

# JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA, AUDIENCIAS PROVINCIALES Y JUZGADOS

ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ  
*Universidad de Zaragoza*

## ENSEÑANZA

IDEARIO RELIGIOSO DE CENTROS DE ENSEÑANZA

**TSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>).** Sentencia núm. 60/2017, de 17 de febrero. JUR 2017\80181.

*Centros de enseñanza concertado: lista de alumnos admitidos: impugnación: procedencia: prevalencia del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación moral y religiosa concreta.*

### **Fundamentos de Derecho**

*Primero.* El derecho a la elección de una determinada educación religiosa y moral por parte de los padres.

Para este Tribunal es acertada la tesis de los actores cuando señalan que la Constitución en su artículo 27.3 otorga a los padres el derecho a elegir una determinada formación religiosa y moral que esté de acuerdo a sus convicciones. Es una especificación reforzada del derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 y del derecho a la libertad religiosa e ideológica del artículo 16.1 de nuestro texto constitucional que no son sino correlato de la garantía del derecho a la libertad de pensamiento del artículo 18 de la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

El artículo 26.3 de la Declaración de Derechos Humanos dice concretamente: Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. Y el artículo 4 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3

de julio (RCL 1985, 1604 y 2505), reguladora del Derecho a la Educación, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2006 (RCL 2006, 910) dice: 1. Los padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tienen los siguientes derechos: c) A que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Como bien se dice en el recurso de apelación, nuestra jurisprudencia constitucional se ha ocupado de la derivación de este derecho, que conlleva no obligar a nadie a la realización de un determinado culto religioso cuando esas no son sus creencias. Es lo que se denomina el ámbito externo de protección de ese derecho. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 101/2004 dice:

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre (RTC 1996, 177), FJ 9, la libertad religiosa «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», y asimismo, «junto a esta dimensión interna, esta libertad... 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, de 13 de febrero (RTC 1985, 19), FJ 2; 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120) FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio (RTC 1990, 137), FJ 8]». Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» [STC 46/2001, de 15 de febrero (RTC 2001, 46), FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo (RTC 1982, 24), y 166/1996, de 28 de octubre (RTC 1996, 166)] y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del artículo 16.2 CE (RCL 1978, 2836) de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 46/2001, de 15 de febrero), tales como las que se relacionan en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980 (RCL 1980, 1680), de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.

Pues bien en este caso adjudicar plaza en un Colegio católico a un niño de primer curso de educación infantil, cuando sus padres han expresado con amparo en los derechos fundamentales que han quedado reseñados, que quieren una educación laica y por tanto ajena a cualquier credo religioso, vulnera los

preceptos aludidos. No es posible considerar que la educación que se preste en un Colegio católico pueda ser ajena a la decisión de sus padres, incluso en el hipotético caso de que no se diese una verdadera educación religiosa. El ideario y carácter propio del Colegio, que naturalmente debe de trasladarse a todas sus actividades, aún para niños en tan temprana etapa escolar, los símbolos que lo identifican, las actividades ordinarias que se realizan no hacen posible compaginar el deseo de los padres con una educación adecuada para el niño. Ya dijimos cuando acordamos la medida cautelar en este mismo procedimiento (STSJ de Aragón de 20 de febrero de 2015) que la Administración debe de garantizar el acceso a la educación en consonancia con estos derechos fundamentales y uno de ellos reiteramos es la elección de una determinada educación moral y religiosa.

Y es que debemos distinguir y esto es en gran medida relevante para la resolución de este procedimiento, que el derecho que aquí se actúa, no es el establecido en el artículo 4.1.b) de la Ley 8/1985 que garantiza como derecho de los padres, el derecho a escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos, el derecho que aquí se actúa es el derecho a educar a los hijos en una determinada convicción religiosa o moral.

Recordemos que en la STC 5/1981, de 13 de febrero (RTC 1981, 5), recurso de inconstitucionalidad 189/1980 frente a la LO 5/1980, de 19 de junio (RCL 1980, 1441), por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares se dijo que «El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el artículo 27.3. de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, aunque también es obvio que la elección de centro sea un modo de elegir una determinación formación religiosa y moral». FJ8.

Y el ejercicio de este derecho ni puede estar perjudicado por la STS de 30 de marzo de 2012, que indica la Sentencia apelada y la Administración demandada, ni puede estar impedido por la normativa autonómica de regulación de los procesos de admisión de alumnos.

*Segundo.* [...] Aquí la circunstancia de no poder adjudicar al hijo de los recurrentes, plaza en un Colegio religioso debe ser considerada, como «una circunstancia excepcional debidamente justificada» que no conlleva aumentar la ratio, sino tomar las medidas adecuadas por parte de la Dirección Provincial para la correcta escolarización de los alumnos, dando cuenta al Director General. En este caso esa correcta escolarización pasa por admitir al hijo de los recurrentes en un Colegio no religioso. Pues reiteramos aquí no se está ejerciendo el derecho de los padres a elegir un determinado centro docente, sino a que la educación no sea religiosa, que no sea dada por un Centro religioso.

Y es que el conflicto que eventualmente pudiera presentarse entre mantener un determinado número de alumnos por aula y el derecho de unos padres a una educación no religiosa, debe ser resuelto en este caso concreto dando prioridad al ejercicio del derecho fundamental. No solo por la preeminencia que este tiene en nuestro derecho constitucional, pues siempre ha de ser interpretado de la forma que respete su contenido esencial (art. 10.2 de la Constitución), sino porque además, como hemos visto es escasa la incidencia que tiene en relación al aumento de número de alumnos por aula en los centros públicos, pues no debe considerarse ser calificada -en atención a lo ya razonado- como un aumento de la ratio para todos los centros.

Procede por todo ello estimar el recurso de apelación y reconocer el derecho a que el hijo de los recurrentes sea escolarizado en un Centro público de Jaca.

**Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Moncada (Valencia).** Auto de 21 de junio de 2017. AC 2017\951.

*Solicitud por el padre de que su hija menor curse sus estudios en un centro público: procedencia: la voluntad del padre se fundamenta en la libertad de conciencia y en la libertad religiosa, reconocida en el artículo 16 de la Constitución: prevalencia del derecho fundamental a la libertad religiosa y el derecho a la educación de acuerdo con las convicciones morales, pues son derechos constitucionales que deben prevalecer frente a otros intereses legítimos, pero que cuentan con menor protección jurídica.*

### **Fundamentos de Derecho**

*Segundo.* La controversia esencial entre los progenitores radica en que el padre desea que su hija menor curse sus estudios en un centro público, mientras que la madre considera preferible que esta acuda a un colegio concertado religioso por estar este más cercano a su domicilio y por los horarios del mismo, según indico esta en la vista.

En este ámbito, debemos considerar que la libertad religiosa es un derecho reconocido en el artículo 16 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) a «los individuos y comunidades». El Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 18 de Julio de 2001 [STC 154/2002 SIC (RTC 2002, 154)] y 29 de mayo de 2000 [STC 141/2000 (RTC 2000, 141)], ha declarado que los menores de edad son titulares del derecho a la libertad religiosa. El derecho a la libertad religiosa

comprende también el derecho a no profesar religión o creencia alguna, y así lo recuerda el Tribunal Constitucional en la Sentencia 46/01, de 15 de febrero de 2002 (RTC 2001, 46) .

En la Convención de Derechos del Niño (RCL 1990, 2712) se señala que: «la libertad de religión del niño es sin perjuicio de “los derechos y deberes de los padres” y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» (art. 14.2).

Por otro lado, el artículo 1 de la LO 7/80 de 5 de Julio (RCL 1980, 1680) de libertad religiosa establece: «La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

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

c) elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El artículo 6 de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio (RCL 2015, 1136) de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia establece de forma específica que: «1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión...

3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

La decisión sobre la profesión o no de una creencia religiosa, sobre la educación religiosa o moral, así como sobre la guía del niño en el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa y de culto constituye, sin duda, una de las decisiones de patria potestad. Y las posturas que puedan mantener ambos progenitores resultan igualmente respetables.

Como ha señalado la jurisprudencia, no puede darse una solución generalizada. Habrá de analizarse ponderadamente y de manera cuidadosa cada caso. Para ello habrá de acudir a los usos sociales o familiares. O, en su caso, al pacto habido entre las partes o incluso a las propias valoraciones que cada progenitor haga de la cuestión (autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de noviembre de 2008 [AC 2009, 179] de la Audiencia Provincial de Burgos de 9 de febrero de 2017 (JUR 2017, 111933), entre otros].

*Tercero.* En el presente caso, no existen pactos previos sobre la educación de la menor, pues precisamente el próximo curso escolar comienza su etapa en el colegio, ya que se encuentra en el último año de guardería. El hecho de que la niña esté bautizada no resulta especialmente relevante, pues en nuestro contexto cultural se trata de una tradición social y ello no implica necesariamente una apuesta de futuro por una formación de tipo religioso o de carácter público. Tampoco la custodia aporta en este caso ningún elemento para fundamentar la decisión judicial, al tratarse de una custodia compartida que fue pactada por las partes. Por tanto, resulta necesario analizar las motivaciones de los padres, en relación con su libertad de conciencia y su libertad religiosa. Además, el hecho de que la madre haya realizado la preinscripción en el centro concertado no ha de resultar vinculante: no puede imponerse hechos consumados llevados a cabo sin la necesaria opinión del padre, a pesar de que este pidió a la madre que contara con su punto de vista, como queda acreditado con los correos electrónicos aportados.

En este sentido, la madre indicó en la vista que la motivación principal para que su hija se matricule en el colegio Sagrado Corazón no es de tipo religioso, sino de horarios y ubicación geográfica del centro que se ajusten a su situación personal. La demandada señaló en la comparecencia que no es practicante en el ámbito religioso. Y que el hecho de que quiera que la niña acuda a dicho centro no se basa en que desee una formación religiosa para la menor, pues desde esa perspectiva remarcó que le resulta indiferente que su hija vaya a un colegio público o concertado.

Por otro lado, el padre sí que se centró en su voluntad de que la niña acuda a un centro público, por entender que no le parece adecuado por sus convicciones morales que a la menor se le imponga una enseñanza con un ideario religioso. Y también explicó que no le importa que la niña pueda participar en esas decisiones sobre formación religiosa a partir de los 9 años o cuando tenga una madurez suficiente, pero que no está de acuerdo con que ello ocurra a tan corta edad.

Por tanto, la voluntad del padre se fundamenta en la libertad de conciencia y en la libertad religiosa, reconocida en el artículo 16 de la Constitución (RCL 1978, 2836). Además, el artículo 27-3 del texto constitucional establece que «los poderes públicos garantizan 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».

Al comparar ambas voluntades, se desprende que las motivaciones de la madre resultan legítimas, desde la perspectiva de que el horario del centro se adapte a su situación personal o a la ubicación geográfica que le resulte más favorable. Sin embargo, en la vista la demandada no fundamentó su petición en un derecho fundamental. En cambio, el padre sí que basa su solicitud en el derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia, así como en el derecho fun-

damental a que su hija reciba una formación moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Por ello, entendemos que debe prosperar la solicitud del padre, ante el carácter preferente de los referidos derechos fundamentales.

Debe remarcarse que los derechos fundamentales regulados en los artículos 16 y 27 de la Constitución se encuentran en la Sección 1.ª del Capítulo segundo del Título primero del texto constitucional. Por ello, gozan de la máxima protección constitucional, en virtud del artículo 54-2 de nuestra Carta Magna. En consecuencia, dicha protección constitucional resulta preferente a la que se pueda dispensar a otras situaciones que no tengan el mismo rango de tutela jurisdiccional.

En relación con el centro concreto, a pesar de que el padre alegó que le resultaba más viable que la menor se matriculara en el colegio público El Cristo, debemos considerar que el colegio público Mediterrani se encuentra junto a la guardería a la que actualmente acude la niña. Y que la madre indicó que su ubicación geográfica resulta positiva para su situación personal, al resultar también cercana a su domicilio. Por ello, con la finalidad de conciliar los intereses personales de ambas partes, consideramos más adecuado que la menor se matricule en el colegio público Mediterrani, sin perjuicio de que subsidiariamente pueda ser matriculada en el colegio público El Cristo si no hubiera plazas en dicho centro.

Debe valorarse que, desde la perspectiva del interés de la menor, no existen diferencias entre la circunstancia de que la menor acuda al centro público o al concertado religioso, pues ambos cuentan con similar ubicación geográfica y con prestaciones parecidas. En este caso, lo que se considera prevalente es el derecho fundamental a la libertad religiosa y el derecho a la educación de acuerdo con las convicciones morales, pues son derechos constitucionales que deben prevalecer frente a otros intereses legítimos, pero que cuentan con menor protección jurídica.

#### OFERTA OBLIGATORIA DE LA ENSEÑANZA RELIGIOSA

**TSJ La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).** Sentencia núm. 322/2017, de 2 noviembre. JUR 2017\306436.

*Derecho a recibir enseñanza religiosa islámica en los centros docentes públicos a los que asisten: procedencia: acreditación de que la Comisión Islámica de España ha cumplido con la obligación establecida por el artículo 10.2 de la Ley 26/1992, al designar los profesores de religión islámica para la Rioja, listado de profesores sobre que no se cuestiona en la resolución denegatoria impugnada, ni tampoco en aquella sobre la que esta resuelve en alzada: el número de demandantes de enseñanza religiosa en los centros a los que acuden los hijos de la demandante superan la ratio exigida para impartirla.*

## Fundamentos de Derecho

*Primero.* Se interpuso el recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra la resolución de 06 de abril de 2017 de la Consejería de Educación, Formación y Empleo del Gobierno de La Rioja, desestimatoria de la solicitud de reconocimiento del derecho a recibir enseñanza religiosa islámica por los hijos de la demandante en un centro docente público, al amparo de los artículos 14 y 27.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y de las normas de desarrollo de éstos. En particular, de la Ley Orgánica 8/1985, de 10 de julio, reguladora del derecho a la educación, la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre (RCL 1990, 2045) de Ordenación General del Sistema Educativo y el artículo 10 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre (RCL 1992, 2421) por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

Idéntica cuestión ha sido resuelta por esta Sala en el P. O 75/207 (Ponente Ilma Sra. Ortiz Lallana). Sentencia de fecha 11 de octubre de 2017.

La cuestión planteada en el presente recurso es si la actuación administrativa objeto del mismo debe considerarse ajustada o no a derecho, en la medida en que se desestima la solicitud de reconocimiento del derecho de los hijos de la recurrente a recibir enseñanza religiosa islámica en centros docentes públicos a los que asisten durante el curso 2017-2018, amparada dicha solicitud en los artículos 14 y 27.3 de la Constitución Española y de las normas de desarrollo de éstos y si, por tanto, en dicha actuación se vulneran los derechos fundamentales invocados por la reclamante.

La pretensión deducida en la demanda interesa que se haga efectiva la aplicación del citado artículo 10 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, para la impartición de la asignatura de religión islámica en el colegio de sus hijos.

Debe enjuiciarse, por tanto, en primer lugar, si en el supuesto controvertido se ha producido la pretendida vulneración de los derechos fundamentales invocados y para ello debe tenerse en cuenta que el artículo 53.1 de la Constitución, tras precisar que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero vinculan a todos los poderes públicos, distingue los derechos y libertades fundamentales de los principios rectores de la política social y económica. Y dentro de tales derechos y libertades fundamentales distingue a su vez los reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo (arts. 14 al 29), por tratarse de derechos y libertades básicos que

la Constitución configura como directamente operativos. A tales derechos y libertades fundamentales les dispensa el artículo 53.2 una protección judicial reforzada a través del amparo ordinario y el amparo constitucional. Por lo tanto, es evidente que al corresponder a los tribunales ordinarios la tutela judicial mediante el amparo ordinario de tales libertades y derechos fundamentales, la norma directamente a aplicar en tales casos sea precisamente la Constitución. Así se desprende de la simple lectura del artículo 53 de la Constitución que, como ha señalado la doctrina científica y constitucional, ha querido ofrecer un estatuto completo de la libertad y, en el supuesto de que alguna ley (que habrá de ser orgánica, según el art. 81.1) desarrolle ulteriormente tales derechos y libertades, deberá hacerlo respetando «en todo caso, su contenido esencial» (art. 53.1 de la CE).

Pues bien, dispone el artículo 14 CE que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». En el artículo 16 CE «1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones» y el artículo 27.3 CE establece que «Los poderes públicos garantizan 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».

Con la finalidad de dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 27.3 CE, así como en sus normas de desarrollo –Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio (RCL 1985, 1604), Reguladora del Derecho a la Educación, y la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo–, el artículo 10 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España «se garantiza a los alumnos musulmanes, a sus padres y a los órganos escolares de gobierno que lo soliciten, el ejercicio del derecho de los primeros a recibir enseñanza religiosa islámica en los centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en contradicción con el carácter propio del centro, en los niveles de educación infantil, educación primaria y educación secundaria.» El apartado 2 del mismo artículo establece que la enseñanza religiosa islámica será impartida por profesores designados por las Comunidades pertenecientes a la Comisión

Islámica de España, con la conformidad de la Federación a que pertenezcan. Y según el apartado 3, los contenidos de la enseñanza religiosa islámica, así como los libros de texto relativos a la misma, serán proporcionados por las Comunidades respectivas, con la conformidad de la Comisión Islámica de España.

Las normas fundamentales invocadas por la recurrente (artículos 14 y 27.3 de la Constitución española de 1978), como ya expresara esta Sala en su sentencia n.º 176/2008, de 11 de julio de 2008, admiten, naturalmente, la posibilidad de que las personas tengan distintas creencias y, precisamente por ello, se garantiza a los padres el derecho de que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones y, en este caso, el derecho invocado por la actora es precisamente el derecho que tiene a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Al cumplir un deber natural hacia sus hijos, de quienes les corresponde prioritariamente «asegurar la educación y la enseñanza», los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Por lo tanto, el derecho fundamental de los padres consignado en el artículo 27.3 de la Constitución, a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, veda la intervención estatal para imponer criterios morales como el adoctrinamiento ideológico, pero «no se niega la facultad del Estado de planificar y organizar la enseñanza y por ende de incorporar al currículo educativo unas u otras enseñanzas». (Por todas STC /2014, de 24 de febrero de 2014).

En este sentido, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (RCL 1980, 1680), de Libertad Religiosa, dispone en su artículo 7.1 que: «el Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales,» y en el ámbito educativo, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo (RCL 2006, 910), de Educación, en la disposición adicional segunda, señala que: «la enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de Esparza, la Comisión islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas». El invocado artículo 10 de la ya citada Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, como se ha di-

cho, garantiza a los alumnos musulmanes, a sus padres y a los órganos escolares de gobierno que lo soliciten, el ejercicio del derecho de los primeros a recibir enseñanza religiosa islámica en los centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en contradicción con el carácter propio del centro, en los niveles de educación infantil, educación primaria y educación secundaria; en su apartado 2 del mismo artículo establece que la enseñanza religiosa islámica será impartida por profesores designados por las Comunidades pertenecientes a la Comisión Islámica de España, con la conformidad de la Federación a que pertenezcan y, según el apartado 3, los contenidos de la enseñanza religiosa islámica, así como los libros de texto relativos a la misma, serán proporcionados por las Comunidades respectivas, con la conformidad de la Comisión Islámica de España.

De otra parte, según lo indicado en la disposición adicional segunda.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, la determinación del currículo y de los estándares de aprendizaje evaluables que permitan la comprobación del logro de los objetivos y adquisición de las competencias correspondientes a la asignatura Religión será competencia de las respectivas autoridades religiosas. Las decisiones sobre utilización de libros de texto y materiales didácticos y, en su caso, la supervisión y aprobación de los mismos corresponden a las autoridades religiosas respectivas, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos suscritos con el Estado español. Por ello, los contenidos de la enseñanza religiosa islámica, así como los libros de texto y material didáctico relativos a la misma, serán establecidos por la Comisión Islámica de España de acuerdo con los preceptos anteriores, y, por todo ello, la Comisión Islámica de España ha remitido a la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial el currículo de la enseñanza de Religión Islámica para la Educación Infantil, para su publicación, la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial ha comprobado que el currículo remitido respeta el ordenamiento jurídico español y fruto de todo ello, son las Resoluciones de la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial por la que se publican respectivamente los currículos de la enseñanza de Religión Islámica de la educación Infantil (Resolución de 14 de marzo de 2016. *BOE* 18 de marzo), educación Primaria (Resolución de 26 de noviembre de 2014. *BOE* 11 de diciembre) en la Educación Secundaria obligatoria y Bachillerato (Resolución de 14 de marzo de 2016. *BOE* 18 de marzo)

En definitiva, del conjunto normativo y jurisprudencial referenciado se extrae que el reconocimiento del derecho fundamental invocado debe ajustarse, para su ejercicio, al cumplimiento de los requisitos organizativos de la docencia legalmente establecidos.

A tal efecto, en el supuesto ahora controvertido queda acreditado por la documentación aportada a las actuaciones, en primer lugar, que la propia Comisión Islámica se presenta como interlocutor directo. Prueba de ello es la solicitud de su Presidente a la Consejería de Presidencia para mantener una reunión (p. 77 vto.) que, posteriormente, se produce con el Consejero de Educación (p. 75), así como las comunicaciones entre dicha Comisión y esta última Consejería, aportando el listado de profesores (pp. 73 vto. y 74), solicitando el número de solicitudes por centro docente (pp. 78 a 79 vto) y enviando dicho listado (pp. 76 y 77).

En segundo lugar, del conjunto de la documentación aportada y ya enumerada se extrae, como se ha dicho, que dicha Comisión actúa como interlocutor directo de la Consejería de Educación del Gobierno de La Rioja y que ésta no cuestionó su interlocución. Antes bien, se reunió, recibió comunicaciones y las respondió enviando la documentación solicitada y, al respecto no consta que la obligación de designación expresa de un interlocutor directo, como exige el Gobierno de La Rioja, encuentre respaldo normativo en las disposiciones aplicables, ni constan tampoco las discrepancias entre las dos principales comunidades islámicas asentadas en La Rioja y los planteamientos discrepantes mantenidos por cada una de ellas en relación con este asunto, sobre las que no se precisa cuales son. A mayor abundamiento, no está de más recordar que el Real Decreto 1348/2011, de 14 de octubre, por el que se desarrolla el artículo 1 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, (BOE núm 255, de 22 de octubre de 2011), establece cómo dicha Comisión (CIE) se constituyó «como órgano representativo del Islam en nuestro país, a la que se incorporan la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas y la Unión de Comunidades Islámicas de España» y establece un procedimiento legal estos efectos. Y no alcanza relevancia para desvirtuar el contenido de lo actuado el cuestionamiento por la Comunidad Autónoma de quien firma los distintos documentos anteriormente enumerados como Presidente de dicha Comisión mediante el contenido de la Sentencia del TSJ de Madrid, n.º 249 de 27 de abril de 2017, porque, en ella, el recurso se interpone contra la resolución que acordó anotar en el Registro de entidades religiosas, entre otros extremos la designación del firmante como representante legal de la Comisión Islámica de España (CIE) y la resolución que la confirmó (FD Primero) y el fallo desestima el recurso frente a ambas resoluciones

En tercer lugar, consta acreditado que la Comisión Islámica de España ha cumplido con la obligación establecida por el artículo 10.2 de la Ley 26/1992, al designar los profesores de religión islámica para la Rioja (pp. 73 vto. y 74);

listado de profesores sobre que no se cuestiona en la resolución denegatoria impugnada, ni tampoco en aquella sobre la que esta resuelve en alzada.

Por último, consta acreditado el número de demandantes de enseñanza religiosa en los centros a los que acuden los hijos de la demandante (pp. 76 vto y 77), que superan la ratio exigida para impartirla.

Por todo ello debe concluirse que el derecho fundamental de los hijos de la recurrente a recibir enseñanza religiosa islámica, en los centros docentes públicos a los que asisten para el curso 2017-2018, ha sido indebidamente denegado por la resolución recurrida.

No empaña tal conclusión, el contenido de la sentencia de esta Sala N.º 63/2017, de 23 de febrero de 2017, invocada por la Administración educativa pues, en contra de lo sostenido por esta última, las circunstancias fácticas concurrentes en ella eran distintas a las ahora acaecidas. Baste recordar que, entre otros extremos diferenciales, se lee en ella: «No consta en los autos que, como opone la Consejería, se haya comunicado a ésta la designación de profesor para impartir la docencia en religión islámica».

En atención a todo ello, el recurso debe ser estimado.

#### PROFESORES DE RELIGIÓN

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social.**  
Sentencia 2537/2017, de 11 de mayo de 2017, Rec. 613/2017.

*Profesora despedida tras instar a probar una bebida alcohólica a su alumno menor y musulmán.*

#### **Fundamentos de Derecho**

Tercero. 1. Entrando en el fondo del asunto, no podemos compartir la censura que ha articulado la recurrente, porque las conductas que han quedado descritas son lo suficientemente grave para considerar que el despido es procedente. En particular, la transgresión de la buena fe contractual es un concepto abierto al mundo de las valoraciones sociales, con cuya introducción se ha buscado la incorporación al ordenamiento jurídico de un factor de flexibilización, capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores de la sociedad. Por ello, a la hora de decidir sobre el contenido de mandatos como la buena fe, ha de partirse, en primer término, de la totalidad de las representaciones de valor fijadas en la Constitución que la sociedad ha alcanzado en un de-

terminado momento de su desarrollo cultural (STC 192/2003, de 27/Octubre (RTC 2003, 192)). Aparte de que está sujeto a la apreciación de los Tribunales de instancia (SSTS –Sala 1.ª– 30/03/88 Ar. 2570; y 09/10/93 Ar. 8174), siquiera (STS –Sala 1.ª– 05/07/90 Ar. 5776) no obsta para considerarla a la vez concepto jurídico deducido libremente por el Tribunal valorando los hechos que le sirvieron de origen, dentro de los acreditados que a ella se refieran (STS –Sala 1.ª– 04/11/94 Ar. 8373). La buena fe que debe inspirar la conducta de toda persona en el ejercicio de sus derechos y obligaciones se contempla no sólo en el ordenamiento jurídico común [artículo 7.1 CC (LEG 1889, 27)], sino también en el ordenamiento jurídico laboral, por ser consustancial al contrato de trabajo –artículo 20.2 ET (RCL 2015, 1654)– y de observancia obligada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones laborales –artículo 5.a) ET– (SSTS 17/10/85 Ar. 5152; y 24/10/89 Ar. 7423).

No obstante, no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica el despido, sino aquella que por ser grave y culpable «suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador» (SSTS 22/05/86 Ar. 2609; y 04/03/91 Ar.1822), lo que nos llevará a la necesaria graduación de las conductas a la que haremos referencia a continuación. Aunque, por otro lado, para que se produzca la transgresión de la buena fe contractual solamente se precisa la existencia de una relación laboral, la violación de los deberes de fidelidad y que el trabajador actúe con conocimiento de su conducta vulneradora, aunque no exija la concurrencia de un dolo específico, al conformarse el artículo 54.1 ET con un incumplimiento grave y culpable (SSTS 24/02/84 Ar. 918; 11/09/86 Ar. 5134; 21/07/88 Ar. 6220; y 24/01/90 Ar. 206).

Aunque para enjuiciar si en el cumplimiento de dicha obligación el trabajador ha transgredido la buena fe y si dicha conducta merece la máxima sanción de despido, ha de tenerse en cuenta el cargo que en la empresa ocupa y sus circunstancias personales y profesionales (SSTS 17/10/85 Ar. 5152; y 24/10/89 Ar. 7423). Es más, los deberes de buena fe adquieren especial relevancia y deben ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos singulares y de jefatura en la empresa (SSTS 21/12/87 Ar. 8991; 27/12/87 Ar. 9042; 29/03/88 Ar. 2404; y 03/10/88 Ar. 7498). No ha de olvidarse que la despedida era la «encargada de establecimiento», y la diligencia que ha de exigirse con mayor rigor en función de la responsabilidad del puesto desempeñado y confianza que en el trabajador depositó la empresa (STS 05/10/90 Ar. 7530).

2. Vista la conducta imputada, llegamos a la consideración de que integra una infracción muy grave, al emplear la postulada doctrina gradualista. Y puntualizaremos que, con arreglo a la doctrina jurisprudencial dictada respecto de la calificación de los hechos y la valoración de las conductas en materia de

despido, las infracciones que tipifica el artículo 54.2 ET, para erigirse en causas que justifiquen sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado artículo 54.2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente (STS 30/05/92 Ar. 3626).

Por ello, la actuación de las partes ha de ser enjuiciada a la luz de los principios de individualización y de proporcionalidad: a) individualización, en cuanto ha de estarse a las peculiaridades de cada caso sometido a decisión, con sus específicos elementos, entre los cuales cobra especial relieve el factor personal y humano; y b) proporcionalidad, en cuanto ha de establecerse un criterio gradualista para que exista la adecuada coherencia entre las conductas enjuiciadas, la sanción y las personas afectadas (STS 20/03/90 Ar. 2182). De esta forma, con arreglo a esta teoría gradualista es obligado el examen individualizado de cada caso concreto en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de la existencia de provocación previa, etc., de tal manera que sólo cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción de despido que es también, la más grave prevista en la escala de las que pueden ser impuestas por la comisión de faltas en el trabajo (STS 17/11/88 Ar. 8598). En otras palabras, «las infracciones que tipifica el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, para erigirse en causas que justifiquen sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado artículo 54.2 si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente» (STS 30/05/92 Ar. 3626).

Son manifestaciones de esta doctrina –que deriva de las SSTS 01/07/77 Ar. 3276 y 26/11/77 Ar. 4624, donde se excluye el rigor sancionador por el juez *a quo*– las SSTS 20/12/99 Ar. 2000\524; 10/11/98 Ar. 9550; 18/06/93 Ar. 6291; ...; 19/10/90 Ar. 7930; 24/09/90 Ar. 7040; 07/05/90 Ar. 3971, etc. Y de ella se hizo

aplicación –Sólo entre las más recientes– en SSTSJ Galicia 30/01/17 R. 4025/16, 07/12/16 R. 3741/16, 20/10/16 R. 2280/16, 12/05/16 R. 690/16, 21/10/15 R. 2674/15, 09/09/15 R. 2603/15, 03/07/15 R. 1876/15, etc.

3. Además, se ha de recordar –para todas, SSTSJ Galicia 07/12/16 R. 3741/16, 20/10/16 R. 2280/16, 12/05/16 R. 690/16, 18/02/16 R. 4746/15, 09/09/15 R. 2603/15, 09/03/15 R. 5045/14, 22/01/15 R. 3877/14, etc.– que: (a) La transgresión de la buena fe constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la ejecución del contrato de trabajo –artículos 5.a) y 20.2 ET– y el abuso de confianza constituye una modalidad cualificada de aquélla, consistente en el uso desviado de las facultades conferidas, con lesión o riesgo para los intereses de la Empresa (SSTS 26/02/91 Ar. 875 y 18/05/87 Ar. 3725); (b) la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traducándose el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y pudiendo definirse la buena fe en sentido objetivo como un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (artículos 7.1 y 1.258 CC) y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (SSTS 21/01/86 Ar. 312, 22/05/86 Ar. 2609 y 26/01/87 Ar. 130); (c) la esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no queda enervada por la inexistencia de perjuicios (SSTS 08/02/91 Ar. 817 y 09/12/86 Ar. 7294), siquiera en ocasiones haya sido considerado el mismo como uno de los factores a ponderar en la valoración de la gravedad (SSTS 30/10/89 Ar. 7462); (d) de igual manera que no es necesario que la conducta tenga carácter doloso, pues también se engloban en el artículo 54.2.d ET las acciones simplemente culposas, cuando la negligencia sea grave e inexcusable (SSTS 30/04/91 Ar. 3397, 04/02/91 Ar. 794, 30/06/88 Ar. 5495, 19/01/87 Ar. 66, 25/09/86 Ar. 5168 y 07/07/86 Ar. 3963...); (e) a los efectos de valorar la gravedad y culpabilidad de la infracción pasan a un primer plano la categoría profesional, la responsabilidad del puesto desempeñado y la confianza depositada, agravando la responsabilidad del personal directivo (así, entre tantas otras, las SSTS 18/03/91 Ar. 1872, 14/02/90 Ar. 1086, 30/10/89 Ar. 7462, 24/10/89 Ar. 7424, 20/10/89 Ar. 7532, 12/12/88 Ar. 9595, 18/04/88 Ar. 2978 y 16/02/86 Ar. 784).

Aparte de que –por lo que se refiere a los hurtos en concreto– «... la gravedad de este incumplimiento, en cuanto vulneración de un deber ético esencial

en la relación de trabajo con el consiguiente quebrantamiento de la confianza en que ésta se funda, es apreciable sin necesidad de que se produzca una reiteración de la conducta infractora y con independencia de la cuantía de la cantidad sustraída...» (SSTS 16/11/87 Ar. 7982; y 03/10/88 Ar. 7503).

4. Por lo tanto, la conducta de la actora consistente en humillar a un estudiante musulmán, dar a probar una bebida alcohólica a un menor de edad; corregir a un alumno como si su trabajo estuviese mal, cuando no lo era; e insultar a un alumno con necesidades especiales (TADH), conociendo su situación, lo que provocaba un retroceso en la labor realizada en otras áreas; integra –sin dudas– una conducta lo suficientemente grave como para justificar la medida adoptada y desestimar el recurso, porque infringe las más básicas exigencias a un docente o educador y se producen de manera reiterada y no meramente aislada, lo que comporta una transgresión de la buena fe contractual o un abuso de la confianza depositada en ella. Y ello, con independencia de que la conducta de la actora podría encuadrarse en la letra g) del artículo 54 ET, siquiera sería discutible al entrañar un acoso a un alumno (cliente) y no al empresario u otros compañeros.

**TSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>).** Sentencia núm. 330/2017, de 14 junio. JUR 2017\188981.

*Enseñanzas no universitarias: profesorado: proceso selectivo para la cobertura de plaza de personal laboral temporal de titulado medio de actividades específicas, profesor de educación primaria: bases de convocatoria: requisito de estar en posesión de la DECA: vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad: existencia: al implicar una reserva de docencia a favor de quien posee la DECA en detrimento de los titulados como maestros de educación primaria o con el título de grado equivalente, personas cualificadas para impartir docencia en todas las áreas de este nivel educativo, pero que no puede acceder a la plaza convocada por no poseer un documento que solo acredita la idoneidad para impartir una de las asignaturas, la de religión: anulación procedente.*

### **Fundamentos de Derecho**

*Cuarto.* Sobre la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Estimación del recurso:

No se puede negar que la Administración convocante de un proceso selectivo de personal a su servicio dispone de un cierto margen de actuación a la

hora de regular las pruebas de selección, y en particular, al determinar los méritos y capacidades que se tomarán en consideración.

Pero esta actuación encuentra su límite en la obligación de respetar los principios constitucionales objeto de estudio, de modo que la Administración al determinar los requisitos de acceso al empleo público, y ello es predicable tanto para el personal fijo como para el temporal, solo podrá fijar aquellos que respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad (sentencias TC 293/1993, 353/1993, 363/1993 y 185/1994), impidiendo que dicha labor se haga en términos concretos e individualizados, que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas, colocando en una situación desfavorable a quienes no los reúnan.

Y esto es lo que sucede en el presente caso con la exigencia que contiene las bases impugnadas, de que el candidato que haya de ser seleccionado para impartir docencia en Educación primaria, esté en posesión de la DECA.

La titulación exigida para ocupar la plaza litigiosa era la de Maestro de Educación primaria, profesor de educación primaria o equivalente, y CELGA-4 u otros estudios declarados equivalentes por la Administración educativa de la Xunta de Galicia. Indicándose en la convocatoria como funciones o y tareas principales las de Impartir clase de educación primaria.

A la convocatoria litigiosa le siguieron otras tanto para la cobertura de plazas de profesor de Educación secundaria como de educación primaria, comprobándose a través de la documental incorporada al expediente administrativo y obrante en las actuaciones, que el requisito de estar en posesión de la DECA se exigía únicamente cuando se trataba de impartir docencia en un determinado nivel educativo (Educación primaria), y no para impartirla en otros niveles educativos como la ESO, salvo en la convocatoria para la cobertura de una plaza de profesor de ESO y Bachillerato, especialidad religión, en la que sí se exigió dicho requisito, circunstancia que sin embargo no podría ser objeto de reproche, pues tal exigencia se hacía por mandato de la Disposición adicional tercera de la LOE (RCL 2006, 910), según la cual:

1. 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.

Pero no se puede decir lo mismo de la convocatoria litigiosa, que lo era para ocupar una plaza de profesor de Educación primaria, indicándose en la convocatoria como funciones o y tareas principales las de Impartir clase de educación primaria.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 16.1 y 18 de la Ley Orgánica 2/2006, la educación primaria es una etapa educativa que comprende seis cursos académicos, y se organiza en áreas, que tendrán un carácter global e integrador.

Es verdad que en cada uno de los cursos los alumnos deben cursar tres asignaturas específicas, una de las cuales puede ser la de religión, pues conforme a lo dispuesto en la Disposición adicional segunda de la Ley 2/2006, la religión católica debe incluirse como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos y alumnas.

Pero al lado de estas asignaturas específicas los alumnos deben cursar las siguientes asignaturas troncales en cada uno de los cursos: Ciencias de la Naturaleza, Ciencias Sociales, Lengua Castellana y Literatura, Matemáticas. Primera Lengua Extranjera; además del área Lengua Cooficial y Literatura en el bloque de asignaturas de libre configuración autonómica en aquellas Comunidades Autónomas que poseen dicha lengua cooficial.

Una organización semejante se recoge en el artículo 24 para el primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria, solo que cambiando las materias generales del bloque de asignaturas troncales, y añadiendo una materia de opción en el bloque de asignaturas troncales, y manteniendo la Religión como materia dentro del bloque de asignaturas específicas, con carácter voluntario para el alumno.

Y así como la Administración demandada a la hora de ofertar plazas para el curso académico 2015/2016, de profesor de educación secundaria en el Centro Salvador Moreno de Vigo, cuando lo fue para impartir la asignatura de religión así lo especificó en la convocatoria, de manera que el perfil de la plaza fue la de profesor especialidad en religión, y ello justificaba la exigencia de estar en posesión de la DECA –exigencia que no se incluyó en la convocatoria para la cobertura de plazas de profesor de ESO sin especialidad–, sin embargo no siguió el mismo criterio cuando convocó la cobertura de plazas de profesor de educación primaria, y no específicamente de profesor de religión, pues exigió como requisito para acceder al puesto de trabajo convocado, estar en posesión de la DECA.

Ha de tenerse en cuenta que el artículo 93 de la LOE (Profesorado de educación primaria) exige únicamente tener el título de Maestro de educación primaria o el título de Grado equivalente, para impartir las enseñanzas de educación primaria (sin perjuicio de la habilitación de otras titulaciones universitarias que, a efectos de docencia pudiera establecer el Gobierno para determinadas áreas).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 93.2 de la LOU (RCL 2001, 3178)

La educación primaria será impartida por maestros, que tendrán competencia en todas las áreas de este nivel.

Y solo se podrá exigir una especialización o cualificación determinada si se trata de impartir docencia en música, educación física, idiomas extranjeros o de aquellas otras enseñanzas que determine el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas.

La exigencia de la DECA determina la idoneidad para la impartición de la asignatura de religión, pero no exigible para la impartición del resto de las asignaturas pertenecientes al nivel educativo que estamos tratando (Educación primaria).

La Administración demandada, en este caso, al convocar la cobertura de una plaza con el perfil de profesor de educación primaria, y no como profesor de religión, no podía exigir la DECA, pues en la convocatoria ya se indicaban como funciones o ytareas principales las de Impartir clase de educación primaria; de manera que la exigencia de aquel requisito a quien va a tener por cometido la impartición de otras asignaturas que no sea religión y donde la impartición de esta asignatura va a tener un carácter residual, como así se demostró, conculca los principios de igualdad, mérito y capacidad, al impedir el acceso a profesores que están plenamente capacitados para el desarrollo de tales funciones principales, desde el momento en que reúnen los requisitos de titulación que exige la convocatoria de la plaza.

La exigencia de la DECA, trasladada al caso que nos ocupa, en el que se ha demostrado que la docencia impartida por la profesora seleccionada no ha sido únicamente en la asignatura de religión (4 horas semanales de 50 minutos cada una, repartidas entre los lunes, martes y viernes), sino que la impartición de asignaturas como lengua (4 clases de refuerzo), matemáticas (5 clases de refuerzo), plástica (2 clases), y gallego (7 clases), ha representado la mayor carga docente (18 horas semanales), ha conculcado los principios de igualdad, mérito y capacidad, al implicar una reserva de docencia a favor de quien posee la DECA en detrimento de los titulados como Maestros de educación primaria o con el título de Grado equivalente, personas cualificadas para impartir docencia en todas las áreas de este nivel educativo, pero que no puede acceder a la plaza convocada por no poseer un documento que solo acredita la idoneidad para impartir una de las asignaturas, la de religión.

Esta reserva de docencia a favor de quienes poseen la DECA, que ha dotado a la selección de profesores de educación primaria –como denuncia la apelante– de un determinado sesgo religioso, se ha puesto además de manifiesto en el hecho de que tal forma de actuar no constituyó una práctica excepcional para la cobertura de la plaza litigiosa, sino que se repitió en la contratación de

otros tres profesores de educación primaria en el curso académico 2015/2016, y desapareció en cambio en el curso académico siguiente tras la impugnación judicial que dio lugar a este procedimiento.

No es que la Administración en virtud de la potestad de autoorganización, y con el fin de concentrar en una única persona la impartición de varias asignaturas, exija la DECA por incluir entre ellas la de religión, sino que su actuación se ha convertido en una práctica del centro rechazable jurídicamente, al exigir la DECA para cubrir una plaza donde la mayor parte de la carga docente la representa la impartición de docencia en otras asignaturas que no son la de religión, de modo que lo correcto sería convocar una plaza como profesor de religión, exigiendo la DECA, y convocar otra u otras plazas como profesor de educación primaria, convocando así un proceso selectivo en el que puedan concurrir los profesores que no estén en posesión de aquel documento, pero que sí están legalmente capacitados para hacerlo por razón de la titulación que poseen.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1.ª).** Sentencia núm. 17/2017, de 13 de octubre. AS 2017\1885.

*Jornada laboral: derecho a completar su horario lectivo con la docencia en otras áreas educativas: desestimación; inexistencia de discriminación, por tratarse de distintos regímenes jurídicos: personal docente no universitario y profesores de religión de centros públicos.*

**Fundamentos jurídicos**

*Segundo.* Respecto a la alegada vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley [...] en este caso la diferencia de trato consistente en que a diferencia del resto de los profesores de educación primaria y secundaria, a los de religión no se les permite completar su horario lectivo con unas determinadas tareas, se debe a que se trata de situaciones diferentes al tener los afectados por el conflicto un régimen distinto respecto al del personal docente por cuanto se rigen por el estatuto de los trabajadores no por el estatuto básico del empleado público y sobre todo y fundamentalmente por las reglas de acceso a la docencia en las que se valoran no solo sus conocimientos sino otros extremos que tienen un carácter un tanto subjetivo como es la declaración de idoneidad, por tanto estamos ante regímenes distintos que justifican la diferencia de trato de ahí que no se aprecie la denunciada infracción del derecho fundamental a la igualdad.

*Cuarto.* El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 3 de agosto de 1979 (RCL 1979, 2965 y RCL 1980, 399) suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede dispuso que la enseñanza de la Religión sería impartida por las personas que fueran designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario Diocesano propusiera para ejercer esta enseñanza.

La disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo (RCL 2006, 910) de Educación establece 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» y que «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 (RCL 2015, 1654), con las respectivas Administraciones competentes».

El Real Decreto 696/2007, de 1 de junio (RCL 2007, 1120), por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión, establece en su artículo 3 que «para impartir las enseñanzas de religión será necesario 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 (RCL 2006, 910), 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».

*Quinto.* Tal como consta en los hechos probados el contrato de trabajo celebrado por el profesorado de religión al amparo del citado RD se lleva a cabo para realizar las tareas propias de la religión y moral católica y por tanto estando destinados específicamente a la impartición de estas materias, la Circular objeto de impugnación no infringe la normativa que regula la relación de estos profesores puesto que el contenido del contrato de trabajo viene definido por el conjunto de cometidos que el trabajador se compromete a realizar en cumplimiento de lo expresamente pactado y la Administración demandada lo que hizo a través de aquella fue aclarar a las direcciones de los centros el modo de ejecutar la aplicación de los apartados 100 y 115 de la Resolución de 6 de agosto de 2001 al detectar que se producían diversas irregularidades, pues estando contratados exclusivamente para impartir religión no cabe que participen en la docencia de otras áreas del currículo.

El profesor de religión lógicamente podrá sustituir a otro profesor de religión en caso de enfermedad, ausencia, etc. pero con independencia de su buena voluntad y disposición, lo que no podrá es impartir áreas como matemáticas, lengua extranjera o educación física, para las que no tiene atribución docente y lo mismo sucede con la docencia compartida o el apoyo a otro maestro que sólo podrá realizarse entre profesores de religión, pues, se insiste, están contratados específica y exclusivamente para impartir religión.

*Sexto.* En educación primaria podrán completar su horario con las tareas de coordinación de los programas de apertura de centros y de Integración de Nuevas Tecnologías y en secundaria con las tareas de coordinadores o responsables de programas institucionales y un periodo lectivo para otras coordinaciones que el centro establezca en su Programación General Anual.

Por último en el caso de las tutorías ya queda dicho que la Circular ha sido modificada en agosto pasado tras revisar la sentencia de la Sala IV del TS de 19-10-2010, posibilitando que las direcciones de los centros pudieran atribuir tutorías de ESO y de Bachillerato pero siempre que impartan docencia al grupo completo.

Es de significar en lo que aquí interesa que esta sentencia del Tribunal Supremo se confirma la sentencia del TSJ de Canarias y que tras indicar que los profesores de Religión en determinadas circunstancias pueden ostentar puestos tales como Jefes de Departamento (que en Asturias no es posible toda vez que no existe departamento de Religión (f. 48), y tutores de un grupo de alumnos teniendo derecho a los oportunos descuentos lectivos, declara expresamente que estos no podrán alcanzar a otras dedicaciones distintas de la enseñanza de Religión para las que han sido específicamente contratados en las especiales condiciones reguladas en la Disposición Adicional tercera de la LO 2/2006, de 3 de mayo (RCL 2006, 910) y en el RD 696/2007, de 1 de junio (RCL 2007, 1120).

Finalmente señalar que las sentencias del TSJ de Galicia que aporta la parte demandante no se refieren a la materia litigiosa que nos ocupa, puesto que declara ajustada a derecho una orden autonómica que permite que los docentes de la especialidad de Religión se encarguen de otras funciones docentes como tutorías y tareas de dinamización.

En definitiva (STC 38/2007 (RTC 2007, 38), fundamento jurídico noveno) «... se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para la impartición durante el curso escolar, de la enseñanza de la Religión católica» y en consecuencia la pretensión contenida en la demanda de completar su horario con horas que impliquen la docencia en otras áreas del currículo resulta inatendible en razón a lo expuesto.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala Social, Sección 1.ª).** Sentencia núm. 430/2017, de 31 de octubre. AS 2017/2050.

*Desempleo parcial: reconocimiento a profesor de religión en centro público al que se reduce la jornada laboral por razones de planificación educativa, no siendo exigible el procedimiento establecido en el artículo 47 ET por no ser aplicable a la Administración, que está habilitada para reducir la jornada.*

### **Fundamentos de Derecho**

*Primero.* El recurso que resolvemos en la presente sentencia es igual al que hemos resuelto bajo el número 320/2017, por lo que pasamos a reproducir lo allí resuelto.

La sentencia recurrida estima la demanda frente al Servicio Público de Empleo Estatal, declarando el derecho a obtener la prestación por desempleo parcial.

Recurre la entidad gestora, reclamando la desestimación de la demanda presentada, y solicitando la confirmación de la resolución administrativa que denegó las prestaciones.

Al amparo del artículo 193, apartado B de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011, 1845) propone la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente texto: «La modificación de la jornada de trabajo está prevista, según señalaba la comunicación efectuada al trabajador por la Conselleria de Educacio y Universi-dad, en el artículo 4.2 del Real Decreto 696/2007 (RCL 2007, 1120) que regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo 2006 (RCL 2006, 910), de educación, que expresamente señala que: la determinación de la modalidad del contrato a tiempo parcial según lo requieran las necesidades de los centros públicos, corresponderá a las administraciones educativas competentes, sin perjuicio de las modificaciones a lo largo de su duración y por razón de la planificación educativa, que deba producirse respecto de la jornada de trabajo y/o centros reflejados en contrato».

La propuesta acude a la comunicación efectuada al demandante y que figura en el expediente administrativo. Trata de justificar su introducción para fundamentar que la jornada de este colectivo de profesores de religión puede verse afectada cada curso escolar por razones de planificación educativa, sin acudir a las normas sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654).

Al mismo tiempo, a la hora de exponer el hecho propuesto, recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10325) que establece que

la variabilidad de la jornada en atención a la planificación educativa y de la especialidad de la disciplina impartida, de oferta obligatoria y de carácter voluntario para los alumnos, implica que no estemos propiamente ante el procedimiento que deba seguirse por modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La parte recurrida expone que la entidad gestora trata de introducir cuestiones distintas al objeto jurídico dimanante de la denegación de las prestaciones de desempleo, por cuanto la real controversia es determinar si es necesario acudir al procedimiento de modificación de condiciones de trabajo colectivo del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por la reducción de la jornada efectuada por la Administración.

Y siendo, en efecto, este el motivo de denegación que fue expuesto en la resolución administrativa que es combatida, no existe inconveniente en añadir es el texto de la comunicación dirigida al demandante, que aún cuando consta en parte en el hecho probado primero, puede complementarse su contenido, sin perjuicio de que todas estas cuestiones jurídicas planteadas desde la propia comunicación entregada al demandante sean examinadas en el apartado siguiente, que es el correspondiente a las infracciones jurídicas.

Realmente, las partes no difieren sustancialmente de los hechos, discrepando principalmente sobre la cobertura jurídica de las prestaciones de desempleo respecto del colectivo de profesores de religión que han visto reducida su jornada.

En el concreto caso del demandante, ha venido prestando servicios en jornada a tiempo completo, reduciéndose la jornada para el curso 2016 a 2017 a la mitad, pasando a ser de 18 horas y 45 minutos a la semana, en función de la comunicación de 24 agosto 2016.

*Segundo.* El segundo motivo de recurso viene encaminado al examen de las infracciones jurídicas y de jurisprudencia, al tenor del apartado C del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011, 1845), reconociendo que la controversia es jurídica, sobre el derecho al reconocimiento de la prestación por desempleo tras reducirse la jornada de trabajo, acordada por el Govern de la Comunidad Autónoma que señalaba razones de planificación educativa.

Reitera la normativa contenida en la comunicación entregada al demandante, artículo 4.2 del Real Decreto 696/2007 (RCL 2007, 1120), que regula la relación laboral de los profesores de religión. Y señala la entidad gestora que para cumplir los requisitos del artículo 262.3 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 2015, 1700) debería suceder una situación de reducción de jornada llevada a cabo por el empresario al amparo del artículo 47 de del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654), requiriendo la tramitación de un expediente de regulación de empleo. Y que la acomodación de la jornada efectuada por

la Administración «no hace perder la esencia del contrato». Con esta finalidad, reproduce el contenido de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 mayo 2015 (JUR 2015, 203485). Y en relación a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 julio 2015 (RJ 2015, 5154), aplicada en la sentencia recurrida, advierte que el supuesto concernía a una funcionaria interina y que la jornada fue reducida en función de las medidas urgentes para la reducción del déficit de la Comunidad Valenciana, declarando el Tribunal Supremo que tenía derecho a la prestación de desempleo parcial, por lo que entiende que al no estar amparada en causas económicas, no procedería el caso ahora examinado, por no cumplir el requisito del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.

La parte recurrida, –el demandante que solicita las prestaciones de desempleo–, invoca a su favor la sentencia del Tribunal Supremo de 27 julio 2015 antes referida. Que reúne los requisitos derivados del artículo 262.3 de la Ley General de la Seguridad Social, al haberse producido una reducción temporal de la jornada entre un 10% y un 70% así como una reducción salarial. Del mismo modo, cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 julio 2015 (JUR 2015, 202757), para pedir la confirmación de la sentencia recurrida. Por último, en orden al examen de las cuestiones jurídicas introducidas en el recurso, expone el contenido íntegro de dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 marzo 2017, en dos recursos de suplicación interpuestos, no existiendo razón para la denegación del desempleo reclamado por cuanto la Administración no está obligada acudir al procedimiento del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.

*Tercero.* El recurso debe ser desestimado. La sentencia que ha acogido la pretensión del demandante del derecho al reconocimiento de las prestaciones de desempleo parcial reclamadas ha de confirmarse. No comete infracción jurídica y resulta acorde a la jurisprudencia que aplica.

De entrada, conviene recoger que el Tribunal Supremo en sentencia de 24 octubre 2013 (RJ 2013, 7487) ha sintetizado la configuración jurídica de la relación de trabajo de los profesores de religión del siguiente modo: «1) La relación laboral de los profesores de religión católica, sin alcanzar a constituir una relación especial a los efectos del artículo 2.1.j) del ET (RCL 1995, 997), se configura de modo «objetivamente especial» [TS 9-2-2011, R. 3369/09 (RJ 2011, 2724), y las que en ella se citan] como «un contrato temporal al margen de los supuestos que autoriza el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores «[TS 6-6-2005, R. 950/04 (RJ 2005, 4119)]. 2) Pese a esa vinculación «objetivamente especial», a los profesores de religión, en términos generales, les resulta de aplicación la regulación de Estatuto, pero también otras normas que, en determinados extremos, tienen un contenido diferente. 3) Así, partiendo de la Disposición Adicional Tercera de la

Ley Orgánica 2/2006 (RCL 2006, 910), las Administraciones competentes determinan la duración de la jornada de los profesores de religión a la vista de las necesidades de cada centro cuando se inicia el curso escolar. 4) Ello supone que la fijación de la jornada se puede efectuar sin acudir a las normas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en el artículo 41 del ET, puesto que, en realidad, no se trata de una modificación sustancial sino del cumplimiento de una característica de este tipo de contratos, cual es la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros y de la especificidad de la disciplina impartida, que, como se desprende de la mencionada Disposición Adicional de la Ley Orgánica y del artículo 4.2 del RD 696/07 (RCL 2007, 1120), es de oferta obligatoria para los centros escolares pero de carácter voluntaria para los alumnos, lo que implica que ese tipo peculiar de cambios y modificaciones se pueda producir por razón de la propia planificación educativa. 5) La reducción de jornada y la proporcional reducción del salario de un contrato a tiempo completo no supone necesariamente que este se transforme en un contrato a tiempo parcial [TS 7-10-2011 (RJ 2011, 7340), y las que en ella se citan]. 6) En definitiva, la adecuación anual a esos condicionantes, salvo situaciones de abuso de derecho o de vulneración de derechos fundamentales –y no concurre el más mínimo indicio de que éste pueda ser el caso–, no entraña modificación sustancial alguna; y si no puede hablarse de modificación sustancial de condiciones porque éstas, aunque variables como siempre, no han cambiado, mal pueden haberse incumplido cualquiera de los requisitos (el periodo de consultas, por ejemplo) establecidos en el ET para tales supuestos».

Y en el terreno de la seguridad social, el artículo 262 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 octubre 2015 establece como objeto de la protección por desempleo a «quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 267». Su apartado tercero precisa la modalidad ahora examinada: « El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo, aquella que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo». Y esta situación genera la procedencia de las prestaciones de desempleo conforme al artículo 267 del mismo texto legal.

Y no resulta exigible para el acceso a las presentes prestaciones de desempleo, en función del artículo 262.3 la Ley General de la Seguridad Social (RCL 2015, 1700), la tramitación del procedimiento de regulación de empleo, previsto en el artículo 47 del Estatuto de los trabajadores por las siguientes razones.

Primero, el artículo 4.2 del Real Decreto 696/2007 que regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo 2006, de educación, expresamente señala que «la determinación de la modalidad del contrato a tiempo parcial según lo requieran las necesidades de los centros públicos, corresponderá a las administraciones educativas competentes, sin perjuicio de las modificaciones a lo largo de su duración y por razón de la planificación educativa, que deba producirse respecto de la jornada de trabajo y/o centros reflejados en contrato». La Conselleria de Educación ha dispuesto la modificación de jornada, con una reducción de un 50%, indicándose de forma sucinta por «razones de planificación educativa». Ciertamente, el artículo 42, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores permite la reducción de jornada, entre otras causas, por causas organizativas.

Cuestión distinta es el procedimiento a seguir para la consecución de la modificación de jornada efectuada y sí su ausencia puede vincular el acceso a las prestaciones de desempleo a cargo de la entidad gestora. Legalmente, no cabe acudir al procedimiento de regulación de empleo, por cuanto una norma lo impide expresamente, como es la Disposición Adicional Vigésimoprimerá del Estatuto los Trabajadores, al ser una Administración Pública. Y, estando habilitada la Administración para reducir la jornada, como ha sido expuesto antes según el artículo 4.2 del Real Decreto 696/2007, por ser una relación objetivamente especial, la Administración pudo realizar la modificación de la jornada sin tramitar un expediente de regulación de empleo.

Y este es el sentido del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 octubre 2012 (RJ 2012, 10325), alegada por la defensa de la entidad gestora, que señalaba que era factible acudir a la variación de la jornada sin acudir al procedimiento de modificación de condiciones de trabajo, en atención a la normativa antes recogida; pero, no significa, que una vez acordada la reducción de jornada y salario por la Administración, el resultado efectivo no conlleve el acceso a las prestaciones por desempleo parcial, puesto que ha de interpretarse que la exigencia del trámite derivado del artículo 47 del ET que el artículo 262.3 de la LGSS lo es para aquellos supuestos en que el empresario está

obligado a cursarlo, y no para el caso, como el presente, en que está eximido. La realidad indubitada de la reducción de la jornada de forma temporal, por tanto, prevalece y determina el devengo de las prestaciones por desempleo.

Y en esta dirección jurídica, no deviene inaplicable, –como pretende la parte recurrente–, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 julio 2015, puesto que analiza la regulación de las prestaciones por desempleo parcial, llegando a una conclusión a favor de su devengo en un supuesto en que la reducción de jornada fue determinada por una decisión de la Administración educativa, por cuanto el Tribunal Supremo no estableció que el procedimiento del artículo 47 del ET fuera ineludible, cuando la normativa no lo exigía, como en el caso ahora enjuiciado; y con independencia de que en aquel supuesto el colectivo afectado no fuera personal laboral y las causas fueran de reducción de déficit económico, en la medida que en ambos casos la denegación de las prestaciones por desempleo tuvieron lugar por motivo del procedimiento.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 julio 2015 razona que con estas bases normativas no debe depender el derecho a las prestaciones cuando la jornada ha sido reducida sin autorización administrativa, que no es un requisito necesario. Y en la misma línea dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 marzo 2017 (AS 2017, 468), en dos recursos de suplicación interpuestos, citadas en el recurso. Y la sentencia del mismo Tribunal de abril de 2017 recoge: «El propio TS, en su sentencia de fecha 22 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 5037), Rec. 666/2015, ponente Antonio Sempere, ya ha afirmado que el requisito del artículo 47 del ET como vía de acceso al desempleo parcial únicamente resulta exigible a quienes se rigen por dicha normativa laboral. Afirma literalmente el Alto Tribunal: Con semejantes instrumentos y el tamiz constitucional del artículo 41 ya mencionado hemos de concluir que el término “relación laboral” debe ser interpretado como equivalente a la relación de servicios que el sujeto ha venido manteniendo con su empleador. En ese ámbito de normas de desempleo, por tanto, se ha de tomar como una denominación genérica que en cada caso deberá ser reconducida a las peculiaridades del vínculo. Ello comporta limitar el radio aplicativo del requisito en estudio (haber seguido el procedimiento del artículo 47 ET) a aquellos beneficiarios que en su actividad profesional se rigen por la citada norma laboral sin extenderlo indebidamente a relaciones sometidas a Derecho Administrativo».

Consiguientemente, los presentes fundamentos conllevan la desestimación del recurso planteado por el servicio público de empleo frente a la sentencia que estimó el devengo de las prestaciones por desempleo, procediendo su confirmación.

## CURRÍCULO EDUCACIÓN SECUNDARIA OBLIGATORIA Y BACHILLERATO

**TSJ Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).**  
Sentencia núm. 48/2017, de 31 de enero. RJCA 2017\337.

*Decreto 98/16 de la Consejería de Educación de la Junta de Extremadura, por el que se establecen la ordenación y currículo de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato para la Comunidad Autónoma de Extremadura: fijación de un horario en el que desaparece el 50% de la carga horaria semanal de la asignatura específica de religión, pasando a tener sólo una: la norma cuestionada no está cumpliendo con la LOMCE en lo regulado en su Disposición Adicional, en cuanto que no cumple con lo dispuesto en el Acuerdo de la Santa Sede.*

**Fundamentos de Derecho**

*Tercero.* Planteados en tales términos la presente controversia jurisdiccional, señalar que la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo (RCL 2006, 910) de Educación (LOE) modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre (RCL 2013, 1771) para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), estableció en su artículo 6 bis 2 c) que las administraciones educativas podrán en Educación Primaria, Secundaria y Bachillerato, dentro de los límites establecidos por el Gobierno: «5) Fijar el horario correspondiente a los contenidos de las asignaturas de los bloques de asignaturas específicas y de libre configuración autonómica».

En virtud de ello se publicó el Decreto 98/2016 de 5 de julio (LEXT 2016, 192), que regula la ordenación y establece el currículo de la Educación secundaria obligatoria y bachillerato estableciéndose el horario en el Anexo VIII, adjudicándose a la asignatura de Religión incluida en el área del bloque de asignaturas específicas obligatorias un horario total en la etapa de 3 horas, es decir, una hora semanal por cada uno de los tres cursos de la etapa, frente a las 6 horas semanales establecidas en el Decreto 127/2015 (LEXT 2015, 214). Igual carga horaria se fija para el 4.º curso de ESO.

Sentado lo anterior señalar que la verdadera cuestión de controversia se encuentra en el respeto o no a la declaración contenida en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 (RCL 1979, 2965), cuando exige, en lo que aquí importa, que el plan educativo de la educación primaria 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 el Tribunal Supremo en sus senten-

cias de veintiséis de enero de mil novecientos noventa y ocho (RJ 1998, 919) y catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho (RJ 1998, 3634), 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 unas y otras y la no discriminación en cuanto a los efectos de tales opciones, señalando en la sentencia de 10 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 664), que ese equiparación, no debe ser entendida en el sentido de identidad total, sino en el de una cierta homogeneidad, por lo que el problema se traslada a dilucidar, si, en el caso que ahora se resuelve, existía o no la homogeneidad constitucional y legalmente exigible.

En la nueva legislación hay tres bloques de asignaturas: troncales, que dependen por entero del Gobierno central; específicas, dependen de las comunidades, pero los criterios de evaluación los establece el Ministerio, y las de libre configuración, cuya estructura es diseñadas por las autonomías. Religión es una materia específica –de oferta obligatoria para los colegios, pero voluntaria para el alumnado– igual que su alternativa, Valores Sociales y Cívicos; Educación Artística y Segunda Lengua Extranjera. En realidad la importancia de la clase de Religión en la Lomce no es el horario en sí, sino que a partir de ahora será una asignatura evaluable y computable para becas y para el acceso a la Universidad. El rendimiento del alumno en esta asignatura, así como de la alternativa, será determinante en la evaluación y de si pasa de curso. Ahora bien ni la Lomce ni ninguna Ley de Educación han señalado nunca los horarios de la Religión. Siempre se han publicado unos horarios mínimos a través de reales decretos que, en la ley vigente, tampoco señalan un horario para la Religión.

La LOMCE establece en la Disposición Adicional Segunda. Enseñanza de la Religión:

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

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

2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades

Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas.

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

Esta disposición simplemente adapta y aplica lo dispuesto en el artículo 6.º del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales –en los similares de los Acuerdos con otras confesiones– a la nueva terminología que introduce la LOMCE.

El Acuerdo con la Santa Sede se adoptó con las formalidades de los Tratados Internacionales, conforme al artículo 94 de la Constitución (RCL 1978, 2836), y en concreto a este respecto se ha de traer a colación el artículo 96 CE (RCL 1978, 2836), cuando dice que, «los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno», añadiendo punto y seguido que, «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional». En este punto se ha de recordar lo al principio apuntado, respecto al «sometimiento» y «sujeción» de la Administración al Ordenamiento Jurídico –artículos 9 y 103 CE–. El mentado Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español, sobre Enseñanzas y Asuntos Culturales, que fue firmado en la Ciudad del Vaticano, el 3 enero 1979 y ratificado mediante «Instrumentos» de 4 diciembre 1979, fue publicado en el *BOE* 15 diciembre 1979, y tras correcciones que no afectan al caso, en aquella citada fecha entró a formar parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, al que, por mandato constitucional, se encuentra sujeta la Administración Pública productora del reglamento analizado. Pues bien, el mentado Acuerdo Internacional, en su artículo II, establece, –en lo que aquí interesa–, que, «los planes educativos en los niveles de... Bachillerato Unificado Polivalente, –BUP–,... incluirán la enseñanza de la Religión Católica en todos los Centros de Educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales»; añadiendo que, «por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos»; adicionando punto y seguido que, «se garantiza, sin embargo, el derecho de recibirla»; y, estableciendo que, «las autoridades académicas adoptarán las medidas nece-

sarias para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar. Por su parte el artículo XVI, del citado Acuerdo, establece que, «la Santa Sede y el Gobierno Español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula que lo informan». Terminando su «Protocolo Final» por decir que, «lo convenido en el presente Acuerdo, en lo que respecta a las denominaciones de Centros, niveles educativos, profesores y alumnos, medios didácticos, etc. subsistirá como válido para las realidades educativas equivalentes que pudieran originarse de reformas o cambios de nomenclatura o del sistema escolar».

*Cuarto.* Merece destacarse que según la LOMCE (RCL 2013, 1771) en Educación Primaria, en Educación Secundaria Obligatoria y en Bachillerato, las asignaturas se agruparán en tres bloques: 1. Asignaturas Troncales, El Gobierno de España, determina los contenidos comunes, los estándares de aprendizaje evaluables y el horario lectivo mínimo. 2. Asignaturas Específicas, (entre ellas la Religión). Los Gobiernos Autonómicos, determinan los contenidos comunes, los estándares de aprendizaje evaluables y el horario máximo. 3. Asignaturas de Libre Configuración Autonómica, Los Gobiernos Autonómicos, determinan los contenidos comunes. Queda sin determinar la carga lectiva que corresponde a esta materia en todos los niveles educativos. El artículo 6, bis, 2, c) otorga a las Comunidades Autónomas la facultad de establecer los contenidos de las específicas y de las de libre configuración autonómica, así como para fijar el horario. (mismo art. 6 bis, 2.b)). Luego, dentro de la regulación y límites que establezca el Gobierno a través del Ministerio de Educación, de acuerdo con todo lo anterior, las Administraciones autonómicas educativas podrán –además de complementar las troncales– establecer los contenidos de las asignaturas específicas y de libre configuración autonómica, así como fijar el horario correspondiente a estos (mismo art. 6 bis, 2.c)), sin perjuicio de poder complementarlos además conforme a lo que se contempla en el apartado 2.d) de este mismo nuevo artículo 6 bis de la LOE (RCL 2006, 910) . El reparto, pues, competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en punto a establecer el contenido y horario de las asignaturas específicas es sensiblemente más ampliamente favorable a las Comunidades Autónomas que en relación con las asignaturas troncales.

La asignatura de Religión en la ESO, tanto en su primer ciclo, comprensivo de sus tres primeros cursos (art. 24 de a LOE, con la nueva redacción que le da el apartado 15 del artículo único de la LOMCE), como en el cuarto y último, que será el segundo ciclo (art. 25 de la LOE, tras su nueva redacción por el apartado 16 del mismo artículo único de la LOMCE), queda definida de modo

que la alternativa de la Religión se denomina Valores Éticos, sin perjuicio de que los listados de materias del grupo de aquellas entre las que hay que elegir para cursar un determinado número de asignaturas específicas en función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, incluyan más materias (8 en el primer ciclo y 11 en cuarto curso, incluidas en ambos casos la Religión y Valores Éticos para esta segunda opción) y el número de las elegibles sea también diferente (de 1 a 4 en todos los cursos).

La asignatura de religión y valores éticos son específicas de oferta obligatoria y también específicas optativas, pudiendo ofertarse en ambos bloques a la vez, pero no pudiendo ser cursadas de forma repetida en uno y otro. Por definición, religión y valores éticos, tendrán la misma carga horaria.

Que la carga horaria de la Religión sea determinada por las Comunidades Autónomas o los centros educativos, puede suponer en principio la posibilidad de disminución de horas lectivas para los alumnos.

Ya dijimos en Sentencia dictada en el recurso 1/16 (JUR 2016, 241983) tramitado por el procedimiento de derechos fundamentales que:

«Si las CCAA tienen total libertad para fijar el horario, y la enseñanza de la religión debe ser tratada como “equiparable a las asignaturas fundamentales” (troncales en la denominación de la Lomce) según el Acuerdo del Estado Español con la Santa Sede, el derecho fundamental se verá cercenado por afectar a su propio núcleo, cuando se prive del mismo pero no cuando en ejercicio de las propias competencias se fija la duración o carga horaria en función de su importancia curricular siempre y cuando los alumnos son libres de optar por unas u otras asignaturas, como ocurre en el presente caso. Las discordancias aducidas en la demanda en relación con la carga horaria de otras asignaturas, podrá ser ajustado o no a derecho, pero desde el prisma de un problema de legalidad ordinaria. Los derechos fundamentales que la actora entiende conculcados, no llegan a los extremos peticionados. No se viola el derecho a la libertad religiosa por reducir su carga horaria a la asignatura de religión ya que se garantiza el estudio de la religión o su alternativa de valores éticos, de modo que la carga horaria que fija la norma, o la manera específica de llevarla a efecto junto con otra asignatura, sea o no ajustada a Derecho, no puede considerarse incluida en el núcleo del derecho fundamental, que consiste precisamente en el deber del Estado de garantizar el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus convicciones. No existe infracción constitucional alguna, ni en el tratamiento de la asignatura en la ESO, ni en primero de Bachillerato donde se oferta.»

Ahora bien, y desde el punto de vista de legalidad ordinaria, dados los términos de la normativa expuesta, queda claro como principio básico, que la religión tiene constitucional y legalmente por remisión al Acuerdo con la Santa Sede, el carácter de ser una asignatura que podemos considerar especial y tiene un claro tratamiento especial, no sólo por la regulación proteccionista constitucional, sino también y la competencia que tanto sobre la selección de los profesores que van a impartir la enseñanza, como sobre la enseñanza misma tiene la Iglesia Católica. No hay ninguna otra asignatura que reciba el mismo tratamiento; y la especialidad radica en que hay un punto básico que queda fuera de la discrecionalidad y consiste precisamente en que debe ser tratada, «en condiciones equiparables a las demás asignaturas fundamentales». Pudiéramos pensar que se refiere a las troncales, pero la propia recurrente admite que más bien ha de referirse a las específicas, y dentro de ellas observamos que las asignaturas específicas con notas comunes, son la religión y la educación física porque ambas han de ser cursadas obligatoriamente en los dos ciclos de la ESO. Para el resto de asignaturas específicas, la normativa dispone que se elegirán entre un mínimo de tres y un máximo de cinco, enteramente voluntarias. Es decir mientras la religión y educación física son específicas obligatorias que el alumno ha de cursar y no puede descartar (optando eso sí por religión o valores éticos) las restantes específicas son enteramente voluntarias en su elección.

Pues bien, tanto para la educación física como para el resto de optativas la carga horaria se fija en dos horas semanales, mientras para la religión/valores éticos, la carga horaria es de una hora semanal. Se ha reducido en el 50% respecto del Decreto del año anterior. La motivación de la reducción parece referirse a tenor de los argumentos de la demandada, en la necesidad de reforzar las troncales, y así debe ser en cuanto las troncales que deben tener una carga horaria de al menos el 50% del total, en el Decreto que nos ocupa, exceden de ese mínimo. Esta motivación puede ser en principio aceptada pero lo que es más que dudoso es que derivado de ese sistema, la religión/valores éticos, reduzcan su carga horaria un 50%. Es una reducción ciertamente desproporcionada, pero la ilegalidad de la misma no está tanto en la desproporción, como en la discriminación. Y así es patente que el trato que recibe en comparación a cualquier otra asignatura específica es discriminatorio en cuanto supone que es la única que tiene una carga horaria de una hora semanal, mientras que todas las demás, es de dos. Y si nos fijamos otra vez en la educación física observamos que siendo la que pudiéramos considerar con un trato «parecido» en cuanto es específica obligatoria que el alumno no puede rechazar, resulta también discriminatoria en cuanto que como el resto de específicas tiene dos horas semanales. Ello supone que en el total de ambos ciclos de la ESO, la carga horaria de religión/valores

éticos es de 4 horas, y el resto de asignaturas de 8 horas. El límite ha de fijarse en términos de homogeneidad y en el Decreto recurrido no hay por tanto la «homogeneidad» constitucional y legalmente exigible. Y el argumento motivador de ampliación de carga horaria de las troncales, es insuficiente en cuanto que hace caer el peso perjudicial únicamente sobre la asignatura de religión.

Así las cosas, entendemos que la norma cuestionada no está cumpliendo con la LOMCE en lo regulado en su Disposición Adicional, en cuanto que no cumple con lo dispuesto en el Acuerdo de la Santa Sede. Mientras esas normas estén en vigor son totalmente aplicables.

*Quinto.* Y respecto de la asignatura en bachillerato, en concreto respecto del primer curso, resulta que la asignatura de religión sigue apareciendo con 1 hora semanal, la mínima de todas las específicas. Educación Física sigue apareciendo con dos horas semanales, y aparece como asignatura de libre configuración autonómica la nueva asignatura de Ética y Ciudadanía con una hora. Entre las específicas no hay ninguna con una hora, salvo la religión. El horario semanal es de 30 horas al igual que en la ESO, de forma que el alumnado que ha de optar por un mínimo de dos y un máximo de tres, deberá cursar 6 horas de asignaturas específicas, o bien dos asignaturas específicas de 4 horas más 2, o bien, una de cuatro y otras dos de una hora. Es decir que obligatoriamente el alumno que opte por religión debe matricularse de Ética y ciudadanía con lo cual tendrá que cursar tres asignaturas, y una de ellas de manera forzada, salvo que optara por otra asignatura de 2 horas con lo cual, tendría en definitiva una hora escolar más que el resto de alumnos que no opten por la asignatura de religión. Resumiendo, o añade una hora o añade una asignatura. Existe una vinculación impositiva de la asignatura de religión con la asignatura de Ética y ciudadanía.

Cierto que lo prohibido por el Ordenamiento Jurídico no es tanto la desigualdad de trato, como la desigualdad carente de una justificación razonable. La complejidad inherente a la regulación de una materia como la que aborda el Decreto impugnado, en la que se enfrentan situaciones jurídicas distintas, y en la que deben conjugarse mandatos diversos, determina la imposibilidad de un trato milimétricamente igual, y la aceptación como constitucionalmente válida de una regulación en la que las diferencias, además de obedecer a una razonable conjugación de esos mandatos diversos, no incidan o afecten sobre aquello que necesariamente ha de ser salvaguardado, que lo es, en dicha materia, la libertad de opción entre unos y otros estudios.

Y es patente que esa libertad de opción de elección, no queda garantizada en cuanto que forzosamente el alumno que elija religión ha de optar por Ética y ciudadanía, o por otra específica viéndose obligado a cursar una hora semanal

más que todos los alumnos que no escojan la asignatura de religión. La desigualdad, o discriminación carece de justificación.

*Sexto.* Vamos ahora con el segundo curso de bachillerato. En el Decreto, no aparece la religión como asignatura a ofertar.

La Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre (RCL 2013, 1771), para la mejora de la calidad educativa (LOMCE) reduce su objeto a la modificación de varias leyes preexistentes, principalmente la LOE (RCL 2006, 910). Las modificaciones de la LOE se especifican en concreto en todo el largo contenido de su artículo único. Su apartado 25 introduce en la LOE un nuevo y muy largo artículo 34 bis, sobre la organización del primer curso de Bachillerato, el apartado 26 un nuevo artículo 34 ter, sobre la organización del segundo curso de Bachillerato, y el apartado 29 un artículo 36 bis sobre la evaluación final del Bachillerato. Además, el apartado 91 retoca la disposición adicional segunda de la LOE, que contiene los principios generales sobre la enseñanza de la religión, aunque sin particularidad alguna para el Bachillerato

La Ley precisa, además, que corresponde al Ministerio de Educación, en cuanto a las evaluaciones finales del Bachillerato (y de la ESO), determinar los criterios de evaluación de los objetivos de las enseñanzas y etapas educativas y del grado de adquisición de las competencias correspondientes, en relación con los contenidos de los bloques de asignaturas troncales y específicas, determinar las características de las pruebas e incluso diseñarlas y establecer su contenido para cada convocatoria [mismo art. 6 bis, 2.b)]. Luego, dentro de la regulación y límites que establezca el Gobierno a través del Ministerio de Educación, de acuerdo con todo lo anterior, las Administraciones autonómicas educativas podrán –además de complementar las troncales– establecer los contenidos de las asignaturas específicas y de libre configuración autonómica, así como fijar el horario correspondiente a estos [mismo art. 6 bis, 2.c)], sin perjuicio de poder complementarlos además conforme a lo que se contempla en el apartado 2.d) de este mismo nuevo artículo 6 bis de la LOE. El reparto, pues, competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en punto a establecer el contenido y horario de las asignaturas específicas es sensiblemente más ampliamente favorable a las Comunidades Autónomas que en relación con las asignaturas troncales

En efecto, los nuevos artículos 34 bis –que organiza el primer curso de Bachillerato– y 34 ter –que organiza el segundo– establecen las asignaturas troncales y específicas que han de cursarse en este nivel educativo, además de alguna regla sobre las de libre configuración autonómica, e incluyen la Religión en el bloque de las específicas en los dos cursos. Con respecto, pues, a todas las materias del bloque de asignaturas específicas distintas de la Educación Física, se dispone para los dos cursos, en el apartado 4 de los dos artículos nuevos que

los regulan, que los alumnos, «en función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes “deberán cursar un mínimo de dos y máximo de tres materias de entre las siguientes, apareciendo en ambos casos, la religión”.»

Con el párrafo antes entrecomillado parece que quiere aludirse a una autonomía de las Administraciones educativas y de los centros en cuanto a la configuración de la oferta de esas asignaturas, en tales supuestos, de modo que no vendrían obligados a ofertar a la vez todas las asignaturas que la Ley relaciona como elegibles, siempre que los alumnos pudieran cursar al menos el número mínimo de las que la Ley dice que han de ser elegidas, por más que en tal supuesto la opción de los alumnos quedaría sustituida por la efectuada por la Administración educativa en su programación y por la del centro, en su Proyecto docente y en su programación, sin perjuicio de las posibilidades de elección entre centros con programación distintas, que puedan estar al alcance del educando.

Esta mayor competencia la observamos también si acudimos al Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre (RCL 2015, 6, 647 y RCL 2017, 171), por el que se establece el currículo básico de la ESO y del Bachillerato, que ya dice en su exposición de motivos que «uno de los pilares centrales de la reforma educativa operada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, descansa sobre una nueva configuración del currículo de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato», «esta nueva configuración curricular supone un importante incremento en la autonomía de las Administraciones educativas y de los centros, que pueden decidir las opciones y vías en las que se especializan y fijar la oferta de asignaturas de los bloques de asignaturas específicas (...) en el marco de la programación de las enseñanzas que establezca cada Administración educativa».

Ahora bien, volvemos a la especialidad de la asignatura de religión, y así respecto de la enseñanza de la religión, la disposición adicional tercera del Real Decreto 1105/2014 precisa que: 1. Las enseñanzas de religión se incluirán en la ESO y el Bachillerato de acuerdo con lo establecido en los artículos 13, 14, 27 y 28 de este real decreto. 2. Las Administraciones educativas garantizarán que, al inicio del curso, los padres, madres o tutores legales y en su caso el alumnado puedan manifestar su voluntad de que éstos reciban o no reciban enseñanzas de religión. 3. 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. 4. La evaluación de la enseñanza de la religión se realizará de acuerdo con lo indicado en los artículos 20 y 30 de este real decreto.

Así pues, si según la Disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la LOMCE, «de conformidad con lo que disponga el Acuerdo con la Santa Sede: se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros». Y si el artículo 34 ter 4 de la LOMCE dispone que «En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, los alumnos y alumnas cursarán un mínimo de dos y máximo de tres materias de las siguientes del bloque de asignaturas específicas:» e incluye la religión, está claro que no existiendo controversia en cuanto a que uno de los niveles educativos es 1.º de bachillerato, ahora bien, si existieren dudas sobre la consideración del curso segundo de bachillerato como «nivel educativo», lo que no ofrece dudas es que lo que dispone el artículo 34 ter ha de integrarse con lo dispuesto en la disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la LOMCE sometiéndose además a lo dispuesto en el Acuerdo con la Santa Sede ya que de otro modo resultaría inaplicable el referido artículo 34 ter. Por tanto lo dispuesto en el artículo 34 ter sobre asignaturas, habrá de aplicarse también a segundo curso de bachillerato, ya que el RD 1105/2013, que lo regula en tal sentido, supone una aplicación de la LOMCE norma que la desarrolla.

Por todo lo expuesto la conclusión ha de ser la de entender que de conformidad con la LOMCE, con el RD 1105/2014 que la desarrolla, las Administraciones educativas y los centros públicos del sistema educativo tienen un margen de libertad a la hora de ofertar las asignaturas específicas en bachillerato, pero vienen obligados a incluir en su oferta de asignaturas específicas, la religión, tanto en primero como en segundo de bachillerato.

Así pues resulta procedente la estimación del presente recurso. Pero la estimación ha de hacerse no en la forma pretendida por la actora, esto es, respecto del artículo 26, no ha sido objeto del recurso el apartado d) en cuanto a la obligatoriedad de la oferta de segunda lengua extranjero como obligatoria dentro del bloque de asignaturas de libre configuración; y por ello la nulidad se limita a lo dispuesto en el Anexo VIII respecto de la carga horaria de la asignatura de religión. Y respecto de bachillerato la nulidad del artículo 42, dedicado a primero de bachillerato, ocurre lo mismo, que sólo procede respecto del Anexo IX de primer curso, en cuanto a la carga horaria.

Respecto del segundo curso de bachillerato, la nulidad, respecto del artículo 43, en cuanto no incluye la oferta de religión entre las asignaturas específicas, y en el mismo sentido el artículo 45.

**TSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).** Sentencia núm. 297/2017, de 13 de julio. RJCA 2017\690.

*Educación-enseñanza: orden ECD/489/2016, de 26 mayo, por la que se aprueba el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria y se autoriza su aplicación en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Aragón: impugnación: reducción a una hora semanal de la asignatura de religión: falta de acreditación de la imposibilidad o dificultad de la impartición de tal asignatura: justificación existente; materia de oferta obligatoria para los centros y de libre elección en igualdad de condiciones que las otras asignaturas de su bloque: tratamiento desigual: vulneración inexistente: impugnación procedente.*

### **Fundamentos de Derecho**

*Primero.* Se impugna en el presente proceso por la parte actora la Orden ECD/489/2016, de 26 de mayo (LARG 2016, 167), por la que se aprueba el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria y se autoriza su aplicación en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Aragón; y ello, única y exclusivamente, en lo que respecta a la distribución horaria prevista en su anexo III, que establece una carga lectiva de 1 hora semanal para la materia de Religión y su alternativa Valores Éticos, en cada uno de los cuatro cursos de la Educación Secundaria Obligatoria –ESO–. Pretendiéndose por el Arzobispado y Obispos recurrentes en su demanda la nulidad de la Orden en tal particular y que se establezca la obligación del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón de ampliar el horario semanal de esta materia a 5 horas semanales en el referido nivel educativo.

Al efecto, señalan, en resumen, que conforme al Acuerdo del Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 (RCL 1979, 2965 y RCL 1980, 399), sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre (RCL 1990, 2045), de Ordenación General del Sistema Educativo –LOGSE– y, ahora, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo (RCL 2006, 910), de Educación –LOE–, modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre (RCL 2013, 1771), para la mejora de la calidad educativa –LOMCE–, la enseñanza de la religión ha de incluirse en la ESO en todos los Centros de educación en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, constituyendo una materia de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos. El Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre (RCL 2007, 34), estableció las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria, dictándose en desarrollo del mismo por esta Comunidad, en el

ámbito de sus competencias, la Orden de 9 de mayo de 2007 (LARG 2007, 222), del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, por la que se aprueba el currículo de la Educación secundaria obligatoria y se autoriza su aplicación en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Aragón, en la que incluyó dos horas semanales de dicha materia en primero de ESO y una hora semanal en los otros tres cursos. Como desarrollo de la LOMCE se aprobó el Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre (RCL 2015, 6, 647 y RCL 2017, 171), por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato, integrando la materia de Religión o Valores Éticos –a elección– en el conjunto de materias específicas, si bien, junto con Educación Física, con la obligación de ser cursada por los alumnos; dictándose en su desarrollo, por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte, la Orden de 15 de mayo de 2015 (LARG 2015, 173), por la que se aprueba el currículo de la ESO, incluyendo la materia de Religión con 2 horas en primero y 1 hora en los otros tres cursos. No obstante lo cual, pese a la inexistencia de un cambio normativo –continúan refiriendo en la demanda– el Secretario General Técnico del Departamento dictó unas Instrucciones para el curso 2015/2016, estableciendo una nueva distribución para primero y tercero de la ESO, reduciendo en 1 hora la materia de Religión en el primer curso. Manteniendo esta distribución horaria la Orden aquí impugnada. Considerando los recurrentes que tal reducción, frente a la que históricamente se venía impartiendo, es contraria a Derecho, máxime al ser la Religión la única materia afectada por la reducción, contando la Orden con dictamen desfavorable del Consejo Consultivo de Aragón. Aduciendo, en síntesis: que la reducción en 1 hora de la materia de Religión, de las 5 horas que se venían ofertando en la ESO desde 2007, vulnera el citado Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede, incumpliendo el principio de jerarquía normativa, al no recibir, como exige aquel, un tratamiento equiparable al resto de las asignaturas fundamentales, conforme a la interpretación que de tales términos ha de efectuarse, según las sentencias que cita de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Asturias y del Tribunal Constitucional, y se manifestó el Consejo Consultivo en su dictamen, siendo nula de pleno derecho; que el que el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en su ámbito de gestión, haya establecido la configuración horaria que ahora recoge la Orden, no garantiza la legalidad de la medida; y, a mayor abundamiento, que la Orden vulnera el derecho fundamental de libertad religiosa y el que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones, que garantizan los artículos 16 y 27.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836), con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio

de 2012 (RJ 2012, 7978) y la del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 9 de febrero de 2016 (RJCA 2016, 256).

*Segundo.* Así centrado el objeto de debate, se ha de partir de que, en efecto, conforme al Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede y disposiciones referidas, la materia de Religión ha de incluirse en la ESO en todos los Centros de educación en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, siendo una materia de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos.

Sobre qué ha de entenderse por condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, como recuerda la sentencia que se invoca de la Sala de Asturias de 19 de octubre de 2015 (RJCA 2015, 836), así como la Sala del mismo Orden del TSJ de TSJ Castilla y León –con sede en Valladolid–, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las sentencias de 26 de enero de 1998 (RJ 1998, 919) y 14 de abril de 1998 (RJ 1998, 3634), en el sentido de 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 unas y otras y la no discriminación en cuanto a los efectos de tales opciones, señalando en la sentencia de 10 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3053), que esa equiparación, no debe ser entendida en el sentido de identidad total, sino en el de una cierta homogeneidad.

El problema, como ocurrió en los supuestos enjuiciados en las dos sentencias referidas, se traslada también aquí a dilucidar, si, en el caso que ahora se resuelve, existía o no la homogeneidad constitucional y legalmente exigible.

Los aquí recurrentes, sostienen la inexistencia de la requerida homogeneidad, esencialmente, en ser la materia de Religión la que tiene menor carga horaria en cada uno de los cuatro cursos de la ESO –con excepción de Tutoría–, contando con la mitad de la carga que la de Educación Física, también asignatura específica, y con menos de la mitad respecto de otras asignaturas específicas, además de ser –dicen– la única asignatura que ha perdido horario.

Esta Sala no comparte tal razonamiento, por el que se viene a fundamentar la falta de tratamiento equiparable en la diferencia de carga horaria, y que fue, en definitiva, el que también sirvió de base a la referida sentencia del TSJ de Asturias en la que se apoyan los recurrentes –y que se cita igualmente en el dictamen del Consejo Consultivo–, junto con la falta de justificación de la reducción horaria, para concluir en el caso allí examinado, que no se daban las condiciones equiparables requeridas.

Por el contrario, sí compartimos el criterio mantenido por el TSJ de Castilla y León en la sentencia aludida de 17 de marzo de 2017 (JUR 2017, 103473).

Como se razona en ésta el concepto condiciones equiparables, según la referida jurisprudencia del Tribunal Supremo, no demanda un trato igualitario de la asignatura de religión con las demás, sino que admite diferencias siempre y cuando se salvaguarde aquello que necesariamente ha de ser preservado, como núcleo fundamental, y se preserve la libertad de opción entre unas y otras asignaturas y la no discriminación en cuanto a los efectos de tales opciones. Añadiendo, frente a la inferior carga horaria de la materia de Religión frente a otras específicas, en la que se había centrado en el caso la impugnación, los siguientes razonamientos:

... conforme a la jurisprudencia anteriormente citada no toda diferencia de trato de la asignatura supone que la misma no sea tratada en condiciones equiparables a las demás. El demandante interpreta condiciones equivalentes como equivalencia horaria de la asignatura de religión con el resto de las asignaturas específicas, pero esta equivalencia horaria no es exigida por el Acuerdo citado ni por la normativa estatal. La enseñanza de la religión es de oferta obligatoria para todos los centros y en toda la etapa educativa 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. Está contemplada de manera relevante junto con las demás específicas y con la misma consideración que estas en cuanto a su evaluación.

El concepto condiciones equiparables es un concepto jurídico indeterminado que debe ser integrado por el resto de la normativa, y que no cabe asimilar únicamente al horario, sino que requiere un análisis conjunto y global de todas condiciones de la asignatura, pues no significa que el horario de la asignatura deba ser equiparable al de las demás específicas.

Tal fundamentación, que asumimos, nos lleva también a rechazar en el caso la pretendida inexistencia de las condiciones equiparables, sobre la base de la menor carga horaria que otras asignaturas específicas. Debiendo significarse que en el concreto caso examinado, tal menor carga horaria ya venía establecida en el currículo en la Orden de 2007 (LARG 2007, 222), sin que por ello se cuestionara la falta de homogeneidad. Representando la reducción ahora impugnada, al pasar de 5 horas a 4 horas en el total del nivel educativo, el 20 %. Sin que tampoco se acredite en el caso –como en el examinado en la sentencia de Castilla y León–, que el nuevo horario, con tal reducción, no permita impartir la asignatura en las mismas condiciones que las demás específicas, ni que sea insuficiente para la impartición de la asignatura; como tampoco se aprecia que el horario fijado sea irrelevante o no sea reconocible en el conjunto de las específicas. Es más, ya en el curso 2015/2016, como aducen los recurrentes, se había llevado a cabo tal reducción en virtud de unas Instrucciones del Secretario General Técnico del Departamento –dictadas en virtud de la facultad

expresa otorgada al efecto en la Orden de 9 de julio de 2015 (LARG 2015, 243), que acordó suspender la de 15 de mayo (LARG 2015, 173) anterior, ya referida, además del inicio del procedimiento de revisión de oficio de la misma, y, así mismo, el inicio del procedimiento que ha dado lugar a la Orden (LARG 2016, 167) aquí impugnada—; instrucciones que si bien se dice por los recurrentes son a su juicio nulas de pleno derecho, no consta que llegaran a ser impugnadas, ni cabe entrar en este recurso a enjuiciar las mismas. Lo cierto es que, en virtud de tales instrucciones en dicho curso se impartió la materia de Religión con la reducción ahora acordada en la Orden impugnada, que mantiene la establecida en aquellas, sin que se haya acreditado, y ni tan siquiera alegado, que se imposibilitara o dificultara la impartición de tal asignatura.

Por otro lado, y por lo que respecta a la falta de motivación objetada, aun admitiendo el reproche que al respecto se efectúa por el Consejo Consultivo en su dictamen, el mismo ha quedado subsanado con la memoria justificativa complementaria de la Dirección General de Planificación y Formación Profesional en relación a aquel, en la que se recuerda la emisión del informe emitido en respuesta a las alegaciones formuladas en trámite de audiencia e información públicas, entre ellas las referidas al horario de Religión de primero de ESO, y se incide ampliamente, al objeto de dar cumplimiento a lo previsto en el dictamen, en la necesidad de promulgación de la norma, las razones pedagógicas y jurídicas para su modificación, el tratamiento de la religión en el currículo de la ESO y los impactos previstos tras su implantación. Tal memoria complementaria, a cuyo íntegro contenido hemos aquí de remitirnos, viene así a subsanar la insuficiente motivación de que pudiera adolecer al respecto la reducción horaria impugnada. Motivación en la que, en efecto, se incluye la alusión a la Orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de 3 de julio de 2015 (RCL 2015, 1057) que establece el currículo de la ESO y del Bachillerato en su ámbito de gestión, con la configuración horaria que en la materia de Religión recoge la Orden impugnada, y la consideración de la presunción de su conformidad con el marco normativo orgánico. Es cierto que el que la Orden Ministerial haya fijado el mismo horario que el aquí impugnado, no puede servir de fundamento para acordar la reducción horaria, mas también lo es que, aparte de dicho referente normativo, la memoria complementaria justifica suficientemente tal reducción. Y al respecto cabe significar la expresa mención, como base de la decisión adoptada, a la Recomendación 2006/962/EC (LCEur 2006, 3617) del Parlamento Europeo y Consejo, de 18 de diciembre de 2006, que llama al reforzamiento de las materias básicas, en comunicación lingüística, matemática, ciencia y tecnología; añadiéndose que la materia de Religión o su alternativa siempre han tenido una carga inferior a las demás materias, que otras

materias han experimentado modificaciones en su carga lectiva, y que la reducción de la carga horaria de Religión en 1 hora en primero de ESO ha sido realizada para unificar dicha carga horaria en todos los cursos de la Educación Secundaria Obligatoria y para reforzar, entre otras las enseñanzas de humanidades o la Cultura Científica que proporciona al alumno capacidad crítica y de análisis en temas como los que relaciona; insistiéndose en que en el presente currículo se han reforzado elementos que inciden especialmente en el desarrollo de las competencias clave, en el desarrollo personal del alumno y su adquisición de las capacidades instrumentales básicas.

Finalmente, en lo que respecta a la alegada, a mayor abundamiento, vulneración de los derechos fundamentales, basta, para su rechazo, con remitirse a lo declarado por el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de enero de 2016 y de 21 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1076), en recursos de casación contra sentencias de la Sala de Asturias en relación a los decretos que establecían los currículos de la ESO y del Bachiller, en lo referente a la enseñanza de la Religión, en las que, frente a lo resuelto en estas sentencias, y tras referir la diferencia de la regulación impugnada con la que examinada en sentencias referidas de 26 de enero y 15 de abril de 1998 (RJ 1998, 3636), y de 20 de julio de 2012 (RJ 2012, 7978), razona el Alto Tribunal:

En el Decreto al que la Sala de instancia atribuyó la lesión del principio de igualdad y no discriminación la asignatura de religión constituye una materia perteneciente al bloque de asignaturas específicas de la misma naturaleza que las otras con las que comparte tal calificativo pudiendo el alumnado elegir un mínimo de (...).

Quienquiera que quiera optar por la asignatura de religión puede hacerlo del mismo modo que puede hacerlo no escoger tal asignatura quien no desee cursarla, respetándose así tanto el artículo 14 como el 16 de la Constitución (RCL 1978, 2836). Tanto unos alumnos como otros se encontrarán en idéntica situación a la hora de ser calificadas las materias elegidas pertenecientes al bloque de asignaturas específicas. Todos serán evaluados en igualdad de las asignaturas específicas.

No se vislumbra con tal regulación que la no previsión de una asignatura complementaria o alternativa a la religión con igual carga lectiva vulnere el principio de igualdad. La asignatura de religión, tal cual está prevista en el Decreto cuestionado, constituye una materia evaluable, de oferta obligada y de libre elección al igual que las otras de su bloque cualquiera de las cuales puede ser escogida por quien no desee cursar Religión.

Por todo lo cual procede la desestimación del presente recurso.

*Tercero.* De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741), procede imponer las costas del presente recurso a los recurrentes. Si bien al amparo de la facultad prevista en el apartado tercero de dicho artículo, se determina que el importe de las mismas no podrá rebasar la cantidad de 1.500 euros.

## OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

### ÁMBITO LABORAL

**TSJ La Rioja (Sala de lo Social, Sección 1.ª).** Sentencia núm. 132/2017, de 22 junio. AS 2017\1698. (Véase, en términos cercanos, la sentencia del mismo TSJ, Sala y Sección, 133/2017, de 22 de junio. AS 2017\1337).

*Trabajadora que lleva pañuelo islámico por alcanzar esta prohibición a la de portar cualquier tipo de prenda de vestir que sobresalga de la bata de trabajo tenga o no connotación religiosa, siendo un medio idóneo, proporcionado y necesario para la satisfacción de la finalidad absolutamente legítima de cumplir los protocolos en materia de higiene alimentaria impuestos por la empresa certificadora de calidad, estando directamente vinculado con el tipo de actividad que desarrolla de recogida de champiñones, siendo debidamente informada del abandono de la anterior actitud permisiva ante las advertencias de la certificadora de calidad.*

### Fundamentos de Derecho

*Segundo.* La sentencia de instancia ha desechado que el despido disciplinario de la Sra. Elsa por haberse negado pertinaz y continuadamente a cumplir la orden empresarial de recoger el velo islámico que forma parte de su indumentaria por debajo del gorro que ha de emplear durante la ejecución de su trabajo cercene su derecho constitucional a la libertad religiosa, razonando al efecto que dicha decisión resulta completamente ajena y extraña a la utilización del hiyad como signo externo de una determinada confesión religiosa, al responder a razones de higiene en el trabajo la exigencia de que ningún elemento de las prendas de vestir de las empleadas que prestan servicios en el departamento de producción quede por fuera de la bata y gorro de trabajo, pues de tal forma se minimiza el riesgo de contaminación del champiñón que manipulan y por su naturaleza porosa es especialmente sensible.

En el primer motivo destinado al examen del derecho aplicado, se reprocha a la decisión del Juzgado, la omisión de cualquier razonamiento sobre la posible existencia de lesión al derecho a la dignidad de la trabajadora y no haber enjuiciado la medida adoptada con criterios de proporcionalidad, atendiendo a las siguientes consideraciones: a) La desaparición de la laxitud que se produjo tras la auditoría de la certificadora de calidad, hubiera requerido informar debidamente a las trabajadoras sobre la nueva situación y darles la posibilidad de buscar soluciones alternativas, habiendo quedado acreditado a través de la fotografía incorporada al folio 208 que se permite la utilización de pañuelos y bufandas cubriendo el cuello en el comedor por fuera de la ropa de trabajo, y todo indica que dicha ropa de trabajo es la misma que usarían de nuevo en el trabajo; b) La empresa hubo de haber ofrecido a las trabajadoras musulmanas, que son una parte importante de la plantilla, otras medidas alternativas, de forma que, solo tras haber proporcionado la correspondiente información y otorgado dichas opciones sería, en su caso, procedente el recurso a medidas disciplinarias; c) Con cita de la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Palma de Mallorca de 6/02/17, manifiesta que, en una sociedad democrática no confesional, las singularidades culturales y las tendencias religiosas de los trabajadores han de ser consideradas como una limitación al poder de organización empresarial, y merecen pleno respeto, sin que se pueda incurrir en discriminación, ni antes ni durante la vigencia de la relación laboral.

A) Cuando se invoca la lesión de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, desde la STC 38/81 (RTC 1981, 38), copiosa y unánime doctrina constitucional, de la que son muestra, entre otras muchas, sus sentencias 10/11 de 28 de febrero (RTC 2011, 10), 2/09 de 12 de enero (RTC 2009, 2) y 125/08 de 20 de octubre (RTC 2008, 125), ha establecido los siguientes criterios respecto a las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, que tienen reflejo legal en los artículos 96.1 y 181.2 LRJS (RCL 2011, 1845):

a) Partiendo de la especial dificultad de probar la lesión de derechos fundamentales que normalmente se materializa en conductas enmascaradas y ocultas bajo una apariencia de legitimidad, y de la situación de especial privilegio de los derechos fundamentales y libertades públicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para garantizar su adecuada protección, se establece una modulación o flexibilización de la carga de la prueba que normalmente recae sobre el demandante, exigiéndosele solo la aportación de indicios de que se ha producido una lesión del derecho fundamental, y una agravación de la que pesa sobre el demandado, al que, una vez cumplido el anterior presupuesto, corres-

ponde la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

b) Así, corresponde al trabajador aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, estando dirigido dicho principio de prueba a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél.

Indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión, admitiéndose diversos grados de intensidad en tal prueba indiciaria, de modo que al efecto tienen aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la agresión del derecho fundamental, como aquellos otros que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar más fácilmente neutralizables, sean de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de que la vulneración se ha producido.

Pero, en cualquier caso, deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado.

Cuando la sospecha o apariencia de la violación del derecho fundamental se pretende hacer descansar en una inferencia derivada de la relación entre diversos hechos, será exigible una conexión lógica entre todos ellos que encuentre fundamento en algún nexo causal.

c) Sólo una vez que resulte cumplido ese primer e inexcusable deber por parte del demandante, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

Se trata de una auténtica carga probatoria que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales, exigiéndose, en definitiva, que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, neutralizando los indicios de que aquélla ocultaba la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Como consecuencia de ello, la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador.

2. La anterior doctrina constitucional ha sido recogida por la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS en innumerables sentencias [14/04/11 (RJ 2011, 3955), Rec. 164/10; 22/12/09 (RJ 2010, 2158), Rec. 286/09; 28/01/09 (RJ 2010, 2158), Rec. 5706/08; 20/01/09 (RJ 2009, 1435), Rec. 1927/07].

B) 1. Tal y como ha proclamado la doctrina constitucional, en cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una dimensión interna que garantiza un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual [STC 177/96 (RTC 1996, 177)], y una faceta externa que faculta a los ciudadanos para obrar de acuerdo con sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros y se traduce en la posibilidad de ejercicio inmune a toda coacción de los poderes públicos de aquellas actividades que constituyen manifestaciones del fenómeno religioso [STC 46/01 (RTC 2001, 46)], tales como las que se relacionan en el artículo 2.1 LO 7/80 (RCL 1980, 1680), relativas a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades (STC 34/11).

2. También ha puesto de relieve el máximo intérprete de la norma fundamental que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, por cuanto, las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que garantiza el artículo 38 del Texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional [SSTC 88/85 (RTC 1985, 88), 106/96 (RTC 1996, 106)].

3. Más singularmente, en relación a la prohibición empresarial de que las trabajadoras de su plantilla lleven el pañuelo islámico el TJUE [SS 14/03/17 (TJCE 2017, 24). Asuntos C-188/15; C-157/15] ha sentado la siguiente doctrina:

a) Aunque la Directiva 2000/78 (LCEur 2000, 3383) no proporciona un concepto de religión, la definición de dicha noción que suministran tanto el artículo 9 CEDH (RCL 1999, 1190 y 1572), como el artículo 10.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, nos sitúan ante una acepción am-

plia comprensiva de su manifestación interna (el hecho de tener convicciones religiosas), y también de la externa (la manifestación pública de la fe religiosa).

b) En los casos en que una reglamentación interna de empresa privada impone a todos sus empleados de manera general e indiferenciada una neutralidad indumentaria impidiendo el uso de signos visibles de cualquier convicción religiosa, afectando de forma indistinta a cualquier manifestación de dichas creencias, en la medida en que se trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, no se produce una discriminación directa en el sentido del artículo 2.2.a de la Directiva 2000/78.

c) En los mencionados supuestos se podrá producir una discriminación indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la directiva, si la indicada prohibición aparentemente neutra ocasiona una desventaja particular a aquellas personas que profesan una determinada religión, lo que no sucederá, cuando debido a la naturaleza de la concreta actividad profesional de que se trate o el contexto en que se lleve a cabo, tal proscripción se refiera a un requisito profesional esencial y determinante y el objetivo perseguido sea legítimo y proporcionado, y tampoco en los casos en que se siga por parte del empresario un régimen de neutralidad religiosa en las relaciones con sus clientes.

C) A la hora de examinar la queja de la recurrente, la Sala debe atenerse al relato fáctico de la sentencia de instancia, sin que podamos tomar en consideración las afirmaciones vertidas en el escrito de formalización [basadas en un documento ya valorado en la instancia junto con los testimonios de los testigos que depusieron en la vista oral, extrayendo unas conclusiones de hecho contrarias a las que dicho litigante mantiene –FJ 3.º–], que no tienen respaldo en el histórico, lo que nos sitúa ante el siguiente escenario:

– En la empresa demandada, dedicada a la comercialización de champiñón, existe una norma por la que, durante la ejecución de las tareas de corte y recolección, los trabajadores deben llevar una bata que cubra totalmente su ropa y un gorro que recoja todo el cabello, estando prohibido el uso de cualquier tipo de joyas o complementos ornamentales y laca de uñas.

– La ropa de trabajo no puede sacarse de las instalaciones salvo para su lavado.

– En marzo de 2016 el auditor de una empresa certificadora de calidad advirtió a la empresa demandada que constituía una contravención de su normativa en materia de higiene que podría llevarles a perder la certificación de calidad, el hecho de que la ropa de algunos trabajadores sobresaliese por fuera de la bata (capuchas de sudaderas y velo islámico cubriendo el cuello).

– Siguiendo las indicaciones del responsable de producción, las encargadas de línea transmitieron a todas las trabajadoras que deberían cumplir escrupulosamente la instrucción de mantener toda su indumentaria cubierta bajo la bata y el pelo con el gorro, habiendo acatado todas ellas dicha norma salvo la demandante y otra trabajadora musulmana, que a pesar de habérseles indicado que podían llevar el velo recogíéndolo por dentro del gorro, manifestaron que esa era su indumentaria y no la iban a cambiar.

– Sancionada la trabajadora con 15 días de suspensión de empleo y sueldo ante su oposición a cumplir la indicada instrucción empresarial, tras su reincorporación el día 14 de abril mantuvo idéntica actitud de rebeldía al acatamiento del mandato empresarial.

D) Desde la óptica jurídico sustantiva, no solo la trabajadora no ha aportado prueba indiciaria de la que quepa inferir con un cierto grado de solidez y contundencia que la medida adoptada por la empresa tenga cualquier tipo de vinculación o relación con el uso del velo islámico como signo externo de profesar la religión musulmana, sino que la empresa demandada ha acreditado cumplidamente que su decisión es totalmente extraña y ajena a dicha circunstancia.

En efecto, contrariamente a lo que se afirma en el escrito de formalización, la norma vigente en la empresa en materia de ropa de trabajo, a cuyo cumplimiento la demandante ha mostrado frontal y abierta resistencia, no se dirige exclusivamente a las trabajadoras que usen el velo islámico o utilicen signos visibles de profesar cualquier otra creencia religiosa, y tampoco impide el uso del hiyab, sino que la prohibición alcanza a cualquier tipo de prenda de vestir que sobresalga de la bata de trabajo tenga o no connotación religiosa, estando permitido llevar el velo siempre y cuando se recoja bajo el gorro y no esté al descubierto en la zona del cuello, lo que excluye radicalmente que nos encontremos ante una actuación que dispense un trato desigual a las trabajadoras de religión musulmana, frente al resto de empleadas, y que el móvil que ha guiado tal proceder esté relacionado con las convicciones religiosas de las trabajadoras.

No advertimos tampoco el más mínimo atisbo de discriminación indirecta, habida cuenta que la decisión patronal de exigir a las trabajadoras la estricta observancia de las normas sobre la vestimenta de trabajo, constituye un medio idóneo, proporcionado y necesario para la satisfacción de una finalidad absolutamente legítima, cual es la de cumplir los protocolos en materia de higiene alimentaria impuestos por la empresa certificadora de calidad, estando directamente vinculado con el tipo de actividad que desarrolla la empresa, en tanto en cuanto lo que a través de esa medida se persigue es, tal y como con claro valor fáctico se indica en el tercer fundamento de derecho, reducir el riesgo de con-

taminación alimentaria con partículas elementos o sustancias adheridos a la ropa del trabajador, al ser el champiñón por su carácter poroso un elemento especialmente sensible, sin que se nos ocurra solución alternativa a la ofrecida por la empresa [recoger el velo dentro del gorro] que permita compaginar las exigencias de salubridad en la manipulación de alimentos conforme a la norma de calidad, y el derecho de la trabajadora a la utilización plena de ese signo externo de la religión musulmana como manifestación de la vertiente externa de su libertad religiosa.

E) La anterior conclusión no se empaña por el signo de la sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca que se cita, pues no solo dicha resolución, conforme al artículo 1.6 CC (LEG 1889, 27) no constituye jurisprudencia cuya infracción pueda fundamentar un motivo de censura en suplicación [SSTS 25/09/13 (RJ 2014, 1204), Rec. 3/13; 16/07/14 (RJ 2014, 5200), Rec. 2141/13], sino que además, las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho que en ella se resuelve (negativa de una empresa de handling a que un agente administrativo del departamento de servicio al pasajero utilizara el velo islámico alegando que no formaba parte de la uniformidad, sin que en el manual operativo vigente en cuanto a imagen personal existiera norma prohibitiva alguna respecto al uso del hiyab), son absolutamente diferentes de las que se dan en el caso enjuiciado.

No se ha producido la infracción jurídica denunciada. Se desestima el motivo.

## INCITACIÓN AL ODIO

**Juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona, de 11 de diciembre de 2017, ARP 2017\1418.**

*El condenado ha difundido, a través de su página web, opiniones y documentos denigrantes y vejatorios contra personas inmigrantes, que profesan la religión musulmana, judíos y afrodescendientes, defendiendo a ultranza la supremacía de la «raza aria» sobre las demás.*

### **Fundamentos de Derecho**

*Segundo.* Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas garantizados por la Constitución en su modalidad

de provocación a la discriminación, al odio o la violencia del artículo 510 apartado 1.º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en su redacción anterior a la LO 1/2015 (RCL 2015, 439, 868), del tenor:

1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Tipo que tiene como antecedente inmediato el artículo 165 ter del anterior Código Penal (RCL 1973, 2255), introducido por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 mayo (RCL 1995, 1423) así como en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional a través de las SSTC 214/1991 (RTC 1991, 214) o 235/2007 (RTC 2007, 235), respondiendo ambos a la decisión legislativa de adelantar la intervención penal en la lucha contra este fenómeno y a la necesidad de dar cumplimiento a la normativa europea – *cif.* Decisión Marco 2008/913/JAI (LCEur 2008, 1979) del Consejo relativa a la «... lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal», que obligó a los Estados a definir como infracciones penales determinados actos, entre ellos, los que son relevantes para el supuesto enjuiciado aquellos relativos a «... la incitación pública a la violencia o al odio contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico.»

El precepto invocado sanciona a «... quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones.», por los distintos motivos recogidos en el precepto, cuya aplicación presenta junto a la habitual de dar cumplimiento a los requisitos legal-jurisprudenciales exigidos en dicha figura, la específica de dar respuesta a la eventual colisión del castigo penal con el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos como tales pero que además, resultan de especial relevancia para el correcto desarrollo del sistema democrático.

En cuanto a la segunda de las cuestiones apuntadas, debe partirse de que los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión permiten, inicialmente, no solo asumir cualquier idea, sino expresarla e, incluso, difundirla, y acomodar a ella el desarrollo de la vida propia, siempre con los límites que impone la convivencia respetuosa con los derechos de los demás.

La restricción de tales derechos, pues, y más aún el recurso a la sanción penal, requiere de una justificación que según el Tribunal Constitucional solo

se encuentra cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no solo eso, sino que es preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal, pues la STC 214/1994(sic) (RTC 1991, 214) señala que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.

La traducción práctica de lo expuesto nos lleva a tener que distinguir en el caso, si las publicaciones de la página web del acusado entran dentro de lo que se conoce como discurso del odio o hate speech, que no está protegido, generalmente, por la libertad de expresión y el discurso ofensivo o impopular, sí protegido por la misma, no habiendo los tribunales establecido claramente la línea divisoria entre un tipo y otro de discurso siendo la diferenciación, por lo general, casuística.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicando e interpretando el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha venido considerando –por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999– que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, ha situado fuera del ámbito de protección de dichos derechos la difusión de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito –SSTC 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204), 11/2000, de 17 de enero (RTC 2000, 11), 49/2001, de 26 de febrero (RTC 2001, 49), 160/2003, de 15 de septiembre (RTC 2003, 160)–. En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, ha concluido que el artículo 20.1 CE (RCL 1978, 2836) no garantiza «... el derecho a expresar y difundir una determinada concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues hacerlo sería tanto como admitir que la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la

paz social como es la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)». Por lo que respecta al Tribunal Supremo, también ha excluido la cobertura de la libertad de expresión a los discursos del odio. En la STS 224/2010, de 3 de marzo (RJ 2010, 1469) se afirma que el discurso del odio, «... no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica...».

De ello cabe concluir que aunque la libertad ideológica y la libertad de expresión protegen la libre expresión de las ideas, incluso rechazables y molestas para algunas personas, en ningún caso tales libertades pueden dar cobertura al menosprecio y el insulto contra personas o grupos, o la generación de sentimientos de hostilidad contra ellos.

Y en cuanto a la subsunción típica de las conductas en el texto legal, la utilización del término «... provocación...» en el tipo penal, ha llevado al Tribunal Supremo –*cf.* STS 12.4.2011 (RJ 2011, 5727)– a señalar que la utilización del término provocación hace preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18 del Código Penal, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. Artículo 18 del CP que define la provocación como la incitación directa a la comisión de un delito por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, lo cual exige, según la los siguientes elementos definidores:

- a) La iniciativa para la ejecución de uno o varios hechos delictivos, no bastando con una estimulación vaga y generalizada;
- b) Percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes;
- c) Que la incitación tenga virtualidad suasoria y de convencimiento,

Es necesaria, por lo tanto, una mínima determinación del delito a cuya comisión se provoca. En consecuencia, es preciso que la incitación sea directa y encaminada a la ejecución de hechos dotados de una mínima concreción que permita su identificación y su calificación como delito. En resumen, para el Tribunal Supremo, la conducta típica del artículo 510 requiere que sea posible como resultado del mensaje, un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir una acción difusora de expresiones que inciten al odio, a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el tipo.

Jurisprudencia esta, todo debe señalarse, notoriamente cuestionada por un amplio sector doctrinal que estima que no puede aplicarse la configuración del verbo «provocar» definida en el artículo 18 del Código Penal porque de ser así

se dejaría sin aplicación, y en una casi de facto derogación, el artículo 510 del Código Penal, pues la provocación entendida en los términos previstos en el artículo 18 del Código Penal es la incitación a la perpetración de un delito y, por el contrario, la provocación del artículo 510 del Código Penal, no es una provocación directamente encaminada a la perpetración del delito sino a generar discriminación, odio o violencia.

En este punto, con pleno respeto a lo resuelto por el Tribunal Supremo pero teniendo en cuenta que la línea jurisprudencial expuesta lo ha sido en una única sentencia, este Juzgador estima que la incitación típica al odio y a la discriminación no requiere necesariamente del llamamiento a tal o cual acto de violencia ni en suma, a otro acto delictivo. Los ataques verbales, escritos e incluso gráficos que se cometan contra personas, injuriándolas, ridiculizándolas o difamándolas por las razones expuestas en el artículo 510, son suficientes para constituir la conducta típica, siempre que cabalmente supongan un efectivo llamamiento a la discriminación, al odio y sin duda, a la violencia frente a dichos colectivos, si, de las características del contenido del mensaje, se estima que este puede mover, sentimientos primero y conducta después, en una dirección peligrosa para el bien jurídico que se protege.

Por lo que respecta al término «discriminación», puede definirse como aquel comportamiento que implica una negación de la igualdad entre todos los seres humanos basada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia, señalándose entre sus caracteres distintivos, a) el origen del trato desigual: las causas que lo producen están siempre relacionadas con ciertos caracteres diferenciales de las víctimas, que las colocan, conforme a las valoraciones sociales imperantes, en situación de inferioridad respecto del resto, de la mayoría dominante, y b), que se trata de un trato peyorativo, de menosprecio, que crea o profundiza la situación de marginación en que se encuentran colectivos por el solo hecho de que sus miembros comparten caracteres que los distinguen de la generalidad y c) un trato que niega su condición de seres humanos iguales a los demás, lo que afecta a su dignidad personal –*cf.* SSTC 128/87 (RTC 1987, 128), 214/91 (RTC 1991, 214) o 176/95 (RTC 1995, 176)–.

Por lo que respecta al odio, definido en el Diccionario de la RAE como «... antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea ...», para el artículo 510 del Código se convierte en un sentimiento transitivo, pues teniendo y movido por él, se castiga su transmisión a los destinatarios del mensaje.

Conforme a lo expuesto hasta aquí, este Juzgador estima que en el presente supuesto se dan los elementos objetivos del tipo aquí enjuiciado tal y como el mismo ha sido conceptualizado, legal y jurisprudencialmente.

Ya de la lectura in totum de los artículos consignados en los hechos probados, se rezuma ese odio e inferioridad descritos, pero más concretamente, de textos de los mismos, tan explícitos como:

«... con el mestizaje se pierde la variedad natural de la raza blanca...»

«... Por lo tanto, ¿para qué diablos queremos el mestizaje? ¿Para terminar todos con piel negra, ojos negros, cabello negro y rasgos desproporcionados? Viéndolo desde este punto de vista nos supone una gran desventaja, y eso sin entrar en otras áreas en cuestión a las aptitudes y otras diferencias raciales...»

«... este mestizaje es para hacernos más pobres (cultural y espiritualmente) y por supuesto más débiles...»

«... Las sociedades que permiten que un grupo de raza ajena viva junto con ellos desaparecen...»

«... No es constructivo odiar a otras razas, o a los mestizos, pero la separación étnica es un requisito para el mantenimiento de la propia raza...»

«... Las chocantes y grotescas imágenes de este vídeo nos muestran en toda su crudeza la verdadera cara de la africanización de Europa, la implantación sin freno de la barbarie y el salvajismo africanos...»

«... Unas poblaciones con sus instintos primitivos intactos, con su brutalidad innata indómita, con su bestial desenfreno desatado...»

«... El presente de África prefigura nuestro inmediato futuro. ¿Qué podemos esperar de quienes nunca han salido de la ferocidad propia de la barbarie y el salvajismo, de la bestialidad esencial de las formas más primitivas de vida humana?...»

«... ¿Es razonable esperar que estos cafres indomesticables hagan en apenas unos meses o uno años de aclimatación a nuestra civilización el camino que nuestros antepasados han tardado centenares de miles de años en recorrer? ¡Locura, insensatez, delirio, quimera, desvarío!...»

«... finalmente he entendido que los estatus no cambiarán nunca: los blancos superiores, los negros inferiores...»

«... No hay nunca que olvidar que tú eres el amo y que ellos son niños...»

«... nunca los aceptéis como vuestros iguales sociales: de lo contrario os devorarán u os destruirán...»

«... en cuanto al esfuerzo intelectual que representan las conquistas técnicas, el negro no es capaz de producirlo ni de entenderlo...»

«... Existe una raza superior con más aptitudes y una inteligencia mayor. Una raza más bella con los mejores colores, los ojos más lindos la más sana piel. Una raza mejor, exitosa y eficiente, existe una raza superior y nosotros pertenecemos a ella».

«... se levanta el grito de repulsión contra este pueblo que se cree escogido y carece de sentimiento humano, el amor al prójimo, el apego a la tierra, el culto del heroísmo, de la virtud, de los grandes hechos donde quiera que se producen.»

«... No aportan nada al bienestar general de nuestra sociedad, en la que viven sin ofrecer nada positivo a cambio y generando sólo conflictos e inquietud e incluso, como ya se venía anunciando por los más lúcidos, muerte y desolación. No quieren arrimar el hombro, sino meternos la mano en el bolsillo, medrar a la sombra de nuestra suicida tolerancia y arruinarlos la existencia...»

«... Quieren algo adecuado a su mentalidad arcaica, algo acorde a su inferioridad cultural, algo consustancial a la vileza moral que impregna el ISLAM y las poblaciones a él sometidas...»

«... El ISLAM sólo aporta regresión, miseria, brutalidad, maldad, degradación, suciedad, decadencia, intolerancia y muerte. El ISLAM es la negación de todos los valores e ideales que sustentan la Civilización Occidental: el progreso, la igualdad entre el hombre y la mujer, las libertades individuales y colectivas, los derechos humanos, la democracia, la tolerancia, la solidaridad, la compasión cristiana...»

«... Donde llega el ISLAM con sus infinitas lacras morales, culturales, espirituales y sociales, llega el desorden, la discordia, el conflicto, la barbarie: discriminación de la mujer, burkas, miseria, fanatismo, incultura, ayatolás, talibanes, corrupción, oscurantismo, despotismo, terrorismo... Se acabó la tranquilidad, la paz, el bienestar, el progreso, la seguridad. Se acabó el orden, el respeto de la ley, la posibilidad de una existencia digna y decente. Se acabó la vida civilizada y la convivencia pacífica...»

«... El ISLAM es como una plaga de langostas: todo lo arrasa, todo lo destruye, todo lo ensucia, todo lo envilece...»

«... El ISLAM lleva consigo una tremenda carga de energía destructiva, toda su historia no nos habla de otra cosa. Tinieblas y pestilencias medievales, odio al progreso, a la modernidad, a la igualdad, a la libertad, a la tolerancia, a la paz...»

«... El ISLAM es un mundo retrógrado, un paisaje malvado y corrompido, un tiempo estancado, un universo de oscuridad antigua donde se lapidan a las mujeres, cuando no se las flagela en público, donde se mutila sexualmente a las niñas, donde se vende a las hijas de 12, 10 y hasta 6 años por un rebaño de cabras, media docena de camellos o un puñado de billetes. [...]»

«... Nunca volveremos a vivir en paz y en seguridad mientras estos indeseables pululen por nuestras calles...»

«... Quieren dominarnos y ponernos a su servicio antes de acabar definitivamente con nosotros. El futuro se perfila sombrío y amenazante. Tenemos al enemigo dentro de nuestra casa, y sólo espera el momento oportuno para saltarnos al cuello y devorarnos las entrañas. ISLAM: TOLERANCIA CERO...»

«... La delincuencia inmigrante no está ligada a la ilegalidad ni la legalidad de manera preferente: los inmigrantes delinquen independientemente de su situación legal o ilegal...»

«... Tan feroz es una hiena del zoológico de Barcelona con todos sus papeles en regla, e incluso vacunada y desparasitada, como una hiena indocumentada y llena de garrapatas del Serengeti. Ambas deben ser tratadas como corresponde: hay que sacarlas de la circulación, apartarlas de sus potenciales víctimas, dejarlas en estado de impotencia...».

«... es hora que los hermanos blancos nos unamos todos en un mismo bando dejando atrás las pequeñas diferencias que nos distancian el enemigo crece a diario y no solo tenemos uno si no que son varios los enemigos a combatir nosotros solo queremos vivir en paz con nuestras familias pero ellos se empeñan en tomar una tierra que no es suya, sin respetar nuestras creencias y tradiciones por eso hermanos blancos del mundo levantaos contra el puño amenazador y aplastemos de una vez a nuestro enemigo sieg hell por ESPAÑA por EUROPA!!!»

En ocasiones acompañados de cruces célticas –símbolo conocidamente utilizado por los grupos neonazis–, permiten concluir que existe una provocación directa a odiar y discriminar a las personas de raza negra, de religión judía o musulmana, a las personas migrantes, y en general hacia cualquiera que no sea de raza blanca, exclusivamente por no serlo, difundiendo un mensaje claro y explícito de indignidad y de inferioridad de estas personas, antesala de situaciones objetivas de discriminación.

Dichos textos no pueden sino calificarse como mensajes odiosos que, por sí mismos, son peligrosos para la convivencia. Se trata de expresiones discriminatorias que van más allá de la mera exposición de ideas o de opiniones, por chocantes u ofensivas que pudieren resultar, pues nos hallamos ante expresiones que a través de la fuerza o vis atractiva de la persuasión y/o por la contundencia del contenido agresivo que se emplea, pueden producir los efectos que la norma pretende evitar, esto es, la discriminación y el odio hacia los colectivos identificados. Los textos son en sí mismos destructores de la dignidad de las personas, y no hay otra finalidad en dichos textos que la despreciarlos, con una contundencia y agresividad que merece un indudable reproche penal.

Contemplada la cuestión desde la intención del acusado, los hechos no pueden tener otro objeto que provocar entre el colectivo de personas que accedieran a la página web esa discriminación y el odio propios del acusado, estimulando sin duda en sus receptores esas mismas actitudes, sino ya más hostiles cuando no agresivas, que en todo caso y según lo dicho, no pueden encontrar amparo ni justificación en el ejercicio por el acusado de su libertad de expresión constitucionalmente protegida.

En este sentido, este Juzgador concede una importancia particular al soporte utilizado y el contexto en el que se difundieron en este caso los textos incriminados y, por consiguiente, al impacto potencial. No se trata de octavillas ni de un discurso, sino de una página web visitada en cinco meses en más 30000 ocasiones. La utilización de un medio tan potente y extendido como Internet, constituye un canal totalmente idóneo y rápido para que la propagación de ideas con dicho contenido llegue a un gran número de personas, independientemente de su situación geográfica, siendo susceptible de estimular en éstas, un estado de opinión de animadversión, y en ocasiones de odio, hacia los colectivos reseñados.

#### AUSENCIA DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4.<sup>a</sup>).**  
Sentencia núm. 364/2017, de 18 mayo. JUR 2017\183521.

*Desestimación de despido nulo: decisión extintiva ajena a todo propósito discriminatorio por razones religiosas.*

#### **Fundamentos de Derecho**

*Segundo.* Con invocación del artículo 193 c) LRJS (RCL 2011, 1845) el recurrente considera infringidos los artículos 24 CE (RCL 1978, 2836) y 35, y 55.1 y 55.5 ET (RCL 2015, 1654), sosteniendo que la nulidad del despido la insta por carecer de causa –no pudiendo defenderse frente a ello con la quiebra del derecho al trabajo– y vulnerar así el derecho a la libertad religiosa, concurriendo indicios para invertir la carga de la prueba.

En primer término ha de señalarse que el carácter extraordinario del recurso de suplicación obliga a la Sala a enjuiciar el litigio desde el sustrato fáctico declarado y no alterado, de forma y manera que no resultan atendibles aquellas alegaciones ajenas a dicho relato fáctico.

De este relato se infiere que la comunicación extintiva de fecha 30.06.2015 lo fue por disminución reiterada y voluntaria en el rendimiento y dejación de funciones; que a lo largo de la relación laboral el demandante no se negó a participar durante las jornadas escolares en el momento de oración al inicio de las mismas, ni conversó con los alumnos de religión ni de política. Igualmente que en la reunión del Equipo Directivo en la que se acordó el despido del demandante, el Director del colegio explicó que había problemas con él, porque no mantenía la disciplina de los alumnos ni hacía un seguimiento adecuado de los alumnos de prácticas. Tras hacer la correspondiente valoración del demandante, el Equipo Directivo acordó su despido, aun cuando se trató en la reunión de la posibilidad de reconocerle una indemnización. El Equipo Directivo del centro hace evaluaciones de desempeño a los profesores, teniendo en cuenta las autoevaluaciones que han de llevar a cabo los propios educadores y las encuestas a padres y alumnos. Algunos padres se quejaban del demandante por exigir mucho a los alumnos. Por último, indicar también que en el acto del juicio la empresa reconoció la improcedencia del despido del demandante por defectos de forma, habiendo optado por el pago de la indemnización.

Recuérdese al efecto que será el demandado quien deba asumir la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo, sino la acreditación de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (SSTC 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17) y 3/2006, de 16 de enero (RTC 2006, 3), entre otras).

Por su parte, el Tribunal Supremo en resolución de fecha 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1981) (ROJ: STS 1584/2017 –ECLI: ES: TS:2017:1584) argumentaba que: «... al demandado o le basta con suscitar en el juez dudas en torno al carácter justificado de la medida, sino que éste ha de declararla justificada cuando esté convencido, en grado de certeza de tal justificación. Así lo exige el propio Tribunal Constitucional que en una acción sobre despido ha declarado que “la pretensión del demandante en favor del despido discriminatorio debe quedar invalidada si el juzgador laboral, a la vista de la actividad probatoria del empresario demandado, aprecia de forma inequívoca la existencia de hechos ciertos, que aún sin constituir causa legal de justificación del despido, fueron los que le indujeron a tal decisión, hechos que el Magistrado debe reconocer como únicos causantes del despido y como ajenos a todo propósito discriminatorio” [STC 114/89, de 22 de junio (RTC 1989, 114)]. El mismo Tribunal Constitucional [STC 101/2000 (RTC 2000, 101)] ha señalado, refiriéndose a la

normativa que nos ocupa, que la disposición legal supone en este punto la transposición de nuestra reiterada jurisprudencia, según la cual y una vez alegados por el trabajador indicios razonables de la lesión invocada, corresponde al empresario probar que el despido “respondía a causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales –lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria [STC 114/1989 (RTC 1989, 114)]–, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador” [STC 90/1997, de 6 de mayo (RTC 1997, 90), FJ 5, sintetizando los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional sobre la prueba indiciaria y recogiendo abundantes decisiones de este Tribunal en el mismo sentido].»

La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa revela la inexistencia de indicios suficientes para sustentar la vulneración denunciada por el recurrente. La decisión extintiva se muestra ajena a todo propósito discriminatorio por razones religiosas. Ningún dato fáctico permite sostenerlo. Ya se ha transcrito más arriba evaluaciones del desempeño de las funciones asignadas, realizadas al efecto por el Equipo Directivo del Centro, con base y sustento en a las autoevaluaciones de los educadores, a encuestas a padres y alumnos. Igualmente de la comparativa efectuada en la instancia resulta una puntuación inferior en el caso del demandante, constanding así mismo la existencia de quejas de padres de alumnos (HP 12, no combatido en el recurso). Circunstancias tales que condujeron a una declaración de improcedencia del despido, al entender la magistrada a quo que la causa del despido se mostraba un tanto desdibujada y no acreditada cumplidamente –la empleadora reconoció inconcreción y vaguedad en la descripción de la carta–, pero que no permitieron entonces, ni tampoco en sede de suplicación, alcanzar la declaración de nulidad peticionada.

Los elementos declarados probados no revelan que dicha decisión extintiva constituya una reacción o represalia frente a una actitud religiosa o no del demandante, ni que el Centro hubiera conocido sus creencias y por ello procediese a su despido, cuando, sin embargo, habiendo iniciado la relación laboral

en 2011 en virtud de contrato temporal, lo convierte en indefinido en 2012, y tampoco consta que con posterioridad, en los siguientes cursos escolares, hubieran tenido lugar manifestaciones y actuaciones contrarias al programa de Coordinación de la Acción pastoral, o ideario del Centro que hubieren podido provocar la acción vulneradora del derecho a la libertad religiosa que denuncia el recurrente.

Ajustándose la sentencia de instancia a la normativa de referencia, procede su confirmación y correlativamente se acuerda la desestimación del recurso interpuesto.