestar sus creencias, pues si se pretende obligar a optar negativamente por no recibir las enseñanzas de religión, obliga necesariamente a expresar públicamente una actitud ante las creencias religiosas, con las consecuencias negativas que pueden eventualmente acarrear.

TERCERO.- A efectos de dar respuesta al tema planteado debemos señalar que la Disposición Final Unica del Decreto 4/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el currículo de Educación Infantil para la Comunidad Autónoma de Extremadura, establece:

<<1. Las enseñanzas de Religión se incluirán en la Educación Infantil de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y en la disposición final única del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación Infantil.

2. La Consejería de Educación establecerá el procedimiento que garantice que, antes del inicio de cada curso, las familias de los alumnos y alumnas puedan manifestar su voluntad de que estos reciban o no reciban enseñanzas de religión.

3. Los centros docentes dispondrán las medidas organizativas para que los alumnos y las alumnas cuyos padres, madres o tutores no hayan optado por que cursen enseñanzas de religión reciban la debida atención educativa, a fin de que la elección de una u otra opción no suponga discriminación alguna. Dicha atención, en ningún caso, comportara el aprendizaje de contenidos curriculares asociados al conocimiento del hecho religioso ni a cualquier área de la etapa. Las medidas organizativas que dispongan los centros deberán ser incluidas en

su proyecto educativo para que los padres, madres, o tutores las conozcan con anterioridad.

4. La determinación del currículo de la enseñanza de religión católica y de las diferentes confesiones religiosas con las que el Estado Español ha suscrito acuerdos de cooperación en materia educativa será competencia, respectivamente, de la jerarquía eclesiástica y de las correspondientes autoridades religiosas.

5. El currículo de la enseñanza de religión católica viene determinado por la Orden ECI/1957/2007, de 6 de junio, por la que se establecen los currículos de las enseñanzas de religión católica correspondientes a la Educación Infantil, a la Educación Primaria y a la Educación Secundaria Obligatoria>>.

Como vemos el número 2 de dicha Disposición Final, faculta a la Consejería de Educación para desarrollar el procedimiento de elección de los padres, y lo hace en el sentido de que éstos puedan manifestar su elección. El Decreto, por tanto, no contiene una previsión expresa del sentido de la elección en caso de no manifestarse ésta. Al menos no lo hace así en el número 2. Pero éste número debe ponerse en relación con el siguiente, en que se establece, con claridad, la necesaria atención educativa de aquellos alumnos cuyos padres no hayan optado por la enseñanza de la religión católica. Y este número 3 deja a disposición de los Centros Docentes las medidas organizativas que deben incluir en sus proyectos educativos, para conocimiento de los padres.

De esta Disposición Final extraemos, por tanto, una interpretación que no establece, ni expresa ni tácitamente, la interpretación del silencio de los padres en sentido negativo para la religión católica. Antes bien, la dicción del número 3, podría llevarnos a la interpretación contraria, como derivada de la propia dicción literal del precepto o, en todo caso, a la interpretación de que serán los centros docentes los que establezcan, en función de su proyecto educativo, las medidas organizativas adecuadas al mismo. No podemos extraer, en definitiva, habilitación del

Decreto que permita a la Consejería de Educación desarrollar el mismo en los términos del inciso último del artículo 11.2 que ha sido objeto de impugnación. Pues no podemos pasar por alto que la Consejería establece la presunción negativa en contra de la religión católica cuando, como vemos, no se deduce así del propio Decreto que le sirve de habilitación legal para dictar la Orden recurrida.

CUARTO.- Examinemos si el Real Decreto 1630/2006 permite, a su vez, una interpretación como la que se realiza en la Orden recurrida. El citado Real Decreto establece en la Disposición Adicional Única lo siguiente:

<< 1. Las enseñanzas de religión se incluirán en el segundo ciclo de la Educación infantil de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación .

2. Las administraciones educativas garantizarán que los padres o tutores de los alumnos y las alumnas puedan manifestar su voluntad de que éstos reciban o no reciban enseñanzas de religión.

3. Las administraciones educativas velarán para que las enseñanzas de religión respeten los derechos de todos los alumnos y de sus familias y para que no suponga discriminación alguna el recibir o no dichas enseñanzas.

4. La determinación del currículo de la enseñanza de religión católica y de las diferentes confesiones religiosas con las que el Estado español ha suscrito Acuerdos de Cooperación en materia educativa será competencia, respectivamente, de la jerarquía eclesiástica y de las correspondientes autoridades religiosas>>.

En lo que interesa, comprobamos que la dicción del Real Decreto es idéntica a la del Decreto autonómico, en lo que se refiere a garantizar que los padres puedan elegir lo que consideren oportuno para sus hijos. Y también apreciamos que el Real

Decreto no establece ningún tipo de presunción, positiva o negativa, respecto a aquellos casos en que los padres no manifiesten expresamente su opción.

Aparte lo hasta aquí dicho, la sentencia impugnada, con cita de la Ley Orgánica de Educación y de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, llega a la conclusión de que la presunción establecida en la Orden vulnera normas de superior rango. Y esta tesis, en este supuesto, es correcta.

Lo que se está examinando es la habilitación legal que pudiera tener la Orden impugnada, en el concreto inciso a que estamos aludiendo, pues desde luego no puede considerarse inocuo o sin trascendencia la presunción que establece. Las normas de superior rango, tal y como señala la sentencia recurrida, aluden al régimen de los centros privados y concertados de carácter propio, y los alumnos deben respetar dicho carácter propio del centro. Desde este punto de vista tampoco tiene encaje normativo la presunción negativa de la Orden impugnada.

Es más, lo que se deduce, precisamente, de las normas de superior rango es que debe salvarse el defecto consistente en la falta de elección de los padres o tutores, lo que podría efectuarse mediante el correspondiente requerimiento para que efectúen dicha opción, en caso de no haberlo hecho con anterioridad.

No interpretamos que pueda la administración o cada centro suplir la falta de opción de los padres. Entendemos que la omisión de éstos debe subsanarse, mediante los procedimientos adecuados para ello.

En definitiva, la Orden que fue objeto de impugnación, cuyo inciso último del artículo 11.2 ha sido anulado por la sentencia objeto de recurso, excedió la habilitación conferida para su dictado.

QUINTO.- En función de lo expuesto en los fundamentos tercero y cuarto anteriores, procede desestimar los tres motivos de impugnación.

Dichos motivos parten de una premisa que no podemos compartir. La parte parece defender que la Comunidad Autónoma puede regular la materia en los términos que considere más convenientes, dentro del principio de competencia. Pero olvida que la discusión que nos ocupa no se refiere a las competencias de la Comunidad Autónoma, sino al concreto desarrollo que efectúa una Orden al amparo de una habilitación efectuada por un Decreto. Y hemos concluido que esa Orden no se ajusta a la habilitación conferida.

No se infringe la libre elección de centro, ni se otorga una excesiva prevalencia al carácter propio de los mismos, se incluye un razonamiento en ese sentido que abunda en la tesis central de la anulación de la Orden, que acabamos de reflejar. Y tampoco puede entenderse que se afecte al derecho a no declarar sobre las propias creencias, pues en la tesis que sustenta la parte, cualquiera que fuera la presunción por la que se optara, se afectaría en uno u otro sentido.

(...)

Fallo.

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Extremadura, a través de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia de veintitrés de febrero de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, recaída en los autos número 1290/2008.

(...)

STS 5507/2012 de 20 de julio de 2012.

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 núm. 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 CATÓLICADIOCESIS DE SAN SEBASTIÁN , E IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE VITORIA, CONTRA EL DECRETO 23/2009, DE 3 DE FEBRERO (BOPV NÚM. 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 CATÓLICADIOCESIS DE SAN SEBASTIÁN, E IGLESIA CATÓLICA-DIOCESIS DE VITORIA presentaron 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.

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 o*". 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, máxime 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 regularán 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 establecerán el currículo del bachillerato, del que formaran parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas en este real decreto que requerirán 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 anularon 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 Órgano 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 Órganos 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."

(...)

Fallo.

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.

STS 5754/2012 de 24 de julio de 2012

Antecedentes de Hecho

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictó sentencia en el recurso número 117/2010, con fecha 26 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que en atención a lo expuesto debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Extremadura contra la sentencia nº 30/10 de fecha 8 de febrero de 2010 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Cáceres a que se refieren los presentes autos y en su virtud la debemos confirmar y confirmamos en todos sus extremos, todo ello con expresa condena en costas para el apelante respecto de todas las causas en este recurso de apelación».

SEGUNDO. - Por la JUNTA DE EXTREMADURA se presentó el día 7 de septiembre de 2010 escrito de interposición del recurso de casación anunciado, en el que, terminó suplicando a la Sala que dicte sentencia declarando la conformidad a derecho del recurso interpuesto, fijando como doctrina legal: *«(...) que los méritos a los que se refiere la disposición Adicional 3.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación , no podrán ser computados como experiencia docente cuando se aspire al ejercicio de la actividad docente en cualquier otra asignatura».*

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso y remitido a esta Sección Séptima, mediante diligencia de ordenación de 24 de noviembre de 2010 se reclamaron los autos de la Sala de

instancia acordando el emplazamiento de los que hubieran sido parte en los mismos.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 16 de febrero de 2011 se concedió un plazo de treinta días al Abogado del Estado para que formalizara las alegaciones que tuviera por conveniente, escrito que tuvo entrada el día 22 de febrero de 2011, y en el que suplicaba a la Sala que: *« (...) se tenga por presentado este escrito y por formuladas las alegaciones que contiene»*.

QUINTO.- Mediante diligencia de ordenación de 23 de febrero de 2011 se dio traslado al Ministerio Fiscal para que formulase alegaciones en el plazo de diez días lo que verificó mediante escrito de 9 de marzo de 2011 en el que pidió a la Sala:

«que procede desestimar el presente recurso de casación en Interés de la Ley, y, a tenor del art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas al recurrente.»

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día dieciocho de julio de 2012, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Por la JUNTA DE EXTREMADURA se interpone recurso de casación en Interés de la ley contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el recurso de Apelación número 117/2010, interpuesto por la Junta de Extremadura contra la sentencia nº 30/2010 de 8 de febrero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Cáceres en el Procedimiento Abreviado nº 293/2009.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo había anulado la base de la convocatoria realizada por resolución de 9 de febrero de 2009, de la Dirección General de Personal Docente, de la Consejería de Educación de la Junta de Extremadura, que excluía la experiencia docente adquirida en la impartición de la asignatura de religión como mérito para formar parte de las listas de espera para cubrir en régimen de interinidad vacantes o sustituciones en el Cuerpo de Maestros.

Interpuesto recurso de apelación por la representación de la Junta de Extremadura, la sentencia de la Sala de Extremadura lo desestima con el siguiente razonamiento:

«La Sala ya se ha pronunciado realmente sobre la cuestión que nos ocupa en su sentencia 1016/2009 de 29 de Octubre, en la que establece que tal experiencia docente debe valorarse en el ingreso al cuerpo que nos ocupa, salvo que se vulneren los derechos fundamentales contenidos en el art. 23 de la CE, relativos al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Tal cuestión se abordaba en el Fundamento Jurídico tercero, que mutatis mutandi es aplicable al caso, y en el que dijimos: " TERCERO : Al amparo de lo que se asegura vulneración del art 23.2 de la Constitución así como de la Ley Orgánica 2/2006, se pretende la nulidad de ambas resoluciones al entender la Recurrente que la exclusión expresa como mérito del desempeño e impartición del profesorado de Religión, implica una discriminación sin fundamento objetivo ni razonable, conculcando los Principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la Función Pública. Se alega asimismo que la exclusión contenida, no viene avalada por las Normas Educativas superiores. Por su parte, la Administración, entiende que dicha exclusión es plenamente adecuada a Derecho pues ni vulnera la Normativa ni atenta a tales principios constitucionales.

Debemos partir que en nuestro Derecho rige el viejo axioma según el cual, las bases de una convocatoria constituyen la Ley del concurso. Asimismo hemos indicado que: "El derecho que este precepto reconoce, art. 23.1 Constitución, es, claramente, un derecho de configuración legal, cuya existencia efectiva cobra especial relieve en relación con el procedimiento establecido por una norma para acceder a determinados cargos públicos, de conformidad con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE Por lo que el citado derecho fundamental opera reaccionalmente en una doble dirección. De un lado, respecto de la potestad normativa para configurar el procedimiento de acceso y selección, permitiendo la impugnación de aquellas bases de la convocatoria que desconocieran los principios antes aludidos y establecieran medidas manifiestamente discriminatorias (SSTC 93/1995 , 269/1994 y 115/1996 entre otras), de otro lado, el derecho fundamental garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, que han de ser aplicadas por igualdad a todos los participantes; impidiendo así que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, introduzca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes (STC 115/1996 , con cita de las SSTC 193/1987 y 353/1993 ".

Desde la segunda perspectiva que es la que en el presente caso interesa, el derecho fundamental, reconocido por el Art. 23.2 CE, necesariamente se conecta con la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública. Aunque ha de tenerse presente que no toda infracción de las bases genera "per se" una vulneración del citado derecho fundamental, pues hemos declarado que "el art. 23.2 no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad de los participantes cabe entender que se ha vulnerado

esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE " (STC 115/1996 , fundamento jurídico 4º reiterada en las SSTC 10/1998 y 178/1998 (Sentencia Tribunal Constitucional núm. 40/1999 (Sala Segunda), de 22 marzo ". Así pues, la cuestión pasa por determinar si la citada exclusión contenida en las bases, posee apoyo legal y si vulneraría los Principios citados. Debe indicarse que ni en la Ley Orgánica ni en el Decreto 98/2007 se recoge tal exclusión y así por ejemplo en el art. 16 se expone que: "El orden de los aspirantes en la lista de espera se establecerá valorando los méritos aportados por los mismos de acuerdo con los siguientes criterios:

A.- Experiencia docente previa. Hasta un máximo de 4,750 puntos.

a. Por la experiencia docente del mismo nivel educativo y la misma especialidad en centros públicos hasta un máximo de 4,750 puntos: 0,0395 puntos por mes trabajado.

b. Por la experiencia docente en otro nivel educativo u otra especialidad distinta a la que se opta, en centros públicos, hasta un máximo de 2,375 puntos: 0,0197 puntos por mes trabajado.

c. Por la experiencia docente en centros concertados del mismo nivel educativo y de la misma especialidad por la que se opta hasta un máximo de 1,583 puntos: 0,0131 puntos por mes trabajado.

d. Por la experiencia docente distinta de la recogida en los tres apartados anteriores en centros docentes legalmente reconocidos o en programas formativos y convenios del MEC o de la Consejería de Educación llevados a cabo en Extremadura hasta un máximo de 0,7915 puntos: 0,0065 puntos por mes trabajado.

Únicamente se tendrá en cuenta la experiencia docente en las enseñanzas regladas correspondientes a los niveles educativos no

universitarios previstas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Se entenderá por centros públicos, los integrados en la red pública de centros creados y sostenidos por las Administraciones Educativas". Aquí radica a nuestro juicio el "quid" de la cuestión, es decir saber si dicha Enseñanza es de las "regladas" correspondientes a los niveles educativos no universitarios que la Ley prevé.

Si se examina el art. 3 podría pensarse que ello no es así sin embargo y con toda claridad la DA segunda expone que: "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". Es decir, si aparece reglada en el sentido de que la Ley Orgánica la regula y prevé que la misma se imparta en los niveles educativos correspondientes. Este argumento se refuerza en la DA tercera, cuando indica que "Los profesores que impartan la enseñanza de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley , así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas.

2. Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el

respectivo nivel educativo a los profesores interinos". Es decir la Ley, no sólo se preocupa de regular o reglar dicha Enseñanza sino que exige a los profesores el mismo régimen de titulación que para el resto de enseñanzas que la Ley contiene. Toda esta interpretación posee su cierre Normativo en el art. 3 del RD 696/2007 precepto que determina que para impartir las enseñanzas de religión será necesario reunir los mismos requisitos de titulación exigibles, o equivalentes, en el respectivo nivel educativo, a los funcionarios docentes no universitarios conforme se enumeran en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de

Educación, haber sido propuestos por la Autoridad de la Confesión religiosa para impartir dicha enseñanza y haber obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa, todo ello con carácter previo a su contratación por la Administración competente. En definitiva y también como argumento debe indicarse que pese al cambio Normativo el Fundamento es similar al expuesto por nuestro Tribunal en la Sentencia de 7 de febrero de 2006. En resumen y como conclusiones tenemos que indicar que la asignatura de Religión es reglada por la LO de Educación prueba de ello es la regulación específica que de la misma se contiene. En segundo lugar tanto en la citada Ley como en el Real Decreto se viene a exigir una titulación similar que al resto del profesorado correspondiente al nivel educativo.

Así pues al excluirse como mérito la impartición de dicha enseñanza en las Resoluciones impugnadas, se está se está realizando una interpretación que vulnera el sistema de jerarquía legal y además se atente al principio de igualdad en el acceso a la función pública al crearse una discriminación no objetiva. Todo lo anterior desemboca en la estimación del Recurso".

Debe tenerse presente que la STS de 25 de septiembre de 2006, Sección Séptima, recurso 7493/2000 contiene también una doctrina clara al respecto al señalar en el Fundamento Jurídico

4º, párrafo 3º que: "Y si las anteriores consideraciones no fuesen bastantes -que si lo son- para desestimar este motivo de casación, aún cabe añadir que, resolviendo otro recurso de casación dirigido también contra una sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana referida a la misma convocatoria que aquí nos ocupa, esta Sala ha declarado que a efectos de valoración de méritos no es ajustada a derecho la decisión de computar como experiencia docente la referida a la enseñanza de la asignatura de religión. Así en nuestra STS, Sala Tercera, Sección 7ª, de 17 de Julio de 2006 (casación 5382/2000) hemos declarado que "En la enseñanza de la Religión para ser valorada como mérito conforme al apartado 1.1 del Anexo III de la Orden de convocatoria. Hay que asumir, igualmente, el criterio observado por la Sentencia. De la regulación que le dedica el Real Decreto 2348/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de Religión, puede justificarse un tratamiento de la misma equiparable a la de las especialidades contempladas en el mencionado apartado 1.1. Hay que tener presente, en este sentido, que el Anexo III diferencia entre sus apartados 1.1 y 1.3 no tanto en razón de la naturaleza administrativa o laboral de la relación del profesor con la Administración educativa, sino en atención a la materia objeto de la docencia que se quiere hacer valer. La distinta puntuación por curso académico (1,5 ó 0,750 puntos) considerada en cada uno de ellos, obedece principalmente a que se haya enseñado alguna de las especialidades del cuerpo al que se opta u otras distintas. Si además se tiene presente que los profesores de religión no se integran en un Cuerpo funcionarial, siendo laboral, según la jurisprudencia de la Sala Cuarta y de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo. La relación que les une con la Administración, habrá que convenir en que debe primar a estos efectos la voluntad expresada por el preámbulo del Real Decreto 2348/1994 de no restringir el tratamiento de la enseñanza de la Religión como área o materia educativa en condiciones equiparables a las demás enseñanza fundamentales".

Al incardinarse la cuestión en la posible y ahora declarada vulneración de un derecho fundamental, poca relevancia ha de dársele a la eficacia o no de un Real Decreto para determinar efectos en la cuestión, pero es más, tal y como menciona la recurrente, el Real Decreto 1630/2006 recoge en su disposición transitoria única, la debida aplicación del Real Decreto 2348/1994, en tanto no se produzca la efectiva implantación de la nueva ordenación educativa, que no se había producido a la fecha a que se refieren los autos, de acuerdo con el Real Decreto 806/2006. En el sentido expuesto la STS de 14-10-2009 que un caso análogo al que nos ocupa.

Ha de accederse a que se compute la enseñanza de religión en el apartado correspondiente, sin bien la Sala, en ejecución de sentencia, en su caso, se pronunciará sobre el resto de cuestiones planteadas, que exceden de su capacidad, en tanto que no dispone del resto de elementos de juicio y pruebas necesarias para pronunciarse sobre el resto de aspectos».

SEGUNDO.- La Junta de Extremadura recurrente, considera que la interpretación que hace la sentencia recurrida del apartado 2 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación , es ilegal y gravemente dañosa para el interés público, porque contraviene el sistema previsto para el acceso a la función pública en el artículo 55 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público , en el que se garantiza el respeto de los principios de mérito y capacidad, así como el principio de igualdad en el acceso a empleos públicos recogido en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución .

Justifica el grave daño para el interés general de la doctrina sentada por la sentencia recurrida, porque la cuestión ha sido objeto de recursos contencioso administrativos en todo el territorio nacional, y en el caso concreto de Extremadura se han planteado recursos en los Juzgados de las dos provincias, de manera que la interpretación efectuada por aquella sentencia

afecta a todos los aspirantes al Cuerpo de Maestros de la Comunidad Autónoma.

Considera por ello necesario fijar de forma clara y definitiva si debe considerarse como experiencia docente, computable como mérito para el acceso a la carrera funcionarial, el haber impartido la asignatura de alguna de las confesiones religiosas que tenga convenio con el Estado, con el fin de que los opositores puedan conocer los merecimientos que deben acumular para acceder a la docencia pública.

Afirma que, el principio de seguridad jurídica impone que los destinatarios de la norma conozcan *a priori* si la Administración valorará de forma idéntica el tiempo de desempeño de una interinidad ganada de conformidad con lo previsto en el artículo 10.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y el tiempo de trabajo desempeñado por la propuesta del ministro de un culto determinado, al amparo de lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda de la L.O. 2/2006, de 3 de mayo de Educación .

La interpretación de la sentencia recurrida, a juicio de la JUNTA DE EXTREMADURA, coloca en situación de privilegio a los profesores de religión en detrimento de todos los maestros que quieran acceder al procedimiento de selección establecido, ya que valora unos méritos adquiridos en razón exclusiva a las creencias religiosas del profesor, que se acreditan y documentan en la denominada "declaración eclesiástica de idoneidad", que expide la autoridad religiosa que corresponda. Se establece así una discriminación positiva a favor de un determinado grupo de personas, fundada en la creencia religiosa de las mismas.

La recurrente dice que la Disposición Adicional Tercera de la L.O. de Educación ha sido objeto de desarrollo mediante el Real Decreto 696/2007, y ambas normas han de ser interpretadas de conformidad con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con la declaración de idoneidad.

Argumenta que constituye un requisito para impartir la asignatura que el propuesto haya obtenido una declaración de idoneidad, que no es sino la constatación de su fe religiosa y de que su comportamiento se adecua a la moral propia de la religión sobre la que se certifica. De este modo, solo los que profesen un concreto credo religioso accederán a los puestos de trabajo de profesor de religión, lo que se traduce en que cualquier mérito obtenido lo habrá sido en razón a su creencia religiosa.

Entiende que se vulnera por la sentencia el principio de igualdad contemplado en el artículo 14 de la Constitución , al permitir que se valore como mérito aquel que se ha obtenido por la creencia religiosa de quien lo presenta, discriminando a todos aquellos que ni son religiosos ni tienen por qué serlo.

Concluye por ello suplicando a la Sala que dicte sentencia declarando la conformidad a derecho del recurso interpuesto, fijando como doctrina legal:

«(...) que los méritos a los que se refiere la disposición Adicional 3.2 de la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, no podrán ser computados como experiencia docente cuando se aspire al ejercicio de la actividad docente en cualquier otra asignatura».

TERCERO.- El Abogado del Estado en su escrito de alegaciones transcribe la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007, de 15 de febrero , sobre la declaración de idoneidad de la autoridad eclesiástica, y concluye que debe tomarse en cuenta a la hora de determinar si la constitucional incidencia de la libertad religiosa en la designación de los profesores de religión obliga a excluir su experiencia docente como mérito, o si, por el contrario, como experiencia docente legítimamente adquirida, puede e incluso debe considerarse en los procesos selectivos que contemplen dicho mérito.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, por su parte, comienza su escrito de alegaciones, reconociendo que concurre el requisito del grave daño al interés general pues son numerosos los supuestos iguales al contemplado en la sentencia recurrida que se plantean en los Tribunales de toda España. A partir de aquí, tras la cita de la sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 2009 rec. 1597/2006 concluye que, la valoración como mérito de la impartición de la asignatura de religión católica no infringe el ordenamiento jurídico; por lo que el recurso ha de ser desestimado.

QUINTO.- Sobre la cuestión que se plantea en este caso y respecto a la doctrina que se pretende se declare se ha pronunciado ya esta Sala en sentencias de 17 de julio de 2006 rec. 5832/2000, 25 de septiembre de 2006 rec. 7493/2000, 14 de octubre de 2009 rec. 1597/2006, 6 de marzo de 2012 rec. 1444/010 y 4 de junio de 2012 rec. 6737 / 2010, si bien, en sentido contrario al pretendido por la Administración recurrente. En todas ellas, hemos declarado la conformidad a derecho de la valoración de la experiencia docente de la enseñanza de la religión católica como experiencia docente previa a computar en el baremo de méritos correspondiente para el acceso a la función pública docente.

Ello sentado, hemos de afirmar con nuestra reciente sentencia de 7 de junio de 2012 (Recurso de casación en interés de Ley, que por lo demás viene a ajustarse a una doctrina constante de esta Sala), F.D. Sexto, 2º, *«ha de descartarse toda pretensión que propugne el obtener la declaración de una doctrina legal cuya procedencia hubiese sido anteriormente rechazada -o que, por el contrario, ya estuviese fijada por este Tribunal Supremo (sentencias de 8 de octubre de 2003 y 18 de abril de 2005)»*

Se impone así la expresa desestimación del presente recurso de casación en interés de Ley.

(...)

Fallo.

Que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación en Interés de la Ley número 78/2010 interpuesto por la representación de la JUNTA DE EXTREMADURA contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el recurso de Apelación número 117/2010 , interpuesto por la Junta de Extremadura contra la sentencia nº 30/2010, de fecha 8 de febrero de 2010 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Cáceres en el Procedimiento Abreviado nº 293/2009...

En similar sentido a esta Sentencia pueden verse las Sentencias: **STS 4973/2012 de 5 de julio, la STS 4975/2012 de 29 de junio y la STS 1434/2012 de 6 de marzo.**

Protección de datos y archivos religiosos

STS 7583/2011 de 10 de noviembre de 2011.

Antecedentes de Hecho.

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 11 de septiembre de 2008, cuyo fallo contiene los siguientes pronunciamientos:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Prelatura del Opus Dei, Región de España, frente a la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 31 de enero de 2007 que insta a dicha entidad para que en el plazo de diez días " remita al reclamante certificación en la que se haga constar que se ha procedido a la cancelación de sus datos que constaban en sus ficheros,

resolución que declaramos conforme a Derecho, sin imposición de costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de la Prelatura del Opus Dei, Región de España, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y por providencia de 6 de noviembre de 2008, se tuvo por preparado, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Con fecha 30 de diciembre de 2008 se presentó escrito de interposición del recurso de casación, haciendo valer tres motivos, todos ellos al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción*, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que cita, solicitando se dicte sentencia que case la sentencia impugnada y estimando la pretensión interesada en el escrito de demanda, declare no conforme a derecho y anule la Resolución dictada el 31 de enero de 2007 por la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento TD/00418/2006, imponiendo a la parte recurrida las costas de la instancia.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la parte recurrida, que manifestó su oposición al recurso en escrito de 7 de septiembre de 2009, en el que solicitó la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la sentencia impugnada.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El recurso de casación se dirige contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 11 de septiembre de 2008, que desestimó el recurso que había interpuesto la representación procesal de la Prelatura del Opus Dei, Región de España, contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, de 31 de enero

de 2007, que había estimado una reclamación formulada por Dña. Lucía e instaba a la Prelatura del Opus Dei para que, en el plazo de diez días, remita a la reclamante una certificación en la que haga constar que ha procedido a la cancelación de sus datos que constaban en sus archivos.

La Sala de la Audiencia Nacional reprodujo los hechos que la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) tuvo por probados, que son los siguientes:

"PRIMERO. En fecha 2 de agosto de 2006, Doña Lucía solicitó la cancelación de los datos existentes en la entidad "Opus Dei".

SEGUNDO. En fecha 14 de agosto de 2006 la entidad "Opus Dei" contestó a Doña Lucía que "los únicos datos que se refieren a su persona son hechos históricos, realizados voluntariamente, que no pueden anularse. De todas formas, le comunico que en anotación marginal se hará constar su deseo de que no tengan trascendencia externa".

TERCERO. Con fecha 22 de agosto de 2006, Doña Lucía presentó reclamación de Tutela de Derechos por denegación del derecho de cancelación de sus datos existentes en la entidad "Opus Dei".

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en tres motivos, todos ellos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción . El primer motivo denuncia infracción del artículo 1.6 de Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado Español, de 3 de enero de 1979 , en relación con el artículo 16 CE ; el segundo motivo alega infracción del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos ; y el tercer motivo refiere infracción de los artículos 4.5 y 16.2 de la Ley Orgánica

15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal .

TERCERO.- El primer motivo del recurso de casación denuncia, como hemos indicado, la infracción del *artículo 1.6* del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español, de 3 de enero de 1979, en relación con el *artículo 16 CE*, al sostener la parte recurrente que dicho Acuerdo protege la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos de las instituciones y entidades eclesiásticas, lo que constituye una concreción del principio constitucional de libertad religiosa en lo que afecta a las colectividades, añadiendo que dicha inviolabilidad no se alega frente a ningún ciudadano, sino frente a un acto de la Administración, como es la AEPD.

La parte recurrente también planteó en la instancia esta misma cuestión de la inviolabilidad de sus archivos, reconocida por el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, y la Sala de instancia razonó lo siguiente:

En relación con la aplicación del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979, debemos señalar que efectivamente estamos ante un Tratado Internacional, cuyo texto ha sido aprobado por las Cortes Generales y publicado oficialmente, lo que significa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la CE, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, en un lugar subordinado a la Constitución, atendida su posición en el sistema interno de Fuentes del Derecho y atendidos los efectos previstos en los artículos 94 y 95 de la CE. Sentada esta posición del Tratado, en el sistema de jerarquía normativa, la regulación contenida en el mismo ha de ser interpretada conforme a la Constitución, concretamente conforme al derecho fundamental a la protección de los datos.

A juicio de esta Sala, sin embargo, el citado Acuerdo no contradice la regulación constitucional y legalmente establecida del derecho fundamental a la protección de los datos, cuando en el artículo 1 apartado 6 dispone que "el Estado respeta y protege la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos

pertenecientes a la Conferencia Episcopal Española, a las Curias episcopales, a las Curias de los superiores mayores de las Ordenes y Congregaciones religiosas, a las parroquias y a otras instituciones y entidades eclesiásticas".

Los archivos y registros relacionados en dicho artículo del Acuerdo Internacional se encuentran protegidos de cualquier intromisión procedente del Estado y resultan inviolables frente al mismo. Ahora bien, tal inviolabilidad no es predicable frente al ciudadano cuando ejercita el derecho fundamental previsto en el artículo 18.4 de la CE , en cuyo contenido esencial se integra el poder de disposición sobre los datos relativos a su persona. La solución inversa a la expuesta, que postula el recurrente, equivaldría a reconocer una superioridad de la norma contenida en un Tratado, frente a la norma constitucional.

En este sentido esta Sala no alberga dudas sobre la constitucionalidad de la norma internacional transcrita si se interpreta en el sentido expresado, pues el desarrollo legal del derecho fundamental no hubiera podido crear excepciones contrarias al contenido esencial del derecho fundamental, ex artículo 53.1 de la CE . Repárese, además, que la regulación contenida en la Ley Orgánica viene impuesta, como ya se ha manifestado, por la Directiva 95/46 / CE de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos Datos.

Debe tenerse en cuenta, igualmente, que la parte recurrente no alega estar amparado en ninguna excepción prevista en el desarrollo de este derecho fundamental a la protección de los datos, esto es, en los artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica 15/1999 , en relación con el artículo 13 de la indicada Directiva 95/46 / CE, de 24 de octubre , y la inviolabilidad invocada, en los términos previstos en el citado Acuerdo del Estado Español con la Santa Sede, como ya hemos señalado, no resulta oponible

frente al titular de los datos ni, por tanto, resulta relevante o decisivo para la resolución del presente recurso.

Doctrina establecida por esta Sala respecto de los supuestos de apóstatas que pretenden la cancelación de sus datos de su Partida de Bautismo y que deviene también de aplicación al presente supuesto tomando en consideración que la Prelatura Personal (Canon 294 y 296 del Código de Derecho Canónico) , prevista por el Concilio Vaticano II, constituye un status peculiar respecto del común para el colectivo laico, que profesa la fe católica, y que se caracteriza por la flexibilidad en su finalidad de contribuir a la efectiva difusión del mensaje y vivir cristianos, por lo que su destino es el cumplimiento de fines pastorales y misionales.

La pertenencia a dicho tipo de entidades, por tanto, en cuanto presupone una determinada significación en lo que se refiere al modo de concebir las creencias religiosas, implica un dato que entra en la esfera de creencias religiosas íntimas de sus miembros, de tal modo que la baja voluntaria, aun cuando no sea equivalente a la apostasía (no tiene por qué obedecer a un apartamiento de la fé) comporta también un dato relevante en relación esencial con las creencias religiosas.

De acuerdo con el artículo 1.6 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos (BOE 300/1979, de 15 de diciembre), "El Estado respeta y protege la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos pertenecientes a la Conferencia Episcopal Española, a las Curias episcopales, a las Curias de los superiores mayores de las Ordenes y Congregaciones Religiosas, a las Parroquias y a otras Instituciones y Entidades Eclesiásticas".

Además de las consideraciones de la Sala de instancia, que acabamos de reproducir, debemos tener en cuenta que el alcance de esta cláusula concordataria se ha de interpretar de acuerdo con la práctica internacional en materia de inmunidades y privilegios

de los agentes extranjeros así como de sus bienes, documentos y archivos, siendo doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con las inmunidades y privilegios similares reconocidas a las Organizaciones internacionales, que las mismas no pueden anular la dimensión sustantiva de los derechos fundamentales de la persona (asunto Waite y Kennedy, STEDH 7/1999, de 18 de febrero , apartados 67-68 y asunto Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein, STEDH 464/2001, de 12 de julio, apartados 44-48).

Igualmente ponderamos en la interpretación del *artículo 1.6* de los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede, invocado por la parte recurrente, que las normas sobre inmunidades y privilegios propias de los acuerdos diplomáticos entre Estados han de interpretarse más restrictivamente, sin que puedan tener un alcance absoluto, cuando el beneficiario no sea un Estado o una Organización internacional, o sus funcionarios o agentes, sino un nacional o residente permanente en el Estado receptor, como es el caso de la Región de España de la Prelatura del Opus Dei recurrente.

Procede por tanto una interpretación del *artículo 1.6* del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos acorde con el contenido de los derechos fundamentales que el *artículo 18.4 CE* reconoce a los ciudadanos, en relación con la protección de su intimidad personal y familiar, en el que se integra el derecho fundamental a protección de datos personales, que garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre los mismos.

El recurso de casación sostiene que en este caso la parte recurrente está alegando la inviolabilidad de sus registros, protegida por los Acuerdos de 1979, no frente a un particular, sino frente a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), que es un órgano de la Administración del Estado.

No puede compartirse el anterior argumento, pues es evidente que la AEPD actúa en el presente caso en ejercicio de sus funciones de tutela en materia de protección de datos que le encomienda la LOPD. En efecto, la actuación de la AEPD viene precedida por la solicitud de Doña Lucía de cancelación de los datos relativos a su persona, que fue denegada por la Entidad recurrente, y de la posterior reclamación de tutela de la interesada ante la AEPD por dicha denegación del derecho de cancelación. La actuación de la AEPD se produce, por tanto, en el marco de sus funciones de resolución de reclamaciones interpuestas por las personas afectadas, en relación con los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos, atribuidas por el *artículo 37.1, letras a) y d) LOPD*.

El motivo por tanto ha de ser desestimado.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso expone una infracción del *artículo 2.1 de la LOPD*, porque en el caso de autos los datos cuya cancelación se pretende no están incorporados a ningún soporte informático, ni tampoco son objeto de tratamiento alguno en los términos del *artículo 3.d) LOPD*, guardando este caso notable paralelismo con otros resueltos por esta Sala en sentido estimatorio contra Resoluciones de la AEPD que ordenaban cancelar los datos contenidos en los libros de bautismo.

Los datos a que se refiere este recurso, como establece el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia impugnada, con base en un escrito de la propia Entidad recurrente que obra en el expediente (folio 4), son las fechas de la incorporación y baja en la Prelatura (petición de admisión: 19/12/78, Incorporación definitiva: 19/12/85 y Baja: 05/02/00). Tales datos, según reseña igualmente la sentencia impugnada, no tienen otro soporte que una anotación mecanográfica en un papel.

Pero como acertadamente indican tanto la Resolución de la AEPD como la sentencia impugnada, los ficheros como el que es

objeto del presente recurso, no están excluidos de la protección de la LOPD.

Así resulta con claridad del *artículo 3 de LOPD* , que en sus letras b) y c) define los ficheros a los que es de aplicación dicho texto legal, como todo conjunto organizado de datos de carácter personal, "*...cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso...*", y entiende por tratamiento de datos, las operaciones y procedimientos técnicos "*...de carácter automatizado o no...*" , que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos.

Muy similares son los conceptos de fichero y de tratamiento de datos personales del *artículo 2 de la Directiva 95/46 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995* , relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

De acuerdo con el citado precepto, son ficheros de datos personales "*...todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica...*" , y es tratamiento de datos personales "*...cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción...*"

En este caso los datos a que se refiere el recurso, como resulta de la carta dirigida por la Entidad religiosa a la recurrente, antes citada, en la que refiere a los datos "*...que se conservan de usted...*" , son obviamente y en primer lugar, el nombre y apellidos

de la persona interesada y además, como se indica en dicha carta, las fechas de su petición de admisión, de su incorporación definitiva y de su baja en la Entidad religiosa recurrente.

Es claro que nos encontramos ante un fichero, en el amplio sentido de la LOPD y *Directiva 95/46 /CE*, pues la información que se recoge está constituida por datos personales, especialmente protegidos además, de acuerdo con el *artículo 7 LOPD*, por afectar a las creencias religiosas, y está también presente la nota o elemento de organización, como se demuestra, como indica el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso, por el hecho de que habiendo solicitado la interesada información sobre sus datos en poder de la Entidad religiosa, estos datos fueron localizados y la información fue facilitada, sin que conste, ni la Entidad religiosa haya alegado siquiera, que fuera precisa adicional información u otros datos distintos al nombre y apellidos para acceder a la información de que se trataba.

Esta característica de tratarse precisamente de un conjunto organizado de datos es lo que permite afirmar la presencia de un fichero de datos personales, en los términos del *artículo 3.b) LOPD*, a diferencia de lo ocurrido en los casos citados por la Entidad recurrente, que se refieren a los Libros de Bautismo, los cuales no fueron considerados por esta Sala del Tribunal Supremo como ficheros de datos, porque como razonaba la sentencia de 19 de septiembre de 2008 (recurso 6031/2007), los datos personales no están recogidos en dichos Libros de Bautismo como un conjunto organizado, tal y como exige el *artículo 3.b) de la LOPD*, sino que se trata de una pura acumulación de datos, "*...que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquel tuvo lugar...*"

Al encontrarnos por lo razonado frente a un fichero sujeto a las disposiciones de la LOPD, procede desestimar el segundo motivo del recurso de casación.

QUINTO.- En su tercer motivo de recurso la parte actora considera infringidos los *artículos 4.5 y 16.2* de la LOPD, pues en contra de la tesis sostenida en la Resolución de la AEPD, no es la recurrente quien tiene que acreditar que los datos sean necesarios para la finalidad que motivó su recogida, sino al revés, debería haberse acreditado que dichos datos no eran necesarios para hacer subsumible el supuesto de hecho en lo dispuesto por el *artículo 4.5 LOPD*.

De conformidad con el *artículo 4.5 LOPD*, "*...los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados...*".

La parte recurrente crítica la postura de la interesada en esta cuestión, que parece entender que la única voluntad atendible fuera la suya, para a continuación defender, desde la perspectiva contraria, que el interés jurídicamente protegible es el propio de la Entidad responsable del fichero en tener constancia del inicio y final de la relación con las personas que integran la Institución.

Sin embargo, el *artículo 4.5 LOPD* no se remite a la voluntad de la persona interesada, ni tampoco a la del responsable del fichero para determinar cuando los datos han dejado de ser necesarios o pertinentes, sino que la necesidad del mantenimiento de los datos ha de relacionarse con la finalidad para la cual los datos fueron recogidos. Y en este punto, tanto la Resolución de la AEPD como la sentencia impugnada mantienen que los datos dejaron de ser necesarios para la finalidad que justificó su tratamiento, al haber decidido la persona afectada dejar de pertenecer al Opus Dei, sin que por la parte recurrente se haya desvirtuado tal conclusión, ni acreditado una finalidad de mantenimiento de los datos merecedora de mayor protección.

Procede por lo anterior la desestimación de este motivo del recurso.

(...)

Fallo.

Que declaramos no haber lugar al presente recurso de casación 5960/08, interpuesto por la representación procesal de la Prelatura del Opus Dei, Región de España, contra la sentencia de 11 de septiembre de 2008, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 78/2007 , y condenamos a la parte recurrente en las costas de casación, hasta el límite, respecto de la minuta de Letrado, señalado en el último Fundamento de Derecho.

Participación de las Fuerzas Armadas en actos de carácter religioso.

STS 4438/2012 de 12 de junio de 2012

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El uno de julio de dos mil diez, se registró en este Tribunal el escrito de interposición del recurso. El día trece de julio de dos mil diez, y por Diligencia de Ordenación se tuvo por presentado el recurso y se designó Magistrado Ponente dándose cuenta de la interposición. Por Diligencia de Ordenación de fecha siete de septiembre de dos mil diez, se admite a trámite el recurso y se requirió a la Administración demandada la remisión del

expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción , ordenándole la práctica de los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la misma norma y disponiendo la formación de pieza separada para la tramitación de la suspensión solicitada.

SEGUNDO.- El veinticuatro de noviembre de dos mil diez, se dictó Diligencia de Ordenación en la que se tuvo por recibido el expediente administrativo y por personado y parte, al Sr. Abogado del Estado en nombre de la Administración demandada, entendiéndose con él, las sucesivas actuaciones. Al mismo tiempo se hace entrega de dicho expediente a la Procuradora Sra. Gómez Sánchez, para que deduzca la demanda el plazo de veinte días

TERCERO.- El siete de diciembre de dos mil once, la Ilma. Sra. Secretaria dictó Diligencia de Ordenación , teniendo por formalizada en tiempo y forma la demanda y dio traslado al Sr. Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que formulase la contestación a la demanda en el plazo legalmente establecido.

CUARTO .- Contestada la demanda en legal forma, la Sala dictó Auto, en fecha doce de febrero de dos mil doce acordando no haber lugar a recibir el proceso a prueba, dándose traslado a la recurrente para que presentase escrito de conclusiones. Por diligencia de ordenación de veintisiete de febrero de dos mil doce, se tuvo por evacuado el trámite de conclusiones conferido a la parte recurrente y se hizo entrega de las copias a la parte recurrida, Administración del Estado, otorgándole el plazo de diez días para que presentase las suyas. Por Diligencia de Ordenación de veintidós de marzo de dos mil doce, se tuvo por evacuado el trámite de conclusiones por la parte demandada y visto el estado en que se encontraban las presentes actuaciones, se declararon conclusas las mismas, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo, para cuando por turno les correspondiera.

(...)

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La representación procesal de la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME) interpone recurso contencioso administrativo frente al Real Decreto 684/2.010, de 20 de mayo, que aprobó el Reglamento de Honores Militares.

La Asociación recurrente solicita en el suplico de la demanda la nulidad del Real Decreto 684/2.010, de 20 de mayo, que aprobó el Reglamento de Honores Militares, o que, subsidiariamente, se declare la nulidad del apartado 1 de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2.010, de 20 de mayo y la nulidad del apartado 2 de esa misma Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2.010, de 20 de mayo, que aprobó el Reglamento de Honores Militares.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen del fondo del asunto que plantea el recurso es preciso resolver acerca de la falta de legitimación activa que esgrime el Sr. Abogado del Estado, y, que de prosperar, haría inútil un pronunciamiento sobre la cuestión que suscita el recurso.

Considera que la recurrente es una Asociación voluntaria que carece de legitimación para la defensa de los intereses colectivos de los miembros de las fuerzas armadas.

Y señala igualmente que al recurrir el Real Decreto no podía hacerlo puesto que las Asociaciones en las Fuerzas Armadas no fueron reconocidas hasta la Ley Orgánica 9/2011 ya que estaban prohibidas por el artículo 181 de la Ley 85/1.978 , a la que se remitía el artículo 3.c) de la LO del Derecho de Asociación .

Carece de legitimación de acuerdo con el artículo 19.1.a) y b) de la Ley de la Jurisdicción .

Y en cuanto a la Disposición adicional 4ª la falta de legitimación es patente ya que plantea la actividad de las fuerzas armadas pero no de sus miembros, por lo que no corresponde a la Asociación esa defensa genérica, y si se trata de la mera defensa de la legalidad carece también de legitimación.

Es claro que la asociación demandante dio por supuesto que poseía la legitimación necesaria y suficiente para comparecer en este proceso y solicitar las pretensiones de nulidad de la norma que recurría.

Tan cierto es lo que afirmamos que en la demanda nada dijo sobre ello. Es en su escrito de conclusiones cuando a la vista de la alegación de no admisión del recurso que formuló el Sr. Abogado del Estado defiende la misma, y argumenta sobre ello que el Tribunal Constitucional les reconoció (a esas asociaciones) esa legitimación en sentencia de 31 de octubre de 2.001 , que también se la reconoce la Administración – Ramo de Defensa- e, incluso, este Tribunal Supremo, y cita la sentencia de esta Sala y Sección de 13 de octubre de 2.010 , en la que esta Asociación recurría, como en esta ocasión un Real Decreto, y otra de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de la que también hace mención.

El recurso se admite. El artículo 22 de la Constitución Española reconoce el derecho de asociación y exige que las asociaciones constituidas al amparo de este artículo se inscriban en un registro a los solos efectos de publicidad, a la vez que considera ilegales aquellas que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito y prohíbe las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar, y dispone que las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

Por su parte la Ley Orgánica 9/2.011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en su artículo 1º define cuál es su objeto que consiste en "regular el ejercicio

por los miembros de las Fuerzas Armadas de los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en la Constitución, con las peculiaridades derivadas de su estatuto y condición de militar y de las exigencias de la seguridad y defensa nacional. También incluye sus derechos y deberes de carácter profesional y los derechos de protección social".

Como consecuencia de lo anterior en el artículo 14 que dedica al derecho de asociación, reconoce el derecho de los militares "a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2002, de 22 de marzo , reguladora del Derecho de Asociación".

A la vez que dispone que el ejercicio de este derecho cuando tenga como fin la defensa de sus intereses profesionales y los derechos establecidos en esta Ley Orgánica, se ajustará a lo dispuesto en el título III, capítulo I de la Ley y añade que esas "asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos".

Partiendo de esa idea el artículo 33 de esta Ley Orgánica 9/2.011 , que encabeza su Título III, Capítulo Primero, que dedica a las asociaciones profesionales de los miembros de las Fuerzas Armadas, refiere que los fines de las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas "serán la promoción y defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de sus asociados", a lo que añade que también "podrán realizar actividades sociales que favorezcan el ejercicio de la profesión, la deontología militar y la difusión de la cultura de seguridad y defensa", para acto seguido proclamar que "no podrán interferir en las decisiones de política de seguridad y defensa, en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y en el empleo de la fuerza" y "deberán respetar el principio de neutralidad política y sindical y no podrán incluir en su denominación ni en sus estatutos referencias políticas o ideológicas, y tampoco podrán tener vinculación con

organizaciones políticas o sindicales, realizar conjuntamente con ellas pronunciamientos públicos ni participar en sus reuniones o manifestaciones".

Como consecuencia de esta nueva regulación con rango de Ley Orgánica dado su objeto, la Ley 9/2.011 en su Disposición final cuarta modificó el párrafo c) del artículo 3º de la Ley Orgánica 1/2.002 de 22 de marzo , reguladora del Derecho de Asociación, que quedó redactado del siguiente modo: c) "Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil habrán de atenerse a lo que disponga su legislación específica para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales".

Ello sin embargo no significa, como expresa la contestación a la demanda, que con anterioridad a la Ley 9/2.011 no existieran asociaciones profesionales militares. La Ley 85/1.978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, coetánea con la Constitución, dispuso en su artículo 181 , (vigente hasta su derogación por la Ley Orgánica 9/2.011, de 27 de julio), en su artículo 181 que "Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa. Tampoco podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga".

En consecuencia siempre que esas asociaciones no tuvieran finalidad reivindicativa ni condicionaran con su actividad el cumplimiento de los cometidos de las Fuerzas Armadas buscando una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales, ni recurrieran a ninguna forma directa o indirecta de huelga, es claro que podían legítimamente defender por los medios legales a su alcance los derechos fundamentales,

profesionales o sociales de los miembros de las Fuerzas Armadas que consideraran vulnerados por normas o actos que emanasen de las Administraciones Públicas, como ocurrió en este supuesto al interponer este recurso frente al Real Decreto 684/2.010, que aprobó el Reglamento de Honores militares.

Y si esto es así, es, también, obvio que podían impugnar aquellos aspectos concretos del Real Decreto que podían afectar a derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, como podía ser el de libertad religiosa, que, a su juicio, vulneraba la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto.

TERCERO.- Resuelta esta cuestión procesal es preciso salir al paso de inmediato de la primera de las pretensiones que contiene la demanda que es la relativa a la nulidad del Real Decreto 684/2.010 que aprobó el Reglamento de Honores Militares.

La demandante transcribe el fundamento jurídico tercero de la sentencia del Tribunal Constitucional 112/2.006 y añade que "La regulación que se hace en el citado Reglamento de Honores Militares en su disposición adicional cuarta incide en un ámbito regulatorio específico que afecta al derecho fundamental a la libertad religiosa, que sólo puede ser regulado mediante ley de carácter orgánico. Es decir, por el Poder Legislativo a través de acuerdos que precisan una mayoría reforzada. En el caso que nos ocupa, la citada disposición adicional cuarta no es ni tan siquiera dictada en desarrollo de una norma con rango de ley anterior, de la que pudiera haber recibido algún tipo de habilitación. Al contrario, se dicta de manera independiente y al hacerlo consagra su nulidad de pleno derecho y no puede, por tanto, incidir en la regulación de aspectos esenciales del derecho fundamental al que afecta y se refiere.

Tal situación afecta al Real Decreto 684/2.010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares, que debe ser declarado nulo de pleno derecho.

Como opone la defensa del Estado en cuanto a la nulidad del Real Decreto en su conjunto o totalidad, ninguna razón ofrece la demanda que permita acceder a ello. No es bastante con que se afirme que el Reglamento afecta a Derechos Fundamentales que deben regularse por Ley Orgánica. Y ello porque esa afirmación no es cierta; en todo caso se podrá predicar esa idea de la también recurrida Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto, pero no, desde luego, de éste en su conjunto. Por tanto esa pretensión debe rechazarse.

Por otra parte el Sr. Abogado del Estado al oponerse a la demanda transcribe la Disposición impugnada, y rechaza el argumento de la recurrente relativo a que deban regularse por ley las cuestiones que trata esa Disposición Adicional al afectar a la libertad religiosa, afirmando que no es así, sino que la misma regula la presencia de las Fuerzas Armadas en honras fúnebres y en actos religiosos.

Lleva razón la defensa del Estado cuando niega que se trate en esa Disposición Cuarta de algo que vaya más allá de la participación de las Fuerzas Armadas en actos que se celebren con ocasión de honras fúnebres para rendir honores militares en esas ocasiones cuya regulación constituye uno de los fines del Real Decreto o de la asistencia de representaciones de las Fuerzas Armadas a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense en las que sí se hace mención a ese derecho a la libertad religiosa.

Pero lo cierto es que no se trata de regular ese derecho que reconocido en el artículo 16 de la Constitución, fue objeto de un temprano desarrollo en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, sino de poner al día el Real Decreto que regula los Honores Militares que en el ámbito de las Fuerzas Armadas se deben rendir como homenaje y manifestación de respeto a la Bandera de España, al Rey y a determinadas personalidades, autoridades y mandos militares. Sin perjuicio de que como expresa el preámbulo del Real Decreto se incluyan

también en el Reglamento los que denomina honores especiales regulados en el Real Decreto 834/1984, de 11 de abril, (que) son sustituidos por unas normas, incluidas en la disposición adicional cuarta , sobre la participación de militares en actos en los que se incluyan ceremonias de carácter religioso, compaginando el respeto a tradiciones arraigadas en la sociedad con el principio constitucional de libertad religiosa.

En consecuencia no es posible tomar en consideración esa pretendida obligación de tratar esas cuestiones que contiene el Real Decreto a través de una norma con rango de Ley Orgánica. Por otra parte es perfectamente conforme a Derecho el título competencial que para dictar esta norma utiliza el Gobierno que es el de competencia exclusiva que otorga al Estado el artículo 149.1. 4ª de la Constitución en materia de Defensa y Fuerzas Armadas.

CUARTO.- Despejadas estas cuestiones previas es ahora el momento de detenerse en la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2.010, de 20 de mayo , que dispone en sus dos apartados lo que sigue: "Participación en actos religiosos. 1. En los actos oficiales que se celebren con ocasión de honras fúnebres, además de los honores que correspondan, se podrá incluir un acto de culto católico o de la confesión religiosa que proceda, teniendo en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o, en su caso, la que manifiesten sus familiares.

Por tratarse de actos en los que se interviene en representación de las Fuerzas Armadas, la asistencia a los mismos tendrá consideración de acto de servicio.

2. Cuando se autoricen comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, en consecuencia, la asistencia y participación en los actos tendrá carácter voluntario".

La demanda se centra inicialmente en el párrafo segundo del número 1 de la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2.010 y afirma que "es contraria a la libertad religiosa, que como derecho fundamental, se consagra en el artículo 16 de la CE . Se determina la obligatoriedad de asistencia y participación de miembros de las Fuerzas Armadas en actos oficiales que se celebran con ocasión de honras fúnebres de carácter religioso, actos que son calificados como actos de servicio, siendo la asistencia y participación en los mismos, de carácter obligatorio, para los militares a los que se les designe o se les nombre ese servicio. La justificación es que deben ser tenidos como actos de servicio" con las connotaciones a las que ya nos hemos referido "por tratarse de actos en los que se interviene en representación de las Fuerzas Armadas".

Y acto seguido afirma que estaríamos en este primer supuesto, ante la vulneración del ámbito subjetivo de la libertad religiosa, recogido en el apartado 1, del artículo 16 de la Constitución Española . En relación con todo ello, y en torno a un supuesto fáctico real que guarda muchas similitudes con los supuestos que quieren ser regulados en el apartado 1 de la Disposición Adicional Cuarta del Reglamento de Honores Militares , es

preciso traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, de 11 de noviembre, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, postura jurisprudencial cuya vigencia ha sido refrendada por el mismo Tribunal Constitucional en su STC 34/2.011, de 28 de marzo, de su Sala Segunda".

Recoge a continuación los hechos que enjuició la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1.996 . Y también de esa sentencia reproduce los fundamentos de Derecho 9 y 10 en los que se lee lo que sigue.

"Noveno. Ha de reconocerse que estas resoluciones judiciales parten para declarar la licitud constitucional de la orden recibida

por el demandante, de una concepción del derecho a la libertad religiosa que este Tribunal no puede compartir.

Ciertamente, con su solicitud para ser relevado del servicio, el actor no pretendía la defensa de su libertad para realizar actos de culto en consonancia con la fe escogida y sin injerencia del Estado o de otras personas, ni reaccionaba frente a un acto que le exigía declarar sobre su credo religioso o que le obligaba a realizar una conducta contraria al mismo. Manifestaciones, todas ellas, del derecho de libertad religiosa, según se declaró en las SSTC 19/1985 y 63/1994 .

Antes bien, el recurrente perseguía hacer valer la vertiente negativa de esa misma libertad frente a lo que considera un acto ilegítimo de intromisión en su esfera íntima de creencias, y por el que un poder público, incumpliendo el mandato constitucional de no confesionalidad del Estado (art. 16,3 CE), le habría obligado a participar en un acto, que estima de culto, en contra de su voluntad y convicciones personales.

El derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1 CE , incluye también una dimensión externa de "agere licere" que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985 , f. j. 2º; 120/1990, f. j. 10 y 137/1990 , f. j. 8º).

Por su parte, art. 16.3 CE al disponer que "ninguna confesión tendrá carácter estatal", establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como se declaró en las SSTC 24/1982 y 340/1993 , "veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales". Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los ciudadanos, en el ejercicio

de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho "a actuar en este campo con plena inmunidad de actuación del Estado (STC 24/3982, f. j. 1º), cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1,1 CE).

DECIMO.- La anterior doctrina constitucional ha de proyectarse ahora sobre los hechos de los que trae causa la presente demanda de amparo.

Consta en las actuaciones que el recurrente formaba parte de una Compañía de Honores Militares que fue destinada al Acuartelamiento de San Juan de la Ribera Norte (Valencia) para participar en unos actos convocados y organizados por la autoridad militar y de inequívoco contenido religioso, pues, su exclusiva finalidad era la de celebrar el V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados. No se trataban, pues, de actos de naturaleza religiosa con participación militar, sino de actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa.

Entre dichos actos figuraba una parada militar de homenaje a la Virgen. Obra en autos que el recurrente, al tener conocimiento de este hecho, interesó por escrito ser relevado del servicio. Sin embargo, se le ordenó por la superioridad participar en la mencionada parada militar. Surge así, un conflicto entre el deber de disciplina y el derecho a la libertad ideológica y de conciencia que el actor resolvió abandonando la formación en el preciso momento de rendir homenaje a la Virgen.

En la sentencia objeto de impugnación, se argumenta en justificación de la licitud de la mencionada orden, que, a diferencia de otros actos que integraban la celebración de esa festividad, la parada militar no puede calificarse como un acto religioso o de culto, puesto que la unidad que rinde honores lo hace en representación de las Fuerzas Armadas y, por tanto, al

margen de las convicciones ideológicas o religiosas de cada uno de sus componentes a título individual.

Esta afirmación debe ser, sin embargo, rechazada. En efecto, el art. 16.3 CE no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16,3 CE . En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedeció a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa".

Y de ahí concluye la demandante afirmando que "No se adecua el tenor literal del párrafo segundo del apartado 1 de la Disposición Adicional Cuarta del Reglamento de Honores Militares a la Doctrina del Tribunal Constitucional . Se establece la obligatoriedad de asistencia y participación del militar al que se le designe o se le nombre servicio, en actos oficiales de honras fúnebres, con honores militares, justificándose todo ello en que su intervención en los mismos, como acto de servicio, lo es "en representación de las Fuerzas Armadas".

Queda afectada la libertad religiosa de los miembros de las Fuerzas Armadas sobre los que se establece la ineludible obligación de participación y asistencia, con la advertencia de que tales acciones tendrán la consideración de acto de servicio, con las consecuencias que el ordenamiento penal y disciplinario militar anudan al incumplimiento de un servicio.

La consecuencia no puede ser otra que la declaración de nulidad de pleno derecho de tal disposición, por vulnerar la libertad religiosa preservada en el artículo 16 de la Constitución Española".

El Sr. Abogado del Estado ya en concreto "en cuanto a los actos religiosos en las honras fúnebres sostiene que las Fuerzas Armadas no participan en el acto religioso sino que asisten a él. Por tanto no afecta a la libertad religiosa del militar que participa en la honra fúnebre.

Y añade que las Fuerzas Armadas en esos actos de honra fúnebre honran al fallecido y a sus familiares y los acompañan por respeto al muerto y tolerancia con sus creencias. Se trata por tanto de un acto militar que puede ir acompañado de una ceremonia en la que están presentes las Fuerzas Armadas".

Carece de razón la alegación que plantea la asociación recurrente en relación con el número 1 de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2.010 . Y desde luego en absoluto es aplicable a este supuesto la Doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/1.996 , porque la misma es congruente con los hechos allí enjuiciados, y lo mismo ocurre en relación con la sentencia del mismo Tribunal 34/2.011 , y por idénticas razones, en cuanto a la Doctrina en ella expuesta.

Lo que la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2.010 regula en su número 1, nada tiene que ver, pese a lo que indique el título de la misma, con participación en actos religiosos de las Fuerzas Armadas. Por el contrario de lo que se trata es de un acto oficial de honores fúnebres militares de los regulados en el Título IV del Real Decreto, cuyo artículo 36 dispone que: "Las Fuerzas Armadas rendirán honores fúnebres militares en señal de respeto y homenaje a los restos mortales de aquellas personas que se indican a continuación: a) Las que expresamente les corresponden honores militares según lo previsto en el Capítulo II del Título I y los arts. 15 , 17 , 19 y 20.

b) Los ex Presidentes del Gobierno y otras personalidades de especial relevancia a las que por sus excepcionales servicios a España así se determine por real decreto de la Presidencia del Gobierno . c) Los militares y el personal civil con una especial vinculación con la Defensa y las Fuerzas Armadas que fallezcan en acto de servicio". Y que se cierra con el apartado 2 que dispone que:

"Al organizar los actos de honras fúnebres se tendrá en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o, en su caso, la que manifiesten sus familiares". Honores que según reza el artículo 37 siguiente "se rendirán por una unidad con Bandera, banda y música y consistirá en la interpretación del himno nacional completo, arma presentada y una descarga de fusilería. En su caso, la salva de cañonazos que corresponda". Y que "cuando se realicen en la inhumación, los honores se rendirán por un piquete".

De modo que el militar que haya de formar parte de esa unidad o piquete que deba acudir a prestar esas honras fúnebres no participa aunque esté presente en el acto religioso que se celebre, sea del credo que sea, si el mismo se integra en el acto oficial de honras fúnebres militares, si ese fue el deseo expresado por el fallecido o lo deciden sus familiares. Por ello no se vulnera el derecho del militar, de libertad religiosa y de culto que garantiza la Constitución, artículo 16 , y que el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980 describe en sus distintas manifestaciones cuando representa a las Fuerzas Armadas en ese acto oficial. Y de ahí también que la asistencia del militar al acto concreto para el que se le designe tenga la consideración de acto de servicio como expresa la Disposición Adicional Cuarta en su primer apartado.

QUINTO.- También impugna la demandante el número 2 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares que recordamos dispone que: "Cuando se autoricen comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, se

respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, en consecuencia, la asistencia y participación en los actos tendrá carácter voluntario".

Y sobre ello expresa que "En este caso, la participación de los militares es de carácter voluntario, previa autorización. Esta autorización que es necesaria para tal participación voluntaria, que no expresa en qué órgano administrativo de la Administración Militar o de mando, radica la competencia para decidir si se otorga o no, ni cuál sería el procedimiento, supone la pérdida de la necesaria neutralidad religiosa de las Fuerzas Armadas como parte de los poderes públicos y es contraria al apartado 3 del artículo 16 de la Constitución Española".

Afirma que "recordaba la STC 177/1.996, de 11 de noviembre, en su Fundamento de Derecho 9, que "Por su parte, el artículo 16.3 CE al disponer que "ninguna confesión tendrá carácter estatal" establece el principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como declaró la STC 24/1.982, y 340/1.993, "veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales". Añade que la neutralidad del Estado "en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas en una sociedad plural y democrática".

Se refiere también a lo dispuesto por la STC 34/2.011 de la que transcribe el fundamento de Derecho cuarto. "A la primera cuestión ha de responderse afirmativamente puesto que en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9). Y,

en efecto, los Colegios Profesionales son, con arreglo al art. 1 de la Ley 2/1974, de 13 febrero, "corporaciones de derecho público, amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con

personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines". Como hemos declarado en anteriores ocasiones, los Colegios Profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite a estas últimas recabar la colaboración de aquéllas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquéllas (STC 20/1988, de 18 de febrero , FJ 4; y las que en ella se citan)".

Y añade que "la neutralidad que predica el Tribunal Constitucional no queda garantizada en el texto del apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta del Reglamento de Honores Militares . No queda garantizada por cuanto la participación de miembros de las Fuerzas Armadas, en la condición de tales, previa autorización de autoridades públicas del Ministerio de Defensa y/o de mandos militares, supone que las Fuerzas Armadas participen como tales en un acto religioso, sea de la confesión que sea, y ello aunque haya habido una participación tradicional en el mismo, sin respetar los principios de nuestro sistema político que está basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa y en la aconfesionalidad del Estado. Las Fuerzas Armadas están constitucionalmente obligadas a la neutralidad religiosa, en función de los intereses públicos que representan. Recuerda también el Tribunal Constitucional que "es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que

afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE . La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa". En el caso de "las celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense", es notorio que domina en ellos su significación religiosa en un grado que permite inferir razonablemente una adhesión de las Fuerzas Armadas a los postulados religiosos" que el acto o celebración representa y por ello quiebra la neutralidad religiosa exigible. No estamos pues ante una actuación cuya valoración pueda depender de criterios subjetivos, sino que al contrario, no ofrece duda que la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en una celebración religiosa no puede conducir a otra interpretación que no sea la que lleva a considerar su posicionamiento cercano a quien organice la celebración religiosa, lo que es tanto como decir que da lugar a la pérdida de la neutralidad exigible".

Recuerda el Tribunal Constitucional en la misma sentencia que "Por último, siguiendo a la antes citada STEDH de 18 de marzo de 2011, caso Lautsi y otros c. Italia, & 72 (con remisión a las SSTEDH Zengin c. Turquía, & 64; y Folgero y otros c. Noriega, & 94) debemos valorar la menor potencialidad para incidir sobre la neutralidad religiosa del Estado de los símbolos o elementos de identidad especialmente pasivos frente a otras actuaciones con capacidad para repercutir sobre las conciencias de las personas como son los discursos didácticos o la participación en actividades religiosas".

Ya en el Fundamento de derecho 5 señala en cuando puede afectar no sólo al ámbito subjetivo sino al elemento objetivo de la libertad religiosa que "En este punto ha de partirse de que los elementos representativos a que nos venimos refiriendo, singularmente los estáticos son escasamente idóneos en las sociedades actuales para incidir en la esfera subjetiva de la

libertad religiosa de las personas, esto es, para contribuir a que los individuos adquieran, pierdan o sustituyan sus posibles creencias religiosas o para que sobre tales creencias o ausencia de ellas se expresen de palabra o por obra, o dejen de hacerlo".

Y concluye "entendemos por ello que el contenido del apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta del Reglamento de Honores Militares es nulo de pleno derecho porque quebranta el deber de neutralidad religiosa, al que están constitucionalmente obligadas las Fuerzas Armadas, que para su participación en dichas celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense precisan una previa autorización. Es decir, que no puede producirse tal participación de las Fuerzas Armadas sin un acto de declaración de voluntad previa que supone la pérdida de la neutralidad religiosa de las mismas en un estado aconfesional".

El Sr. Abogado del Estado se refiere también "a la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1.996 que mantiene que la participación de las Fuerzas Armadas en actos religiosos con carácter voluntario está permitida si participa en el rito pero no cuando se asiste a él por otras razones.

Y añade que el Tribunal Constitucional distingue con claridad lo que se entiende por la aconfesionalidad del Estado, pero permite la cooperación del Estado con las confesiones religiosas ya que la aconfesionalidad no significa exclusión de la religión, sino neutralidad ante las distintas confesiones".

Tampoco puede estimarse la pretendida nulidad de ese segundo apartado de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto. Es cierto que la aconfesionalidad del Estado comporta la neutralidad de los Poderes públicos en relación con el hecho religioso; pero esa neutralidad no excluye el que esos Poderes tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantengan relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones como dispone el número 3 del artículo 16 de la Constitución .

Este apartado segundo contempla un supuesto distinto del anterior y por ello el tratamiento que recibe en la norma es también diferente. En este supuesto se autorizan por la autoridad o el mando militar competente para ello "comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense". No se trata por tanto de actos oficiales propios de las Fuerzas Armadas en los que se rindan honores militares sino de la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en celebraciones de carácter religioso en las que tradicionalmente ha existido una participación castrense. Celebraciones religiosas e incluso de culto que responden a las creencias religiosas de la sociedad española a las que se refiere el artículo 16.3 de la Constitución , generalmente vinculadas a la Iglesia Católica y cuya presencia según el Reglamento, es para el militar que sea designado para asistir y participar en las mismas, como no podía ser de otro modo, voluntaria. En consecuencia ese segundo apartado de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2.010 es también conforme a Derecho.

(...)

Fallo.

Desestimamos el recurso contencioso administrativo número 312 de 2.010 interpuesto por la representación procesal de la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME) frente al Real Decreto 684/2.010, de 20 de mayo, que aprobó el Reglamento de Honores Militares y la Disposición Adicional Cuarta del mismo que confirmamos por ser conformes con el Ordenamiento Jurídico. No hacemos expresa condena en costas.

