

I

POLÍTICA Y DERECHO

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y MORAL

por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ*

INTRODUCCIÓN

En intervenciones de cursos anteriores comencé aludiendo a las dificultades que supone para los que cultivamos una parcela tan concreta de la Ciencia del Derecho, como es el Derecho administrativo, encontrar dentro de ella un tema que pudiera ofrecer interés general para todos Vds. De aquí la tentación —a la que no pude escapar en mi última intervención— de salir del ámbito propio de mi disciplina para elevarme a temas más generales.

Hoy, sin embargo, me he mantenido dentro de los límites propios del Derecho administrativo. Porque, pese al título de mi disertación, no me he elevado al plano de la Filosofía del Derecho para ocuparme en abstracto del gran tema de las relaciones entre la Moral y el Derecho. Pretendo algo más humilde. Pretendo hacer algo parecido a lo que hizo Demófilo De Buen refiriéndose al Derecho civil en la que, quizás, fuera su primera conferencia en su exilio en Méjico. En frases de De Buen, «pretendo exponer mis opiniones como un profesional del Derecho, sin desdén, antes bien con gran respeto por la filosofía, pero al mismo tiempo con arraigada vocación por la jurisprudencia, la cual, si no se levanta a las regiones más elevadas del pensamiento es por llevar el lastre de los preceptos legales y la carga de la vida»¹.

* Sesión del día 13 de junio de 1995.

¹ De Buen, *La moral en el Derecho civil*, conferencia pronunciada en 1940, al empezar su exilio mejicano, y publicada en la «Revista de la Facultad de Derecho de México». Tomo XL, núm. 172 a 174 (1990), pp. 58 y ss.

Hace unos años, al pronunciar una conferencia en la Universidad Autónoma de Méjico y aludir el presentador a mi condición de miembro de esta Academia, dió lugar a que, en el coloquio que siguió a mi disertación, la primera pregunta que se me hiciera fuera cómo podía existir una Academia de Ciencias Morales y Políticas, dada la absoluta incompatibilidad entre moral y política. Era comprensible la reacción de aquel profesor mejicano que entonces se enfrentaba con una realidad muy similar a la española de hoy. Ante realidades como éstas, ciertamente no resulta tarea fácil conciliar una y otra. Y aunque de la corrupción no escapan los titulares del legislativo, donde se manifiesta con toda su crudeza es en la proyección administrativa de la acción política. Tema de tanto interés internacional, que ha dado lugar a la celebración de un Congreso en Washington los días 20 a 23 de noviembre de 1994 (el «I Congreso Internacional de Etica Pública») organizado por la Agencia de Información de los Estados Unidos y por la Oficina de Etica Pública. Pero el objeto de este trabajo no es el de la corrupción política en ninguno de sus aspectos. Sino examinar en qué medida la moral aparece en el ejercicio de las distintas funciones administrativas.

Existen en nuestro Ordenamiento jurídico administrativo normas en que todavía está presente la Moral. En buena parte, como residuos de una legislación de otras épocas.

Si en el Derecho civil, concretamente, en nuestro Código, se han incorporado a su sistema mandamientos morales, no solo en el Derecho de familia, sino en el terreno en que con la máxima intensidad rige la autonomía de la voluntad —en los negocios jurídicos—, en la múltiple, compleja, dispersa y caótica legislación administrativa existen también numerosos preceptos que hacen referencia a la moralidad, honorabilidad y buena conducta, con finalidades muy distintas.

Lo que intento en este trabajo es ofrecer una exposición sistemática de algunas de estas manifestaciones, y delimitar el sentido y alcance que en el Ordenamiento jurídico administrativo español vigente tiene la moral.

Porque si existen conceptos relativos en el tiempo y en el espacio, pocos alcanzan el grado de la moral. Quizás, parejo a otro que ocupa un puesto central en el sistema de intervención administrativa: el de orden público.

Cuando en los artículos de una legislación civil se prohíbe el ejercicio de potestades a personas de mala conducta o de conducta peligrosa para la moralidad, o una ley administrativa prohíbe ciertas actividades por ser contrarias a la moral, tienen un sentido muy distinto según que se refieran a España, Suecia o Irán. Como tendrán un sentido muy distinto según se refieran a la España de 1934, 1940, 1970 ó 1995.

Es cierto que la moral de cada pueblo se asimila cada vez más a la de los demás pueblos —al menos, los de una misma cultura y civilización—, a través de un proceso de universalización de la moral en sus principios más altos. Y que la moral a que dan acogida las leyes a través de diversas locuciones no puede equi-

pararse a las costumbres corrientes de una localidad². Pero no puede desconocerse «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; como impone el artículo 3.º del Código Civil al establecer los criterios de interpretación.

Y es que, como dice Federico de Castro al comentar las normas del Código en las que la moral aparece como límite a la libertad contractual (arts. 1.244 y 1.275), ello no significa una utópica recepción de todas las reglas de la Etica, sino limitándola a las «buenas costumbres» —expresión que se emplea en otros artículos del Código—. «Las buenas costumbres —dice— hacen referencia a la moral y, a su vez, a la consideración social, según aquélla, de las conductas. Se trata de una conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas»³.

Como mi propósito es ofrecer un sistema de Derecho positivo, considero ineludible comenzar por destacar la evolución de los principios informantes del Ordenamiento jurídico español. Porque son los principios los que informan este Ordenamiento —como dice el art. 1º.4 del Código Civil—, orientan la labor interpretativa y los Jueces y Tribunales aplicaran las leyes conforme a la interpretación de las mismas que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional —según expresión del art. 5º.1, LOPJ—.

Es evidente que sin producirse una tan drástica sustitución de los principios como la que supuso la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la realidad social puede imponer no ya una distinta interpretación de las normas, sino hasta su derogación. Ejemplo expresivo en el aspecto que quiero hoy tratar es el de unas normas sobre trajes de baño y vestuario en playas y piscinas de 1.940, que no fueron derogadas expresamente por ninguna posterior. La invasión del turismo determinó su olvido e inaplicación hasta en los municipios de España más conservadores. Pero cuando lo que cambian son los principios generales informantes del Ordenamiento, cuando estamos ante un Ordenamiento jurídico nuevo, lo que se entiende por moralidad, honorabilidad y buenas costumbres es algo que nada o muy poco se parece a lo que por estos conceptos se entendía en el Ordenamiento derogado.

EVOLUCIÓN: DEL ESTADO CONFESIONAL AL ESTADO LAICO

El Estado confesional

El Estado español ha sido confesional desde la Constitución de 1812, salvo muy limitados periodos de tiempo. El artículo 12 de aquella Constitución procla-

² De Buen, *La moral*, cit. p. 69.

³ De Castro, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, 1985, pp. 246.

maba que «la religión de la Nación española es y será perpétuamente la católica apostólica romana, única y verdadera». Y tan solemnes declaraciones se encuentran en la generalidad de los textos constitucionales ulteriores —con la excepción de la Constitución, de 1869 y la de la II República— hasta llegar al Ordenamiento jurídico del Estado que se instauró en España en 1936, en el que, sin duda por reacción contra el anticlericalismo que dominó la Constitución de 1931⁴ se proclamó la confesionalidad del Estado en términos no menos solemnes que en las Constituciones anteriores.

Aunque se reconociera —como se reconocía en el art. 6º del Fuero de los Españoles de 1945— que nadie sería molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio de su culto, se consagraba entre los Principios fundamentales «el acatamiento de la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional que inspirará su legislación» (principio II de la Ley de 17 de mayo de 1958). Y profesar la Religión católica era una de las condiciones que, para acceder a la Jefatura del Estado, exigía el artículo 9 de la Ley de Sucesión de 26 de julio de 1947.

Llegó a reconocerse la libertad religiosa; pero tímidamente. Y la Religión Católica siguió siendo la del Estado español y gozaba de protección oficial (art. 6 del Fuero de los Españoles y Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958).

Lo que, forzosamente, había de reflejarse en algunas disposiciones administrativas, en las que la moral a que se referían no era otra que la moral católica.

Ha de reconocerse, no obstante, que, cuando la doctrina se enfrentaba con el sentido que había de darse a la moral, honorabilidad o buena conducta a que se remitían las leyes, en modo alguno las vinculaban a la concepción católica. No pueden ser mas expresivas las afirmaciones citadas de Federico de Castro.

Del «Estado católico-social y representativo» según se definía en el artículo 1º de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947, se va a pasar al Estado social y democrático, en que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», en términos de la Constitución de 1978 (art. 16)⁵.

La Constitución de 1978

La sanción de la Constitución de 1978 va a determinar una legislación nueva, en la que no solo desaparecerá cualquiera vinculación de la moral a la moral católica, sino en la que se observa una tendencia a barrer de nuestras leyes algunas de las referencias a las reglas de moral que en ellas se contenían. A lo que,

⁴ Así, Beneyto, en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dirigida por O. Alzaga), Madrid, 1984, II, p. 343.

⁵ González Pérez, *La dignidad de la persona*, Ed. Civitas, 1986, pp. 75 y ss.

quizás, contribuyó el modo en que había sido aplicada la normativa anterior. Ejemplo expresivo es el de los certificados de buena conducta.

Existen una serie de actividades sujetas a la obtención de una licencia, autorización o permiso. El administrado no podrá realizar aquellas actividades sin obtener el acto legitimador dictado por la Administración competente. Si para algunas de estas actividades basta verificar si el sujeto no adolece de ningún defecto físico que lo impida o si posee unos conocimientos que le habilitan para su ejercicio, en otras se estima necesario acreditar una buena conducta. El ejemplo típico ha sido siempre la licencia para el uso de armas.

En principio, nada parece más razonable. Que el Estado, antes de permitir a un ciudadano la tenencia y uso de armas, trate de asegurarse de que, por su conducta, no es presumible que vaya a hacer mal uso de ellas tiene perfecto sentido. Lo que no ha sido razonable, lo que no tenía sentido, era la forma de acreditar la «buena conducta», a través de un certificado expedido por un órgano administrativo, en cuya decisión podían influir —y de hecho influyeron— los motivos más diversos. L. Martín-Retortillo recuerda el caso de un viejo colega universitario, inveterado cazador que, al solicitar un año el certificado de buena conducta exigido para obtener la licencia de armas de caza, le fue denegado por haber firmado un escrito colectivo de protesta sobre ciertas actuaciones políticas y por haber asistido a una reunión política no autorizada⁶.

La Ley 68/1980, de 1 de diciembre sobre expedición de certificaciones e informes de conducta ciudadana puso fin a aquella situación con una fórmula que no podía ser más simplista. Salvo en supuestos en que por norma con rango de Ley se exigiere una declaración distinta, «las certificaciones e informes de conducta ciudadana, consistirían en la certificación de antecedentes penales». De este modo, se sustituía el subjetismo del titular del órgano por la objetiva constatación de si ha existido o no una condena penal. Ya con anterioridad a esta Ley, la jurisprudencia había matizado los criterios determinantes a la hora de decidir sobre la buena conducta. Una importante sentencia de 19 de enero de 1977 (Ar. 274) decidió un recurso interpuesto contra el acto por el que un Gobernador civil había clausurado un bar por no cumplir su propietario el requisito de buena conducta exigido, al ser frecuentes las violentas discusiones conyugales. La sentencia estimó el recurso y anuló el acto. Porque —decía— no importan las consideraciones generales sobre las cualidades de una persona, sino su peculiar comportamiento en relación con una determinada actividad; lo que interesa es una noción concreta y no abstracta de buena conducta, de modo que, por ejemplo, las discusiones conyugales, nada tiene que ver con la gestión de un bar⁷.

⁶ L. Martín-Retortillo, *Honorabilidad y buena conducta como requisito para el ejercicio de profesiones y actividades*, RAP, núm. 130, p. 48.

⁷ F. Sainz Moreno, Comentario a la sentencia citada, en REDA, n.º 13, pp. 329 y ss.

Y, por supuesto, han desaparecido de entre los atentados al orden público las faltas a la moral. En el Ordenamiento vigente ha desaparecido la potestad que a los Gobernadores civiles atribuía la LRL de 1955 de sancionar los «actos contrarios» a la moral y disciplina de las costumbre (art. 260.i).

Evolución posterior

Pasado el sarampión democrático, se observa una revitalización de la honorabilidad en algunos aspectos, y precisamente por incidencia del Derecho comunitario europeo⁸.

Pero no resulta posible sentar fórmulas generales. La extensión e intensidad en nuestras leyes administrativas de la referencia a reglas de moralidad, honorabilidad o buena conducta, ha de concretarse a la distintos ámbitos de regulación. Porque la moral, honorabilidad o buena conducta, son términos que no siempre se utilizan en un mismo sentido.

LA MORAL COMO PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES, CAUSA DE EXENCIÓN DE DEBERES O LÍMITE AL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS

La moral como presupuesto para el ejercicio de actividades.

La moralidad y honorabilidad como presupuesto para el ejercicio de actividades

En el Código Civil ha desaparecido la causa de privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, consistente en dar a los hijos «ejemplos corruptores» (que preveía el artículo 171, antes de la reforma de 1981); pero sigue siendo causa de incapacidad para ser tutor la «mala conducta» o no tener manera de vivir conocida (art. 244.3.º, según redacción dada por Ley 13/1983, de 24 de octubre).

En Derecho administrativo, la tendencia legislativa ha sido manifiestamente contraria a cualquier referencia a la honorabilidad, moralidad o buena conducta como presupuesto para ejercicio de actividades públicas. Pero todavía subsisten algunas fórmulas tradicionales y, como se ha señalado, hasta se observa la revitalización de la cláusula de honorabilidad, como ha destacado recientemente L. Martín Retortillo⁹.

⁸ L. Martín-Retortillo, *Honorabilidad y buena conducta*, cit., pp. 37 y s.

⁹ Art. cit., p. 37 y ss.

La buena conducta v la función pública

La moralidad o la buena conducta ha constituido durante la vigencia del Ordenamiento jurídico anterior a la Constitución de 1978, aún cuando no estuviera expresamente exigida en una norma positiva, elemental condición para acceder a los más altos puestos del Gobierno, la Administración y la Magistratura. En el ámbito judicial constituyó un hecho expresivo notorio el de un prestigioso Magistrado que se jubiló sin llegar al Tribunal Supremo, por tener lo que según la legislación hoy vigente, sería una «relación estable de convivencia afectiva» (así, por ejemplo, art. 53.2º de la Ley orgánica 2/1989, de 13 abril, procesal militar), por supuesto, con persona de distinto sexo.

Hoy, la moralidad o buena conducta no se exige como requisito para acceder a los cargos públicos en general ni, por supuesto, para la función pública. Pero el artículo 80 de la Ley de funcionarios civiles del Estado —que no ha sido derogado— exige a los funcionarios «observar en todo momento una conducta de máximo decoro». Si bien, «la falta de probidad moral», que figuraba entre las faltas muy graves que enumeraba su artículo 88 en primer lugar, no aparece en la enumeración que hace el artículo 31 de la vigente Ley de medidas para la reforma de la función pública (Ley 30/1984, de 2 de agosto), ni en el art. 6 del Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado aprobado por D. 35/1986, de 10 de enero.

Y en su artículo 93.2 se mantiene una norma que da relevancia a la buena conducta como requisito para acordar la cancelación en la hoja de servicios de las anotaciones de faltas graves o muy graves. Norma que se reitera en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Otra cosa es qué se entiende hoy por buena conducta.

La honorabilidad para el ejercicio de profesiones

El Derecho comunitario ha sido el determinante de la revitalización de la cláusula de honorabilidad como requisito para el ejercicio de determinadas profesiones. Estas Directivas comunitarias constituirán ejemplos suficientes¹⁰.

— Directiva del Consejo 74/561, de 12 de noviembre de 1974, relativa al acceso a la profesión de transportistas de mercancías por carretera, al estimar en su preámbulo que tal requisito «resulta necesario al objeto de sanear de modo eficaz el mercado».

— Directiva del Consejo 77/780, de 12 de diciembre de 1977, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al

¹⁰ L. Martín-Retortillo, *Honorabilidad y buena conducta*, cit., pp. 38 y ss.

acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, al establecer que «las autoridades no concederán la aprobación cuando las personas mencionadas... no posean la honorabilidad necesaria o la experiencia adecuada para ejercer tales funciones».

— Y en términos análogos, la Directiva del Consejo 79/267, de 5 de marzo de 1979.

Comentando esta corriente normativa se ha destacado los recelos que suscita en ciertos sectores, ante las dificultades que ofrece definir las cualidades de confianza, responsabilidad y honradez, «sin consideración de credos o de posturas ante la vida, sin interferir sus preocupaciones políticas o sus opciones a la vida sentimental», para llegar a la conclusión que será posible, realzando todo el sistema de garantías que ha ido acumulando la experiencia frente a la arbitrariedad¹¹.

La moral como causa de exención de deberes

Una moral, una determinada concepción moral, puede constituir causa legítima para la exención de determinados deberes. Manifestación de lo que constituye un derecho inalienable del hombre a negarse a actuar en contra de sus creencias, a realizar un acto que contravenga su moral es la objeción de conciencia, que puede oponerse, no solo frente a las obligaciones militares, como prevé especialmente el artículo 30.2 de la Constitución y regula la Ley 48/1984, sino frente a cualquier tipo de imposición que obligue a actuar en contra de las propias convicciones: Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia número 53/1985, de 11 de abril, conocida como sentencia sobre la legalización del aborto. Al plantearse en el recurso la falta de previsión sobre las consecuencias que la norma penal origina en otros ámbitos jurídicos —concretamente en orden a la objeción de conciencia—, la sentencia, en su fundamento jurídico 14, dice:

«...cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1, de la Constitución, es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales».

La objeción de conciencia no es, por tanto, como a veces se ha definido, «la negativa a la prestación del servicio militar por motivos de conciencia o en razón a un convicción profunda de orden religioso, ético, moral, humanístico, filosófi-

¹¹ L. Martín-Retorillo, *Honorabilidad y buena conducta*, cit., pp. 45 y ss.

co u otro de la misma naturaleza». Es la negativa a realizar cualquier prestación, o cualquier actividad, en contra de las propia creencias¹².

La moral como límite del ejercicio de las potestades administrativas

La moral, la formación moral, el fomento de las buenas costumbres constituirá una de las finalidades a las que debe dirigirse la actuación administrativa, en sus diversas manifestaciones. Siendo esto así, no es concebible una contravención de ellas en el ejercicio de cualquier potestad administrativa.

Pero sí puede darse una contravención entre la concepción moral que subyace como fundamento de la acción administrativa y la de los destinatarios de la actividad. Si el respeto del derecho a profesar determinada creencia religiosa puede justificar, como vimos, hasta la exención de deberes constitucionales como el servicio militar, obviamente, tal derecho, reconocido en el artículo 16 de la Constitución, constituirá un límite a las actuaciones administrativas. Y, por supuesto, el derecho de las familias a la formación moral y religiosa de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones.

Sin embargo, la Administración no siempre ha sido respetuosa con tales derechos fundamentales. Y los tribunales no han reaccionado adecuadamente, eludiendo el control jurisdiccional de la actuación administrativa, con argumentos análogos a los utilizados en otras épocas. Así lo pone de manifiesto el ejemplo que cito a continuación, sumamente expresivo de la actitud de nuestros jueces.

En un acuerdo de la Directora provincial de Zaragoza del Ministerio de Educación de 25 de octubre de 1990, se daba noticia de «la puesta en marcha de un servicio de asesoramiento y atención especial a los y a las adolescentes en los centros y horarios que oportunamente se determinarán». Ante la difusión de esta noticia, la Federación Católica de Padres de familia y Padres de alumnos de aquella diócesis, se dirigió en solicitud de información a la Dirección provincial del Instituto Nacional de la Salud, que contestó por acuerdo de 3 de abril de 1991, en el que se justificaba la conveniencia de una información suficiente y correcta entre cuyos objetivos figuraba —cito literalmente— la educación «sexual... que no debe limitarse a los aspectos meramente anatomo-fisiológicos... sino que debe abarcar aspectos mas subjetivos... como relaciones afectivas placenteras, búsqueda del cariño y del amor».

Al disponerse que a tal servicio podrían acudir los menores, sin necesidad de ser acompañados de sus padres, la expresada Federación entendió que se lesionaba el derecho que a éstos reconoce el artículo 27.3 de la Constitución e inter-

¹² González Pérez, *La dignidad de la persona*, cit. pp. 109 y ss. Navarro Vals, *Derecho eclesiástico del Estado español*, 3.ª ed., Pamplona, 1993, pp. 477 v ss.

puso recurso contencioso-administrativo. La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por sentencia de 2 de noviembre de 1992 declaró inadmisibile el recurso, por entender que se interponía sin que existiera acto previo, si bien —creo un deber constatarlo— con el voto particular contrario del Magistrado Julio Boned Sopena.

Sentencia que tanto recuerda a una célebre sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1969, conocida por la sentencia «Capuchinos de Sarriá», que declaró inadmisibile el recurso contencioso interpuesto contra la actuación de las Fuerzas de Orden público que, «ejecutando ordenes recibidas del Ministerio de la Gobernación», habían procedido al desalojo de los que se habían reunido en el Salón de Actos del Convenio de los Frailes Menores Capuchinos de Sarriá.

El motivo de inadmisibilidat invocado en este caso venía a ser el mismo que en la reciente sentencia del Tribunal de Aragón: falta de acto recurrible. Lo que pone de manifiesto que, pese a cambiar las actitudes de los Tribunales a través de los regímenes políticos¹³, cuando se trata de eludir el examen de una cuestión delicada que no gusta a los detentadores del Poder, los Magistrados acuden a los remedios de siempre.

LA MORAL COMO FIN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

Las manifestaciones de la acción administrativa

Tradicionalmente se han clasificado las modalidades de la acción administrativa por la intensidad de sus efectos en las libertades ciudadanas, en policía —limitando las actividades contrarias a la finalidad perseguida—, fomento —estímulo de las actividades tendentes a la finalidad— y servicio público —asunción por la Administración de la realización de la finalidad en sustitución o en colaboración con la actividad privada—.

Manifestaciones de estas modalidades de acción administrativa se han dado obviamente en el orden de la moralidad o buenas costumbres. La moralidad ciudadana ha constituido tradicionalmente una de las causas legitimadoras de la intervención administrativa. Así figuraba en el artículo 1.º.1 del Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Voy a referirme a continuación únicamente a tres aspectos: el de la llamada policía de la moralidad, una desafortunada campaña de fomento de la Administración central y el de la formación moral como fin de la acción administrativa.

¹³ Sobre la crítica de la sentencia Capuchinos de Sarriá, T.R. Fernández, *Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación*, RAP núm. 61, pp. 125. y ss.

Pero, previamente, considero ineludible llamar la atención sobre el grado de degeneración a que se ha llegado en la actuación de los entes públicos, principalmente en el ámbito de la comunicación social, precisamente por aquéllos que debían asumir una función educativa. Los ejemplos están en el ánimo de todos. No es que la realidad se haya impuesto. Es que la realidad social está siendo deformada, conscientemente deformada, por una acción dirigida a destruir unos valores tradicionales. Y todo ello, pese a que, como después se señala, el Estado español ha incorporado a su Ordenamiento jurídico por ley de 12 de julio de 1994 (n.º 25/1994) la Directiva 89/552, sobre ejercicio de la actividad de radiodifusión televisiva.

Policía de la moralidad

La moralidad y buenas costumbres como finalidad de la intervención administrativa

La acción administrativa de intervención o policía en su más amplio sentido, se concreta en una serie de limitaciones de la actividad de los particulares. Son muchas las manifestaciones de esta acción administrativa con la finalidad de mantener la moral y buenas costumbres, en diversos ámbitos. En los Tratados y Manuales tradicionales de Derecho administrativo no faltaba en la parte especial, un capítulo dedicado a la llamada «policía de la moralidad»¹⁴ o «policía de costumbres»¹⁵.

A continuación se hace referencia a alguna de estas manifestaciones.

Publicidad

La Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre) considera ilícita «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer, así como «la publicidad subliminal» (art. 3º, a y d), calificando subliminal «la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogos, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibidos» (art. 7), no siendo infrecuente la utilización de esta última para promover servicios contrarios a la moral o, al menos, a determinadas concepciones morales.

La publicidad de espectáculos cinematográficos, teatrales o de cualquier otra índole ha sido objeto de una cuidadosa reglamentación prohibiéndola en el exterior de los locales, periódicos y demás medios de comunicación social cuando

¹⁴ García Oviedo, *Derecho administrativo*, 6.ª ed., Madrid, 1957, II, pp. 557 y ss.; Gascón y Marín, *Tratado de Derecho administrativo*, 11.ª ed., Madrid, 1952, II, pp. 362 y ss.

¹⁵ Royo-Villanova, *Elementos de Derecho administrativo*, 24.ª ed., Valladolid, 1955, II, pp. 756 y ss.

«contenga imágenes obscenas o expresiones contrarias a la moral y buenas costumbres». Así, artículo 1.º, Decreto 1189/1982, de 4 de junio.

Y dada la trascendencia de la televisión como medio de comunicación social, la publicidad en ella ha sido objeto de reglamentación especial en la Ley de 12 de julio de 1.994 (25/1994) por la que se incorpora al Ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE (arts. 9 a 14 y 16).

Publicaciones

En el Decreto de 4 de junio de 1982, se establecen una serie de prohibiciones respecto de las publicaciones de carácter pornográfico o contrarias a la moral o buenas costumbres, así como respecto de los objetos que, teniendo relación con el sexo, supongan análogas contravenciones. Estas prohibiciones se extienden a la prohibición de la exhibición y venta fuera de los establecimientos que reúnan los requisitos que se establecen (arts. 2.º y 3.º), así como su circulación postal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 13, 363 y 393 del Reglamento de los Servicios de Correos (art. 4.º, a).

Precisamente, se ha puesto en duda la validez de esta norma en cuanto supone una limitación al derecho fundamental de libertad de expresión que reconoce el artículo 20.1.a) de la Constitución, dando lugar a alguna sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo la sentencia de 15 de julio de 1993 (Ar. 6199, Pte. Galán Menéndez).

El acto administrativo que dio lugar al recurso contencioso-administrativo fue un acuerdo de la Dirección General de Correos y Telégrafos, que prohibió la circulación postal de una revista llamada «Hara Kiri», por estimar que tenía carácter pornográfico. La Editora de la revista interpuso recurso contencioso-administrativo basado en que la prohibición de circulación vulneraba su derecho fundamental a la libertad de expresión, al haber sido limitado con base a una norma reglamentaria, sin cobertura legal, y, por tanto, con infracción de la reserva de ley del artículo 53.1 de la Constitución.

El Tribunal de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló el acto impugnado. Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo dictó sentencia estimatoria que revocó la recurrida, declarando que la prohibición de circulación de la revista estaba justificada por la necesidad de conciliar el ejercicio o la vigencia del derecho a la libertad de expresión con los de otros derechos, bienes, valores e intereses constitucionalmente preceptuados, con aquellos a que se refiere el propio artículo 20, en su número 2. La sentencia sentó esta doctrina:

«La apelada sentencia parte de la premisa (para alcanzar la conclusión estimatoria del recurso en la cual desemboca) de que el derecho a la libertad de ex-

presión» recogida en el art. 20 de la Constitución, sólo una ley es el vehículo indicado para regularlo, ello por mor de lo previsto en el art. 53.1 del mismo Texto Constitucional; olvidándose en la sentencia, cuando así se razona y concluye, que es la propia Constitución en su art. 20.4 la que establece (sin perjuicio, desde luego, de otras limitaciones que se puedan imponer a tal derecho fundamental a través de las Leyes que lo desarrollen) expresas limitaciones en el ejercicio de dicho derecho, tanto por razón del respeto debido a los demás derechos reconocidos en el propio Título I de la Constitución, como, muy especialmente, por el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, y a la protección de la juventud y de la infancia; al amparo de cuyas limitaciones, constitucionalmente previstas, se dictaron tanto el Real Decreto 1189/1982, de 4 junio, como las resoluciones administrativas recurridas, por cuya razón no pueden éstas calificarse de inconstitucionales cuando justamente tienden a dar satisfacción y eficacia a lo, en este aspecto, por la Constitución exigido, sin apartarse de ella; quedando reforzado lo así concluido por la doctrina sentada por la sentencia de este Tribunal Supremo (Sala Tercera) de fecha 9-5-1985 (Ar. 2341) dictada justamente a través del procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, regulados en la Ley 62/1978, de 26 diciembre, seguido a instancia de «E.S.SA», contra resoluciones de la Administración Pública de la rama de Correos y Comunicaciones, por las que se prohibía la circulación postal de la revista «Clima», por su carácter pornográfico (contemplándose por tanto en tal sentencia un supuesto totalmente idéntico al caso que ahora nos ocupa), al afirmarse en su segundo considerando: «Que el derecho a la libertad de expresión proclamado por el referido art. 20.1.a) no es de carácter absoluto ni omnímodo en su ejercicio, sino que éste se condiciona en determinados supuestos, en aras de otros derechos tan estimables socialmente que han merecido su elevación a rango constitucional en cuyo texto se les disensa asimismo protección, como aparece claro en el apartado cuatro del propio artículo, donde se consagra que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título... y a la protección de la juventud y de la infancia», es decir, que sin limitar propiamente el derecho en cuestión, en ciertos casos y para conciliarlo con los otros intereses colectivos estimables, se le somete a un régimen específico determinado en cuanto a la forma de ejercitarlo, armonizándose así el juego de ambos derechos y para desarrollo de la proclamada protección a la juventud y a la infancia, el Decreto 1189/1982, de 4 junio, sobre publicaciones y espectáculos públicos, regula determinadas actividades de ese ámbito contrarias a la moral y buenas costumbres y entre ellas la exhibición, venta y circulación de publicaciones pornográficas, prohibiendo, como expresión del bien protegido, la entrada en los establecimientos donde se vendan, a los menores de dieciocho años y asimismo su circulación postal (art. 3.º y 4.º), de lo que se sigue, que la prohibición de difusión postal acordada en el acto impugnado, no atenta al derecho constitucional de libertad de expresión».

De este modo la sentencia se alinea en una corriente doctrinal, ni mucho menos unánime, que considera que los límites immanentes de los derechos fundamentales operan de modo inmediato sin necesidad de una previa intervención habilitante del legislador, tesis que en alguna ocasión mantuvo el Tribunal Su-

premo Federal alemán, apartándose de la doctrina general, por entender que los límites inmanentes delimitan de entrada (y, por tanto no limitan) el ámbito de protección de los derechos fundamentales, lo que no ha tenido una crítica muy favorable¹⁶.

Televisión

El Estado Español, por Ley de 12 de julio de 1.994 (n.º 25/1994) ha incorporado a su Ordenamiento la Directiva 89/55Z/CEE, adoptada por el Consejo de la Comunidad Europea sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividad de radiodifusión televisiva. Según el artículo 1.º, la Ley tiene por objeto... «proteger frente a ciertas formas de publicidad y objetos publicitarios» y «defender a los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral». Para cumplir estos fines, establece un régimen de prohibiciones y sanciones, en general y específicamente para la protección de los menores.

Al regular el régimen general, califica de ilícita la publicidad que «atente al debido respeto a la dignidad humana o a las convicciones religiosas» (art. 9º,1). Y, al regular la protección de los menores distingue entre:

— Protección frente a la publicidad, disponiendo que no contendrá imágenes o mensajes que les puedan perjudicar «moral o físicamente» (art. 16).

— Y protección frente a la programación, en la que no se «incluirán programas, ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo... moral de los menores» (art. 17.1). El número 2 de este artículo 17, establece:

«La emisión de programas susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en todo caso, de aquéllos que contengan escenas de pornografía o violencia gratuita sólo podrá realizarse entre las veintidós y las seis horas y deberá ser objeto de advertencia sobre su contenido por medios acústicos y ópticos.

Lo así dispuesto será también de aplicación a los espacios dedicados a la promoción de la propia programación».

Creo que la programación y publicidad de cada día, en las distintas emisoras, constituyen prueba expresiva de la ineficacia total de esta normativa. Y lo que es más grave: la reacción social de ciertos sectores ante los intentos de algunas em-

¹⁶ En la línea crítica, cfr. el comentario de la sentencia de 15 de julio de 1.993, de Bacigalupo Sagge y Velasco Caballero, *Los límites inmanentes de los derechos fundamentales y la reserva de ley*, REDA, núm. 85, pp. 115 y ss.

presas —que no quieren que se vincule su publicidad a determinados programas—, a las que se les imputa nada menos que querer restablecer la «maldita» y «odiada» censura.

Prostitución

Otro de los apartados tradicionales de la policía de la moralidad en que la realidad está muy lejos de la norma es el de la prostitución.

Una norma reglamentaria, el Decreto de 3 de marzo de 1.956 fue el primer paso en el proceso de «redención de la mujer». «La incuestionable ilicitud de la prostitución ante la teología moral y ante el mismo derecho natural —decía el preámbulo— ha de tener reflejo obligado en el ordenamiento positivo de una nación cristiana para la debida protección de la moral social y del respeto debido a la dignidad de la mujer». En terminología del preámbulo el Decreto constituía el primero de «los corolarios normativos» del principio. En su artículo 1.º se disponía: «velando por la dignidad de la mujer, y en interés de la moral social, se declara tráfico ilícito la prostitución».

Desde entonces, la legislación española, paralelamente a la de los demás Estados y a lo establecido en Tratados y Convenciones internacionales, ha venido reforzando las medidas de actuación en general y muy especialmente las encaminadas a la protección de los menores.

Serán declarados de estado peligroso —y se les aplicará las correspondiente medidas de seguridad y rehabilitación— a «los que habitualmente ejerzan, promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución», según el artículo 2, B), 4.º, de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. Sin embargo, la pasividad ante el ejercicio de la prostitución constituye la regla general, por habitual que sea, aunque se trate de menores. La reacción se produce frente a la promoción, cooperación, protección, explotación o engaño, violencia, amenaza o abuso de autoridad para iniciar o retener en su ejercicio, que se tipifican como delito (art. 452 bis a), b), c) y d) del Código penal).

Resulta expreso que la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño (de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), en su artículo 34, consagre el compromiso de los Estados a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales, debiendo adoptar todas las medidas de carácter nacional que sean necesarias para impedir:

a) La incitación o la coacción para que un niño se «dedique a cualquier actividad sexual ilegal».

b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales.

c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos».

Lo que, por supuesto, no se procura impedir son las «actividades sexuales legales». Por el contrario, en los Ordenamientos jurídicos de hoy —en el español hemos citado algunos ejemplos— se regulan campañas dirigidas a fomentar las relaciones sexuales placenteras.

Una desafortunada campaña de la Administración estatal: el fomento del uso de preservativos.

La campaña

No está de más recordar la campaña que durante el año 1990 se llevó a cabo por iniciativa de la Ministra de Asuntos Sociales, a fin de que quede constancia de cual ha sido el talante de la Administración española de estos años.

Por lo pronto, una precisión: la campaña se instrumentó como de fomento de la salud pública; pero el mensaje implícito e indirecto —mejor subliminal— no era otro que éste: para ser feliz hay que tener una relación sexual sin más resultado que el placer, presuponiendo que la libre relación sexual entre jóvenes y adolescentes es moralmente indiferente.

La campaña se realizó a través de un spot publicitario en TV, unas cuñas publicitarias para la radio y unos carteles colocados en centros escolares, a lo que se acompañó con el reparto gratuito de preservativos en los colegios a adolescentes y jóvenes menores de edad por parte del Consejo de la Juventud, a lo que se sumaron las Juventudes Socialistas, según parece, con un entusiasmo análogo al que desplegaron las juventudes de otras épocas para romper las imágenes de una «Gilda» que se atrevía a dejar asomar una bellísima pierna a través de la larga abertura de su falda. El lema de aquella campaña fue el célebre «póntelo, pón-selo»¹⁷.

¹⁷ Vale la pena dejar constancia del contenido de la campaña. Su texto es más expresivo que cualquier comentario. Tal y como consta en las actuaciones judiciales es el siguiente:

1. Spot Publicitario en TV.

Se representa la escena de un grupo de chicos y chicas en un gimnasio con su profesor durante la clase de educación física. Aparece la figura de un adulto, que parece ser el Director del Colegio, el cual, durante su inspección de las actividades de los alumnos, descubre en el vestuario un condón, lo toma, va al lugar donde se encuentran los alumnos y, tras decir algo al oído al profesor, muestra el preservativo a los alumnos, que se ríen por lo bajo, y les dice con tono serio y de recriminación:

«He encontrado esto en el vestuario, ¿de quién es?»

Ante el silencio inicial de los alumnos, insiste: «¿Que de quién es esto?»

Se levanta un chico y responde: «Mío».

Después, se levantan sucesivamente otros muchos y van diciendo: «Mío, mío, mío,....»

El Director se queda sin palabras y la escena se corta:

A continuación aparece en la pantalla el siguiente texto, que es leído por una voz en off:

La reacción

Algunas asociaciones de Padres de Familia y de Alumnos reaccionaron interponiendo los recursos procedentes ante los Tribunales contencioso-administrativos. Por entender que la campaña violaba el derecho que la Constitución reconoce a los padres en relación con la formación moral de sus hijos (art. 27.3),

«El preservativo es el medio más eficaz para la prevención de embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual. Póntelo. Pónselo.»

2. *Cuñas publicitarias para la RADIO:*

A. Un joven canta:

«Yo, para ser feliz, uso un condón, yo, para ser feliz, uso un condón. Antes de que se me olvide y que un virus me la oxide, yo, para ser feliz, uso un condón.»

Después una voz dice:

«Si quieres ser completamente feliz en tus relaciones sexuales usa el condón. Así sentirás placer, tranquilidad y evitarás los embarazos no deseados y las enfermedades de transmisión sexual como la hepatitis B y el sida.»

Se repite de nuevo la canción inicial.

Para terminar, la voz dice:

«Póntelo. Pónselo. Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto de la Mujer y Ministerio de Asuntos Sociales.»

B. Un joven canta:

Lo primero es lo primero, abre pronto esta bolsita, solo ver la gomita, ya me pone a cien. Colócalo con esmero, así no pasan microbios, ni bacilos ni agobios. Lo estás haciendo muy bien, muy bien. Lo estás haciendo muy bien, muy bien. Lo estas haciendo muy bien, muy bien, muy bien...

Acto seguido, dice un locutor:

«Si cuando haces el amor, usas el preservativo, lo estás haciendo muy bien.»

Te estás ahorrando muchas preocupaciones, riesgos de contagios y embarazos no deseados.

Póntelo. Pónselo.

Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto de la Mujer y Ministerio de Asuntos Sociales.

C. Una chica canta:

«Y no me corta nada, decírselo a mi chico, chaval es bueno usar preservativos, controlo la jugada. Ponérselo me resulta divertido.»

Y no me corta nada, nada, llevarlo en el bolsillo, pedirlo en la farmacia.

Y no me corta nada, que ya soy mayorcita, para andar con bobadas.

Y no me corta nada.»

Un locutor dice:

«Nada, nada. Tú no te cortes. Utiliza el preservativo en tus relaciones sexuales. Es el medio más eficaz para evitar embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual como hepatitis B o el sida. Póntelo. Pónselo. Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto de la Mujer y Ministerio de Asuntos Sociales.»

D. Cantan alternativamente un chico y una chica:

El: «Le he dicho a Carmen Mary que tengo ganas, pero ella se niega a venir a la cama.»

Ella: «Mi médico me ha dicho que controle el sexo y que no lo haga jamás sin eso.»

El: «Dime que es eso.»

Ella: «Un preservativo.»

El: «Que me lo ponga, ¿con qué motivo?»

Ella: «Contra los virus, contra los hongos, no te preocupes, yo te lo pongo. Mira que fácil.»

El: «¿Qué bien lo pones!»

Ella: «Esto previene las infecciones. También evita los embarazos que no se buscan.»

infringía el principio de neutralidad en materia religiosa que proclama el artículo 16 de la Constitución, el derecho del niño a la protección prevista en los tratados internacionales (art. 39.4 de la Constitución) y suponía un atentado a la moralidad pública al venir a fomentar la promiscuidad sexual. Porque, ciertamente, el Estado no confesional no tiene obligación de asumir en su ordenamiento y en su actividad administrativa la moral sexual de la Iglesia Católica ni la de ningún otro grupo religioso o ideológico, pero *tampoco tiene derecho a emprender acciones que representen de hecho una enseñanza moral contraria a las convicciones de cualquiera de los grupos ideológicos y religiosos*.

Por ello, habida cuenta de las diversas valoraciones morales del comportamiento sexual, que existen en la sociedad española, el Estado debe abstenerse de toda actuación que signifique tomar partido por cualquiera de ellas.

En concreto, la campaña para la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y del SIDA podría haberse realizado legítimamente, respetando las diversas opciones morales, si se hubiera limitado a informar sobre las diversas formas de prevenir los contagios, comenzando por la abstinencia de relaciones desordenadas, y se hubiera invitado a los jóvenes a poner los medios que considerasen conformes con su propia conciencia. Respetando la libertad de conciencia y el derecho primario y fundamental de los padres a la educación de sus hijos, la educación moral de los jóvenes en materia sexual es también responsabilidad y competencia del Estado.

La sentencia de la Audiencia Nacional

Pese a los intentos del Abogado del Estado de que se declarase inadmisibile el recurso contencioso-administrativo por entender —siguiendo una vieja y tradicional trayectoria— que faltaba el acto objeto de recurso contencioso-administrativo —como si la campaña hubiese surgido por generación espontánea,

El: «¡Vaya un puntazo! Mi Carmen Mary mola un montón. Estar con ella, bien vale un condón».

Ella: «¿Condón, has dicho? ¿Dime que es eso?».

El: «Si te lo explico, ¿me das un beso?».

Ella: «No seas idiota. Dime qué es eso».

El: «Primero el beso».

Ella: «Dime qué es eso».

Una voz añade:

«Eso es un preservativo. La forma más segura para hacer el amor sin riesgo de un embarazo no deseado o de enfermedades como la hepatitis B o el sida. Póntelo. Pónselo. Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto de la Mujer y Ministerio de Asuntos Sociales».

3. Carteles.

En la parte superior se hallan frases borradas alusivas a las enfermedades de transmisión sexual.

En el centro del cartel se representa el envase de un condón.

En la parte inferior está escrito: Póntelo. Pónselo».

sin acto legitimador, ni medios económicos procedentes de las Arcas del Tesoro—, la Audiencia Nacional entró a examinar la cuestión de fondo. Y, la Sección 1.^a de la Sala de lo contencioso-administrativo, con el voto en contra de su Presidente Juan Antonio Rossignoli Just, estimó el recurso. Pero estimó el recurso basándose principalmente en razones de salud pública y falta de veracidad en la información —que también habían sido invocados por la Asociación demandante—. Concretamente, en los fundamentos de Derecho sexto y séptimo, se dice:

«En resumen, la campaña publicitaria, tal y como ha sido llevada a cabo, no es ajustada a Derecho tanto por la inveracidad de afirmaciones esenciales de la misma, como por haber incumplido la normativa aplicable en la materia, de inexcusable observancia, y, en particular, por no haber indicado, ni directa ni indirectamente, los riesgos que no evita el uso del preservativo; antes al contrario, se ha afirmado, de modo expreso y sin matizaciones, que valerse de él en las relaciones sexuales «es la forma más segura de hacer el amor *sin riesgo* de embarazos no deseados o de enfermedades como la Hepatitis B o el SIDA. Afirmaciones como ésta pueden ser entendidas, según afirma la actora, si no como una aprobación de la promiscuidad sexual existente en mayor o menor grado en nuestra sociedad, sí al menos, conforme a elementales reglas del comportamiento de la voluntad humana, como un fomento cierto —por desinhibición fundada en datos inveraces— de dicha promiscuidad, sobre todo en sectores más vulnerables a la propaganda y más necesitados de protección educativa, como son la juventud y la infancia.

Por todo lo que venimos diciendo, hay que entender, de acuerdo con el artículo 8.6 LGP, que esta concreta campaña, en el mejor de los casos, entraña, de un lado, una infracción del artículo 34.2 de la L. 26/84, en cuanto constitutiva «de acciones y omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos para la salud de los consumidores o usuarios, ya sea en forma consciente o deliberada, ya por abandono de la diligencia y precauciones exigibles de la actividad... de que se traten. De otro lado, es obligado constatar que la campaña de difusión, por las razones expresadas, también implica una «infracción sanitaria», en avenencia con el citado artículo 8.6 LGP puesto en conexión con el artículo 35 LGS.

Ahora bien, de cuanto antecede se sigue, sin duda, la inadecuación a Derecho de la campaña de constante referencia. Pero sucede, por añadidura y de modo principal, que la campaña, en la forma en que se hizo, no se limitó a infringir preceptos legales y reglamentarios, sino que ha vulnerado el derecho fundamental a «recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» (art. 20.1.d de la Constitución), por lo que, además, tal publicidad debe ser calificada de ilícita, según el artículo 3.a) L. 34/88.

En efecto, las exigencias de veracidad contenidas en el artículo 20.1.d) CE reciben un plus de rigor o, si se quiere, deben ser colmadas de un modo particularmente estricto, cuando la información que se difunde —relativa a hechos— se incardina dentro del derecho a la protección de la salud. Así, hay que sostener que los ciudadanos, en casos como el presente, no sólo tienen derecho a recibir una información veraz, sino veraz dentro del marco de su derecho a la salud, sin que sean admisibles informaciones inexactas, parciales, inveraces en suma, ge-

neradoras, en el mejor de los casos, de riesgos para la salud pública, y sin que quepa excluir la producción de daños efectivos. Estas estrictas exigencias de veracidad son expresamente demandadas, además de por el artículo 20.1.d de la Constitución, por las normas legales y reglamentarias aludidas, que, como queda dicho, desarrollan y precisan lo preceptuado por el artículo 43 CE.

El Abogado del Estado, no conforme con la sentencia, interpuso recurso de casación, que está pendiente de decisión ante el Tribunal Supremo.

El fundamento que, en último término acoge la sentencia, recuerda al que no hace mucho, según noticia que apareció en la prensa diaria, adujeron las autoridades municipales de Barcelona para retirar de las tiendas sobre objetos sexuales determinadas prendas íntimas que eran comestibles: que no cumplieran las normas sobre los envases de productos alimenticios.

La formación moral como fin de la acción administrativa

El paso de un Estado confesional a un Estado aconfesional (art. 16 de la Constitución de 1978), a que antes me he referido, ha adquirido especial relieve al delimitar las finalidades de la educación.

En la Ley de enseñanza primaria de 17 de julio de 1945, se asignaba a la educación a este nivel entre otros objetos, «formar la voluntad, la conciencia y el carácter del niño en orden al cumplimiento del deber y *a su destino eterno*» (art. 1.b); la de Enseñanza Media de 26 de febrero de 1953 establecía que la Enseñanza a este nivel se ajustaría «a las normas del Dogma y de la Moral católica», y la de Ordenación Universitaria de 29 de julio de 1943, establecía asimismo que «la Universidad, inspirándose en el sentido católico, consustancial a la tradición universitaria española, acomodará sus enseñanzas a las del dogma y de la Moral católica y a las normas del Derecho canónico vigente».

De esto se ha pasado a una normativa en que la formación moral queda relegada a un segundo plano en la función educadora. No es tan solo que se haya desvinculado la moral de una determinada moral —lo que ciertamente, se ha dado—, es que la moral ya no es el valor primero al que debe orientarse la formación del niño. En la Constitución, artículo 27.1 se dice que el objeto de la educación será el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Y el número 3 de este artículo y la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación reconoce ciertamente a los padres y tutores el derecho a que sus hijos o pupilos reciben la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Esta, según el artículo 4.º, c) «en los términos que las Disposiciones legales establezcan». Pero tales disposiciones legales no han impedido que, en los Centros de Educación —sin verificar la formación que para los alumnos querían sus padres— se repartan libros como el famoso «Libro rojo del

Cole y otros análogos, manifiestamente contrarios a los criterios morales dominantes en la sociedad española, aún desvinculados de la concepción católica.

Y lo que es más grave, al margen de determinados Colegios y Escuelas, por los que, con un poco de suerte, pueden optar los padres —en los que parece quedar asegurada la formación moral de acuerdo con sus convicciones—, ciertas unidades administrativas —del Estado, autonómicas y municipales—, instituyen centros llamados de formación o educación sexual o no sexual, a los que se recomienda acudir con costosos medios de propaganda, en los que se prestará asistencia sin requerir el consentimiento de padres o tutores, ni Médico de cabecera. Como en el ejemplo, antes citado.

Es indudable que hoy estamos muy lejos de una concepción de la educación que todavía era común a principios de siglo. Concepción que quedaba reflejada en estos párrafos de un Tratado que era texto en la Cátedra de Derecho administrativo de la entonces Universidad Central y que no me resisto a citar literalmente. Dice así:

«En los pueblos cristianos, la idea religiosa debe ser la base de la educación, no ya una parte de ella, como lo es la gramática, sino el cuadro general en que entren todas las otras ramas de enseñanza, y cuyo espíritu anime todo lo que se aprende y todo lo que se practique».

Después de esta referencia general pasa al tema de la educación de la mujer. Y lo hace en términos deliciosos:

«Un ramo especial de la educación al cual no se ha dado toda la importancia que merece, y sobre el cual se ha escrito mucho y se ha hecho poco, es el de las mujeres. Por regla general, y con muy pocas excepciones, el sexo del cual recibimos las primeras impresiones en la vida, el sexo que amolda nuestros sentimientos, el sexo que más eficazmente influye en nuestra existencia, no está educado, y sólo en las clases altas recibe determinada instrucción, con el solo objeto de que sirva para aumentar y dar realce a los otros medios de agradar que les ha conferido la naturaleza. La que ha de ser mujer del artesano, del labrador, del jornalero no recibe enseñanza adecuada, y queda colocada bajo la influencia de sus instintos ó de los ejemplos que desde la cuna la circundan.

Los males que de este estado de cosas resultan no pueden someterse a cálculo, ni parecerá exagerado que los que estudian los resortes secretos y la índole presente de la moral pública aseguren que en tales deficiencias está la raíz de la mayor parte de los crímenes que se cometen en el mundo y de los vicios que emponzoñan la sociedad.

Se ha dicho que el gran peligro de instruir a una mujer consiste en la probabilidad de que se vuelva pedantes u orgullosas, y que nada es tan grave como ver salir a una mujer de los límites que la modestia propia de su sexo la impone, para hacer ostentación de su literatura y de su saber. Esto puede ser cierto, pero la respuesta a semejante objeción es bien trivial y obvia. La afectación consiste en el alarde que se hace de poseer algo raro y precioso, algo que no todo

el mundo posee. No se dirá que un hombre afecte tener dos brazos y dos piernas, cuando todos los hombres poseen los mismos miembros en igual cantidad. ¿Ha de parecer afectado el hombre que diga que sabe escribir?. Ciertamente que no; y la razón es porque es tan común saber escribir, que el que lo ignora debe avergonzarse, pero el que lo sabe no tiene motivo para envanecerse».

Cito del *Tratado elemental de Derecho administrativo*, de Fernando Mellado, Tomo II, pág. 781 de la 3A edición, 1889.

Pero volvamos a la situación actual. Partimos de una norma constitucional en la que expresamente se garantiza el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban formación religiosa y moral que esté de acuerdo con propia convicciones. Consecuentemente, se les reconoce el derecho a que los hijos no reciban una formación moral que no se corresponda a sus convicciones. Es un derecho de los incluidos en el Título, capítulo II, Sección 1.ª de la Constitución, Por tanto, de los que gozan de una protección jurisdiccional especial. Sin embargo, es objeto de frecuentes y flagrantes atentados sin que los padres obtengan una protección eficaz, rápida y expedita.

Porque el derecho únicamente se hará efectivo garantizando que las enseñanzas que se impartirán en el centro de educación elegido no se dirigirán a una formación inspirada en otros principios.

En la LOGSE aparecen, al lado de la formación moral, otros principios que ocupan un lugar destacado.

Se preocupa especialmente de orientar la formación «en el respeto de la tolerancia y libertad» ... «en el respeto a la pluralidad lingüística y cultural», la «preparación para participar activamente en la vida social...» (art. 1.º).

Después, al enumerar las capacidades que contribuirá a desarrollar en los alumnos la educación, figuran:

— En la educación primaria (art. 13,e), «apreciar los valores básicos que rigen la vida y la convivencia humana y obrar de acuerdo con ellos».

— En la educación secundaria obligatoria (art. 19,d) «comportarse con espíritu de cooperación, responsabilidad moral, solidaridad y tolerancia, respetando el principio de no discriminación entre las personas».

— En el bachillerato, (art. 26,e) y f), «consolidar una madurez personal, social y moral que les permita actuar de forma responsable y autónoma» y «participar de forma solidaria en el desarrollo y mejora de su entorno social».

La preocupación por la «tolerancia», la «solidaridad» y la «libertad» constituye entre los educadores hoy, una obsesión análoga a la que existía por la castidad entre los educadores de nuestra juventud.

Donde se manifiesta de modo más patente esta actitud ante la formación moral es al regularse la enseñanza de la religión, de la que constituye aspecto im-

portante la moral correspondiente¹⁸. Pudiendo constituir la moral —se entiende la moral común de un pueblo— una de las limitaciones que pueden imponerse a la libertad de profesar «la propia religión o las propias creencias», en alguna convención, como la de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 14.3).

Dada la actualidad del tema se dedica al mismo el apartado siguiente.

LA ENSEÑANZA DE LA RELIGION

La formación integral de la personalidad y la enseñanza de la religión

«Todos tienen derecho a la educación», «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana», y «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». Son éstos, principios que consagra el artículo 27 de la Constitución, al regular el derecho a la educación, entre los fundamentales incluidos en el Título I, Capital II, Sección primera.

Congruentemente con la norma constitucional, la LOGSE comenzará sentando que «el sistema educativo español... se orientará a la consecución de los siguientes fines: a) El pleno desarrollo de la personalidad del alumno» (art. 1.º). Y el artículo 2, al enumerar los principios que han de informar la actividad educativa coloca en primer lugar el siguiente: «la formación personalizada que propicie una educación integral en conocimientos, destrezas y valores morales de los alumnos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar, social y profesional».

Esta formación integral puede pretenderse a través «de la impartición de la enseñanza de Religión u otras enseñanzas alternativas». Así lo afirmó el Consejo de Estado al dictaminar sobre el proyecto del que más tarde fue Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre. Y respecto de la enseñanza de religión la Disposición Adicional segunda la LOGSE establece:

¹⁸ En una obra clásica, *Las lecciones de Administración* de Posada Herrera, cito la edición del INAP de 1978, Tomo III, p. 161 y ss., al tratar de la obligación de los Estados de la perfección moral del hombre («la conciencia del hombre y la necesidad pública viene a reunirse en un centro común», decía), coloca en primer lugar a la religión. «Pues el que quiera la perfección moral del hombre, debe procurar la buena dirección de los impulsos de la conciencia al mismo tiempo que la ilustración de la razón. La instrucción pública y todo lo que a ella se refiere, contribuye a ilustrar la razón, a la vez que la religión contribuye a ilustrar la conciencia y a que se arraiguen en el corazón humano los sentimientos de moralidad». Así, en pág. 162.

«La enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas. A tal fin, y de conformidad con lo que dispongan dichos acuerdos, se incluirá la religión 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.»

En desarrollo de estas normas se dictaron los Decretos 1006/91 —para la Educación Primaria— y 1007/91 —para la Educación Secundaria—, ambos de 14 de junio, en cuyos artículos 14 y 16, respectivamente, se decía:

— Artículo 14 del Decreto 10006/91:

«1. Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre (citada), el área de «Religión Católica» será de oferta obligatoria para los Centros, que asimismo organizarán actividades de estudio, adecuadas a la edad de los alumnos y orientadas por un Profesor, en relación con las enseñanzas mínimas de las áreas del correspondiente ciclo. Al comenzar la Educación primaria o en la primera adscripción del alumno al Centro, los padres o tutores de los alumnos manifestarán a la dirección del Centro la elección de una de las dos opciones referidas anteriormente, sin perjuicio de que la decisión pueda modificarse al comienzo de cada curso escolar.

2. La determinación del currículo del área de «Religión Católica» corresponderá a la jerarquía eclesiástica.

3. La evaluación de las enseñanzas de la Religión católica se realizará de forma similar a la que se establece en este Real Decreto para el conjunto de las áreas, si bien, dado el carácter voluntario que tales enseñanzas tienen para los alumnos, las correspondientes calificaciones no serán tenidas en cuenta en las convocatorias que, dentro del sistema educativo y a los efectos del mismo, realicen las Administraciones públicas y en las cuales deban entrar en concurrencia los expedientes académicos de alumnos.»

— Artículo 16, Decreto 1007/91:

«1. Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, el área de Religión Católica será de oferta obligatoria para los centros que asimismo organizarán actividades de estudio en relación con las enseñanzas mínimas de las áreas del correspondiente curso escolar, orientadas por un profesor. Al comenzar la etapa o en la primera adscripción del alumno al centro, los padres o tutores de los alumnos manifestarán a la dirección del centro la elección de una de las dos opciones referidas anteriormente, sin perjuicio de que la decisión pueda modificarse en el comienzo de cada curso escolar.

El Tribunal Supremo, estimando recursos contencioso-administrativos interpuestos contra aquellos artículos los declaró nulos en sentencias de 3 de febre-

ro, 17 de marzo y 9 de junio de 1.994. La última de estas sentencias, en sus fundamentos jurídicos quinto y sexto resume así la doctrina jurisprudencial:

«QUINTO.- Como argumento común y válido para ambos supuestos de actual referencia, —impugnación del artículo 14 del Real Decreto 1006/1991, y del artículo 16 del Real Decreto 1007/1991—, se ha de traer a colación la doctrina de esta Sala, vertida en sus sentencias de 3 de febrero y 17 de marzo de 1994. En ellas se dice que, el artículo 9 de la Constitución Española, establece en su apartado 1 que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico»; añadiendo en su apartado 3 que, «la Constitución garantiza... la seguridad jurídica...» Por otra parte el artículo 103-1 de la referida Ley Fundamental establece, entre otras cosas que no son del caso, que «la Administración Pública... actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»; de lo que se infiere que, no sólo los primeros están sujetos a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico vigente sino también aquella, lo que implica que tales preceptos constitucionales son origen inmediato de derechos y obligaciones para los ciudadanos y para la Administración y no meros principios programáticos. Por su parte el artículo 96, de la Constitución establece claramente 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».

Pues bien, es constante la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala que ahora enjuicia que indican que el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica, implica en todo caso la certeza de la norma que intrínsecamente debe ser lo suficientemente clara y precisa, para que sus destinatarios, —en este caso los Centros de enseñanza y los padres o tutores de los alumnos—, encuentren en ella una respuesta indubitada adecuada a las obligaciones y responsabilidades que en aquella se establecen en el curso de su actuar. Por ello, la norma jurídica producida por la Administración, dentro de su actividad reglamentaria, ha de ser lo suficientemente clara y precisa, sin lugar a dudas, para que no de lugar a unos efectos y resultados no previstos en la Ley, de que aquellas proceden, o, dé lugar a diversas soluciones, en algunos casos contradictorias según el sujeto y la ocasión en que han de ser aplicados.

SEXTO.- La Disposición Adicional Segunda, de la Ley Orgánica 1/1991, —en la que dicen fundarse tanto el artículo 14 del Real Decreto 1006/1991, como el artículo 16 del Real Decreto 1007/1991, al presente impugnados—, preceptúa que, «la enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas»; añadiendo punto y seguido que, «a tal fin y de conformidad con lo que dispongan dichos acuerdos, se incluirá la religión 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».

Por su parte, el Acuerdo sobre Enseñanzas y Asuntos Culturales, firmado entre la Santa Sede y el Estado Español, en la Ciudad del Vaticano, el 3 de enero de 1979 y ratificado mediante «Instrumentos», de 4 de diciembre de 1979, publi-

cado en el Boletín Oficial del Estado del día 15 siguiente; en cuya última indicada fecha, por mandato del artículo 96 de la Constitución, entró a formar parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, y, que la Administración ha de respetar por imperativo los artículos 9 y 103, de la mentada Ley Fundamental; en su artículo II, establece, —en lo que aquí interesa—, que, «los planes educativos en los Niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica y del Bachillerato Unificado Polivalente, —hoy de enseñanza secundaria—, y grados de Formación Profesional, correspondientes a los alumnos de las mismas edades, incluirán la enseñanza de la Religión Católica en todos los Centros de Educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales»; 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 a recibirla»; por su parte, el artículo XVI del citado Acuerdo Internacional establece que, «la Santa Sede y el Gobierno Español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas y 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 oficial».

Y, como colofón final, no se ha de olvidar «el derecho que asiste a los padres para sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», que los poderes públicos han de garantizar, por imperativo el punto 3, del artículo 27, de la Constitución; sin desconocer tampoco el principio de igualdad ante la Ley, sin que pudiera prevalecer discriminación alguna por razón de... religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social», que también protege el artículo 14, de dicha Ley Fundamental».

Estas sentencias han dado lugar a que se promulgara un nuevo Decreto regulando la enseñanza de la Religión, el Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre (BOE 26 de enero de 1995). Así se reconoce en el preámbulo¹⁹.

Lo cierto es, sin embargo, que la nueva reglamentación dista mucho de superar los defectos que el Tribunal Supremo encontró en la anterior y que dieron lugar a la declaración de nulidad. Porque, en efecto, dos eran los motivos básicos en que descansaban los fallos: discriminación de los alumnos que optaban

¹⁹ En el párrafo segundo, dice:

«A lo largo del curso académico 1993-1994 el Tribunal Supremo ha dictado sucesivas sentencias en las que, al resolver recursos contencioso-administrativos sobre la citada regulación se ha pronunciado declarando la nulidad de determinados artículos de las normas de referencia. Todo ello, así como el hecho de que durante los años transcurridos, y mediante las leyes correspondientes, se han aprobado acuerdo de cooperación entre el Estado Español y las confesiones Evangélica, Israelita e Islámica, hace necesario que se aborde en un reglamento específico la ordenación de la enseñanza de la Religión en el sistema educativo».

por la Religión por el sistema de evaluación y calificación de su enseñanza y de las enseñanzas alternativas, por un lado, y, por otro, la falta de claridad que daba lugar a incertidumbre, cuando no a inseguridad jurídica. Así lo dictaminó el Consejo de Estado al serle sometido el nuevo Decreto.

Y estos atentados se consumaron configurando la enseñanza de la Religión y actividades alternativas en un marco que no es el que diseña la Ley.

Las áreas o materias en que se organizan los contenidos educativos, y la Religión y enseñanzas complementarias.

Las áreas o materias

Los contenidos educativos se organizan en áreas o materias según los niveles educativos (arts. 4º.4; 14.1; 20.1, y 27.1., LOGSE). Estas áreas o materias pueden ser:

a) *Obligatorias para todos los alumnos* o para aquellos que elijan una modalidad determinada.

b) *Optativas*. Las áreas optativas aparecen ya en el segundo ciclo de la educación secundaria obligatoria (art. 26.3, LOGSE) y adquieren plena relevancia en el bachillerato. Según el artículo 27.2, LOGSE:

«Las materias comunes del bachillerato contribuirán a la formación general del alumnado. Las materias propias de cada modalidad de bachillerato y las materias optativas le proporcionarán una formación más especializada, preparándole y orientándole hacia estudios posteriores o hacia la actividad profesional. El currículo de las materias optativas podrá incluir una fase de formación práctica fuera del centro».

La opción, por tanto, supone elegir entre varias áreas o materias, todas ellas con el mismo rango y con el mismo rigor académico, los alumnos vendrán obligados a elegir el mismo número de áreas o materias optativas. Todas se impartirán en el horario lectivos y serán evaluables.

La religión como área o materia de los niveles educativos

A tenor de la Disposición Adicional segunda de la LOGSE, la Religión, se considera «área o materia en los niveles educativos que corresponda».

Es, según el texto de la citada Disposición Adicional «de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos».

En consecuencia, los padres o tutores o alumnos si fuesen mayores de edad, podrán optar por «cursar las enseñanzas de Religión». Así lo establece el artículo 2 del Decreto 2438/1994. Formalizada la opción, la Enseñanza de la Religión ca-

tólica constituirá un área o materia educativa, y, en consecuencia, su evaluación «se realizará a todos los efectos, de acuerdo con la normativa vigente del mismo modo que la de las demás áreas o materias del currículo, haciendo constar en el expediente académico de los alumnos las calificaciones» en la Educación primaria y en la secundaria obligatoria (art. 5º.1), mientras que las calificaciones obtenidas en el Bachillerato «no se computarán en la obtención de la nota media a efectos de acceso en la Universidad ni en las convocatorias para la obtención de becas y ayudas de estudio que realicen las Administraciones públicas cuando hubieran de acudir a la nota media del expediente para la selección» (art. 5º,3, LOGSE).

Las «actividades de estudio alternativas»

Las llamadas «actividades de estudio alternativas», ya no constituyen un área o materia. Sino unas actividades que vienen definidas por las notas siguientes (art. 3, Decreto 2438/1994):

— Son obligatorias para los alumnos que no hubieran optado por la Enseñanza de la Religión.

— Se impartirán en horario simultáneo a las enseñanzas de la Religión. No versarán sobre contenidos incluidos en las enseñanzas mínimas y en el currículo de los respectivos niveles educativos—.

— Serán propuestas por la Administración pública competente y tendrán como finalidad «facilitar el conocimiento y la *apreciación de determinados aspectos de la vida social y cultural*, en su dimensión histórica o actual, a través del análisis y comentario de diferentes manifestaciones literarias, plásticas y musicales, y contribuirán, como toda actividad educativa, a los objetivos que para cada etapa están establecidos en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre».

Durante dos cursos de la Educación Secundaria Obligatoria y durante otro de Bachillerato las actividades de estudio alternativas, como enseñanzas complementarias, versarán sobre manifestaciones escritas, plásticas y musicales de las diferentes confesiones religiosas, que permitan conocer los hechos, personajes y símbolos más relevantes, así como su influencia en las concepciones filosóficas y en la cultura de las distintas épocas.

Estamos, por tanto, ante unas actividades anómalas, que no pueden catalogarse entre las áreas o materias, ni entre las actividades complementarias o extraescolares que, partiendo de la LODE y de la LOGSE, se preven en el Decreto 1534/1986, de 11 de julio.

Esta configuración reglamentaria de la enseñanza de la Religión no ha eliminado ninguno de los reparos que la normativa anterior ofreció al Tribunal Supremo y que determinaron la anulación de normas análogas a las que ahora se contienen en el Decreto 2438/1994.

Discriminación a los alumnos que opten por la enseñanza de la Religión

El principio de igualdad

Solo se cumplirá fielmente la garantía constitucional que reconoce a los padres el artículo 27.3 de la Constitución, si la enseñanza de la Religión se estructura de tal modo que los alumnos que hubiesen optado (ellos o sus padres o tutores) por ella no resultasen discriminados respecto de los demás alumnos²⁰.

No cumplir esta exigencia la reglamentación anterior fue, como se ha señalado, uno de los motivos que condujeron al Tribunal Supremo a declarar nulos algunos de sus preceptos.

La discriminación puede producirse en dos direcciones:

- Porque las enseñanzas alternativas versen —directa o indirectamente— sobre contenidos incluidos en el currículo de los respectivos niveles educativos.
- Por la repercusión que pueda tener la evaluación de la Religión.

El contenido de las enseñanzas alternativas

El primero de los peligros de discriminación únicamente puede ser evitado con una cuidada regulación de las materias sobre las que no deben versar las enseñanzas alternativas de la Religión.

El proyecto de Decreto sometido al Consejo de Estado excluía las enseñanzas mínimas. Lo que motivó que el Alto Consejo Consultivo dijera en su dictamen:

«... de acuerdo con el artículo 3.2 del Proyecto, el contenido de las enseñanzas alternativas no puede coincidir con las materias que integran las «enseñanzas mínimas» del respectivo nivel educativo. Es cierto que con ello pretende darse cumplimiento al criterio sentado por el Tribunal Supremo en este aspecto. Sin embargo, como recuerda el Consejo Escolar del Estado, no parece que dicha exclusión deba circunscribirse exclusivamente a las «enseñanzas mínimas», sino a todas *aquellas del nivel educativo que puedan comportar una puntuación y, en definitiva, que repercutan* en el propio expediente académico, pues sólo así se evitará la discriminación en los términos señalados por el Tribunal Supremo».

En el texto aprobado del Decreto 2438/1994 se excluyen, no solo las actividades que versaren sobre «contenidos incluidos en las enseñanzas mínimas», sino también las incluidas «en el currículo de los respectivos niveles educativos».

Pero si en este aspecto concreto el Decreto, al seguir la sugerencia del Consejo de Estado, remedió la deficiencia de que adolecía el proyecto, no puede de-

²⁰ Cfr. *El Decreto sigue manteniendo la discriminación del área de Religión. Nota de la Confederación Católica Nacional de Padres de Familia y Padres de Alumnos sobre el Real Decreto Por el que se regula la enseñanza de la Religión*, en *Ecclesia*, n.º 2717, 31 diciembre 1994, pp. 12 y ss.

cirse lo mismo sobre la falta de precisión al determinar las actividades de estudio alternativas. Extremo a que me refiero después.

La evaluación de las enseñanzas de Religión

El Decreto 2438/1994 considera garantizado «el principio de igualdad y la libre concurrencia entre todos los alumnos» estableciendo que no se computarán «las calificaciones que se hubieran obtenido en la evaluación de las enseñanzas de Religión... en la obtención de la nota media a efectos de acceso a la Universidad, ni en las convocatorias para la obtención de becas y ayudas de estudio que realicen las Administraciones públicas».

Pero subsiste la discriminación en otro aspecto. El siguiente:

— El Real Decreto 1178/1992, de 2 de octubre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del Bachillerato, dispone que «para poder cursar el segundo año de Bachillerato será preciso haber recibido calificación positiva en las materias de primero con dos excepciones como máximo» (art. 10.1). «Los alumnos que no promocionen a segundo curso por haber tenido una evaluación negativa en más de dos materias deberán cursar de nuevo todas las materias de primero» (art. 10.2). «Los alumnos que al término del segundo curso tuvieran pendientes de evaluación positiva más de tres materias deberán repetir el curso en su totalidad» (art. 10.3).

— Por consiguiente, los alumnos que opten por la enseñanza de la Religión deben obtener calificación positiva en una materia más que los que no la elijan para poder promocionar al curso siguiente.

Lo que supone una desigualdad de trato. Así lo destacó el Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal al referirse al Decreto en estos términos:

«A los alumnos que eligen la clase de Religión se les exige un mayor esfuerzo y dedicación que a sus compañeros que participan en 'actividades de estudio alternativas, como enseñanzas complementarias'. Mientras aquellos estudian una materia con rigor académico y con evaluación, éstos estarán sólo obligados a un 'estudio' sobre materias no curriculares, sin exigencia académica, ni evaluación, y sin que su trabajo se tenga en cuenta para efecto alguno».

Imprecisión en la determinación de las enseñanzas alternativas

La exigencia de claridad y precisión al diseñar el régimen de las enseñanzas alternativas

La «incertidumbre cuando no inseguridad jurídica» a que daba lugar la reglamentación anterior de la enseñanza de Religión fue uno de los fundamentos aducidos por el Tribunal Supremo en su sentencia anulatoria. Y uno de los aspectos

a los que dedicó especial atención el Consejo de Estado al dictaminar el proyecto de nuevo Decreto. Porque —decía— «es precisa una certeza suficiente sobre el contenido de las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de la religión, pues no hay posibilidad de elección si no hay antes conocimiento suficiente para ejercitarla, todo ello de acuerdo, además, con el principio de seguridad jurídica».

Pues bien, el nuevo Decreto, no solo no elimina las deficiencias de que adolecía la reglamentación anterior, sino que puede afirmarse que las agrava.

Competencia para decidir acerca de las propuestas de las Administraciones Públicas

El artículo 3.º.2 del Decreto 2438/1994 dice que las actividades alternativas serán «propuestas por el Ministerio de Educación y Ciencia y por las Administraciones educativas que se encuentren en pleno ejercicio de sus competencias en materia de educación».

Aquí aparecen las indefiniciones. Porque son las Administraciones públicas con competencia en materia de Educación las que han de proponer. Pero ¿a quién? ¿a los centros?. Y cuales son las alternativas.

Porque, en principio, caben imaginar tres:

- Que se propongan varias alternativas de las que los receptores deban elegir una.
- Que los receptores tengan libertad para asumir la propuesta o no. Y en caso que no asuman ninguna no se prevé la solución que ha de adoptarse.
- Que cada una de las Administraciones públicas, al amparo de la habilitación contenida en la Disposición Final segunda adopte una u otra, lo que podría dar lugar a diferentes soluciones, en algún caso contradictorias, según la ideología del sujeto que la interprete y aplique.

El contenido de las actividades alternativas

En el n.º 2, del artículo 3.º, del Decreto se limita a fijar la finalidad de las actividades alternativas y la técnica de estudio. El n.º 3 del mismo artículo sí se refiere genéricamente al contenido pero solo «durante dos cursos de la Educación Secundaria Obligatoria, y durante otro de Bachillerato». Lo que dio lugar a que el Consejo de Estado dijera en su dictamen:

«Por lo demás, nada se dice en el Proyecto sobre el contenido de las enseñanzas alternativas en los demás niveles educativos distintos de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato, niveles a los que, sin embargo, les es de aplicación el Proyecto mismo, cuyo artículo 1 se refiere explícitamente al segundo ciclo de la Educación Infantil y a la Primaria».

Y no se especifica a quién corresponde determinar los cursos en que las actividades de estudio versarán sobre tales contenidos, si a los centros o a las Administraciones educativas, o si queda a elección de los alumnos; ni si tales cursos deben ser consecutivos, en el caso de la Enseñanza Secundaria Obligatoria, o bien pueden ser alternativos. Esta posibilidad, perfectamente viable a la luz del Real Decreto, rompería el ciclo de aprendizaje de los alumnos de forma que estas enseñanzas quedarían bastante diluidas. Piénsese que los cursos fueran 1.º y 4.º de la Enseñanza Secundaria Obligatoria y 2.º del Bachillerato. De esta forma se desvirtuaría el principio constitucional de formación integral de la personalidad humana.

Para el caso de que sean los centros los que determinen los cursos concretos, puede darse el caso de que alumnos afectados por un cambio de centro en la mitad de la etapa, se vean privados de recibir tales enseñanzas si el centro de origen las establece en el segundo ciclo y al que acceden en el primero, solución contraria a la Ley.

Por otra parte, mediante el establecimiento de estos contenidos únicamente en los últimos años de la escolaridad del alumno, se le priva de la posibilidad de acceder a la enseñanza de la Religión, cualquiera que sea ésta, en la escuela, si ésta fuera su opción tras haber obtenido los conocimientos básicos de las distintas creencias.

CONCLUSIÓN

Parece evidente que la única fórmula que permitiría cumplir la exigencia constitucional sería la que se ha propuesto por la CONCAPA²¹:

«Configuración de una área de Religión, obligatoria, integrada por dos modalidades, modalidad cultural, que estudie la religión como hecho histórico y antropológico, que desarrolle la experiencia religiosa, la cultural, historia y arte en que se ha manifestado y la moral y la ética que los ha inspirado, y una modalidad confesional como sistema de convicciones que aborde los principios morales y los contenidos establecidos por cada una de las religiones. La elección de una u otra modalidad será voluntaria».

²¹ Cfr. nota 20.