

DECISÕES NOTÓRIAS
das Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais

Volume 1

CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
António Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Helena Maria Ferreira
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis

Ligia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Marcelo Campos Galuppo
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Milena de Cássia Rocha
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

JOSÉ CARLOS **RIZK FILHO**
JOÃO ROBERTO DE SÁ **DAL'COL**
DAURY CESAR **FABRIZ**
ALBERTO **NEMER NETO**
LÍVIA DALLA BERNARDINA **ABREU**
JULIO HOMEM DE **SIQUEIRA**

DECISÕES NOTÓRIAS

das Cortes Supremas e
Tribunais Constitucionais

Volume 1


DIALÉTICA
EDITORA



Copyright © 2021 by Editora Dialética Ltda.

Copyright © 2021 by José Carlos Rizk Filho, João Roberto de Sá Dal'Col, Daury Cesar Fabríz, Alberto Nemer Neto, Livia Dalla Bernardina Abreu, Julio Homem de Siqueira.

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Capa: Ygor Moretti
Diagramação: Clara Maria Batista Lima
Revisão: Responsabilidade do autor

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D294n Decisões Notórias das Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais - Volume 1 / José Carlos Rizk Filho et al. – Belo Horizonte : Editora Dialética, 2021.
556 p. = (Coletânea; v. I)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-5956-786-7

1. Cortes Supremas. 2. Tribunais Constitucionais. 3. Direito. I. Rizk Filho, José Carlos. II. Título. III. Série.

CDD 340

CDU 34

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



DIALÉTICA
EDITORA

f /editoradialetica
@editoradialetica

www.editoradialetica.com



SUMÁRIO

(IM)PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO BASEADA EM ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UMA ANÁLISE DO PRECEDENTE STF/RE 852.475/SP - André Soares de Azevedo Branco, Mariana Fernandes Beliqui | 13

DIREITO À MORTE ASSISTIDA: A DECISÃO DO BUNDESVERFASSUNGSGERICHT DE 26 DE FEVEREIRO DE 2020 - Anna Karoliny Alexandre Fonseca, Margareth Vetis Zaganelli | 27

LA VALENZA PROBATORIA DELLA PROVA TESTIMONIALE E DELLE DICHIARAZIONI DEI TERZI NEL PROCESSO TRIBUTARIO: CASS., SEZ. V, SENT. N. 9903 DEL 27 MAGGIO 2020 - Anna Rita Ciarcia, Adriana Salvati | 37

TRIBUNALES SUPERIORES ESPAÑOLES FRENTE A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA. EL EJERCICIO DEL PODER EN LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES PLURALISTAS - Antonio Javier Trujillo, Isabel Trujillo | 57

ADPF 548: AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA COMO GARANTIA DAS LIBERDADES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - Carolina Cyrillo, Luiz Fernando Castilhos Silveira | 75

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A NO SER DISCRIMINADO POR CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES EN LA STC 26/2011, DE 14 DE MARZO - Catalina Ruiz-Rico Ruiz | 93

A DECISÃO LIBERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADI N. 4275 - Flávio Quinaud Pedron , Mayra Ramires Mendes Cabreira | 107

LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA E LA REPRESSIONE PENALE DELL'ADULTERIO FEMMINILE - Francesco Pallante | 129

O RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O JULGAMENTO DA ADI 6.387 QUE SUSPENDEU A EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 954/2020 SOBRE COMPARTILHAMENTO DE DADOS - Gabriela Pelles Schneider | 145

LAS SENTENCIAS NÚM. 1/2014 Y NÚM. 35/2017 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO EN MATERIA DE LEY ELECTORAL DEL PARLAMENTO: LA RUPTURA DE UN «TABÚ» - Giorgio Sobrino | 157

A QUESTÃO RAPOSA DO SOL - Ives Gandra da Silva Martins | 179

A IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO CIVIL DO DANO AMBIENTAL: A ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 654.833 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Jackelline Fraga Pessanha, Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes | 189

ANALYSIS OF THE “DANISH CASES” DECIDED BY THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE DISREGARDING THE USE OF CONDUIT COMPANIES AS ABUSE OF THE INTEREST-ROYALTY DIRECTIVE OR THE PARENT-SUBSIDIARY DIRECTIVE THE COURT VS THE ADVOCATE GENERAL? - Jacques Malherbe | 205

COMENTÁRIO À DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS N.º 7/2019 - A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE TRIBUTOS - João Sérgio Ribeiro, Andreia Barbosa | 223

A LEGITIMIDADE PARA AS AÇÕES COLETIVAS E A JURISPRUDÊNCIA DO STF - José Geraldo Brito Filomeno | 237

A ADI 2.736-1/DF E OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NA LEI DO FGTS 8.036/1990 - Junio Graciano Homem de Siqueira, Julio Homem de Siqueira | 253

O CONTRATO DE SEGURO, A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E A REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 1.224.374-RS- Luís Antônio Giampaulo Sarro | 261

O CASO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DAS DROGAS - Luiz Guilherme Marinoni | 281

TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM - Manoela Cardoso de Almeida Jorge, Julio Homem de Siqueira | 303

A ADPF 186 E A JUDICIALIZAÇÃO DA IGUALDADE NO BRASIL: REPRESENTATIVIDADE, PLURALISMO E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - Manuellita Hermes, Tatiana Dias Silva | 315

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO JARDIM DOS CAMINHOS QUE SE BIFURCAM. OU: DE COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PODERÁ REDISCUTIR OMISSÕES CONSTITUCIONAIS E ESCOLHAS DO LEGISLADOR. REFLEXÕES SOBRE O TEMA 1.095 DA REPERCUSSÃO GERAL E A APOSENTADORIA VALETUDINÁRIA - Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz | 335

O CONTRIBUTO DA TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS NO CASO DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR - Marco Antônio Preis | 373

LA DECISIÓN PARADIGMÁTICA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN) ANTE EL ACOSO ESCOLAR POR UN PARTICULAR. EL AMPARO DIRECTO 35/2014 - María de los Ángeles González Luna, Mirlo Matías de la Cruz | 391

“LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO” (COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS) - Marilene Talarico Martins Rodrigues | 409

A EXCLUSÃO DOS NEGROS NA SOCIEDADE BRASILEIRA E A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS PARA INGRESSO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS - ANÁLISE DA ADPF 186 - Matheus Carvalho | 425

O COMPARTILHAMENTO DE DADOS FISCAL E BANCÁRIO - Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho | 449

MUDANÇA DE SEXO E JURISPRUDÊNCIA – A QUESTÃO DA IDENTIDADE CIVIL DOS TRANSGÊNEROS (ADI 4275) - Paulo G. Gonet Branco, Tatiana Almeida de Andrade Dornelles | 473

IL SUICIDIO MEDICALMENTE ASSISTITO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA: LA SENTENZA N. 242 DEL 2019 (CASO CAPPATO) - Silvia Salardi, Michele Saporiti , Margareth Vetis Zaganelli | 489

LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA E LA GIURISPRUDENZA SUL FINE VITA - IL CASO ANTONIANI-CAPPATO NELL'ORDINANZA N. 207/2018 E NELLA SENTENZA N. 242/2019* - Ugo Adamo | 505

SEGURANÇA JURÍDICA E MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL: A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA EM FACE DO JULGAMENTO DO ARE 664.335 - Valter de Souza Lobato, Nayara Atayde Gonçalves Machado | 525

SOBRE OS AUTORES | 547

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que OAB/ES e sua Comissão de Estudos Constitucionais promovem o lançamento do presente livro. O direito constitucional encontra-se no âmago das grandes discussões atualmente promovidas no Brasil e no mundo.

Costuma dizer o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, que *a Constituição governa permanentemente quem governa transitoriamente*. E, como não poderia ser diferente, a OAB/ES, instituição a qual tenho o privilégio de ter sido escolhido pelos pares presidente, atua permanentemente na defesa do Estado Constitucional, da democracia e dos direitos contidos na Constituição.

Trata-se o presente livro de obra comentada que discute com maestria decisões notórias das cortes supremas. Certamente será uma ferramenta importante de conhecimento e estudo do direito constitucional e acerca de como decidem os tribunais constitucionais.

Contribuíram com a presente obra, além de talentosos advogados capixabas, grandes personalidades e estudiosos do direito constitucional ao redor mundo.

Com muito gosto, compartilho o trabalho com os colegas, na expectativa de uma rica e valorosa leitura.

Vitória/ES, verão de 2021.

José Carlos Rizk Filho

Presidente da OAB/ES



TRIBUNALES SUPERIORES ESPAÑOLES FRENTE A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA. EL EJERCICIO DEL PODER EN LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES PLURALISTAS

Antonio Javier Trujillo
Isabel Trujillo

1. EL CASO

Este trabajo estudia un conjunto de decisiones del Tribunal Supremo español¹, con un epílogo en el Tribunal Constitucional², sobre una materia que plantea el equilibrio entre el legítimo ejercicio del poder del estado y la protección de la libertad ideológica y de concien-

- 1 (Este trabajo se coloca en el marco del proyecto DER201785659-C5-4-R Límites a la fragmentación de los Derechos Fundamentales en la Europa integrada y en un contexto globalizado: sujetos, ordenamientos, competencias, estándares y territorios [FRAGDER], Ministerio de Economía y Competitividad de España.) Estas sentencias, originadas por los recursos de casación núm. 905, 948, 949 y 1013 de 2008, “en principio” están disponibles en la base de datos oficial de la jurisprudencia española elaborada por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Se ha matizado la frase anterior, con la expresión “en principio”, porque la correspondiente al recurso 949/2008 no aparece en ella y tampoco, por tanto, en la base de datos del *Portal Europeo de e-Justicia* (<https://e-justice.europa.eu/home.do>). Se cita aquí tomándola de *Iustel*, pues agrupa las cuatro en un mismo sitio: (https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1033998). La numeración de las tres sentencias publicadas oficialmente según el identificador nacional de la jurisprudencia española – Roj o Repositorio oficial de jurisprudencia – es 340 a 342/2009, de 11 de febrero, siendo la 342 la correspondiente al primer recurso de casación, núm. 905 (búsquedas realizadas los días 15 y 29 de junio de 2020).
- 2 Las resoluciones del Tribunal Constitucional han sido el Auto 51/2010, de 6 de mayo (BOE núm. 129, de 27 de mayo de 2010) y las Sentencias 28/2014, de 24 de febrero (BOE núm. 73, de 25 de marzo de 2014), 41/2014, de 24 de marzo (BOE núm. 87, de 10 de abril de 2014) y 57/2014, de 5 de mayo (BOE núm. 134, de 03 de junio de 2014), disponibles en <http://hj.tribunalconstitucional.es/>.

cia. El caso gira en torno a la enseñanza de la asignatura conocida como “Educación para la ciudadanía” y, en particular, a la solicitud de algunos padres de ejercer el derecho a la objeción de conciencia para que sus hijos no participen en ella, en razón de su desacuerdo sobre el contenido de la misma. La causa llega al Tribunal Supremo (TS) y, después, al Tribunal Constitucional (TC): el primero se pronunciará en contra de ese derecho y el segundo, que es el órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales, no ha llegado a analizar el fondo de la cuestión por las razones que se verán. El trabajo reconstruye las argumentaciones de estos tribunales – algunas en la línea de la limitación del derecho requerido – para valorarlas a la luz de las características esenciales del constitucionalismo, en particular, de sus indiscutibles bases éticas en contextos de pluralismo ideológico y de la importancia primaria de la protección de la persona y de sus libertades. Más allá de que la respuesta al problema sea el derecho a la objeción de conciencia, se discute si el constitucionalismo exige un cambio en la cultura jurídica que se refleje en el modo de ejercer los poderes públicos en la dirección de una mayor sensibilidad pluralista, una vez abandonada la pretensión de neutralidad (imposible)³.

2. EL OBJETO DE DEBATE

Una manera de definir la esencia diacrónica del constitucionalismo es sostener que se trata de un movimiento de pensamiento que, desde sus orígenes, está orientado a «perseguire finalità politiche concrete, essenzialmente consistenti nella limitazione dei poteri pubblici e nell’affermazione di sfere di autonomia normativamente garantite»⁴. En realidad, el constitucionalismo contemporáneo es más que eso – pues supone un orden vertical y horizontal fundado sobre el “rule of law” y una amplia gama de derechos de las personas – pero esa afirmación pone el acento sobre un aspecto distintivo, el de la permanente tensión

3 Comenta estas mismas sentencias valorándolas en sentido contrario respecto a este trabajo, pero matizando entre varias ideas de neutralidad ideológica del estado, A. Ruiz Miguel, *Educación para la ciudadanía: entre la neutralidad estatal y la objeción de conciencia*, en “Anuario de filosofía del derecho”, 26, 2010, pp. 107-146.

4 M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 5.

entre la libertad de los individuos y los poderes públicos. Esa tensión tiene implicaciones importantes y específicas en el modo de ejercer los poderes públicos y también privados, aunque aquí esto último no es objeto de tratamiento.

Ciertamente, el derecho a la objeción de conciencia es una expresión de esa tensión, pero no la agota. Como es bien sabido, la doctrina clásica sobre la objeción de conciencia ve la posibilidad de que el estado establezca obligaciones alternativas a esas que se consideran gravosas para la conciencia del individuo en casos bien específicos. Todo esto es señal del carácter excepcional del ejercicio de ese derecho y, de alguna manera, confirma una prevalencia de las exigencias del estado respecto al individuo. Por supuesto, se puede observar fácilmente que la tarea de regular la objeción de conciencia, así como la de sortear los efectos a veces no irrelevantes del ejercicio del derecho a objetar, aumenta la carga organizativa del estado. Pero hay que recordar que todo eso es en función de la protección de la libertad de las personas y, por tanto, no debería ser visto como un obstáculo a la realización de los fines del estado, pues entre ellos está precisamente proteger la libertad ideológica a través de la creación de espacios de acomodación para el desacuerdo. Esa acomodación del desacuerdo en materias susceptibles de diversidad de interpretaciones, opiniones y posiciones es el aspecto más significativo de las constituciones contemporáneas y su desafío más difícil. Aun habiendo sido positivizados, los principios constitucionales mantienen su naturaleza ética – su contacto con bienes y valores en los que se inspiran, como la libertad, la solidaridad, la participación, la igualdad –, admiten distintas y controvertidas interpretaciones, necesitan ser ponderados cuando entran en conflicto y sus medios de actuación deben ser bien valorados en relación a las circunstancias.

En el debate sobre el tema en este y otros casos, y no solamente en España, se ha sostenido que al estado constitucional subyace un derecho general implícito a la objeción de conciencia, no limitado a los casos explícitamente reconocidos por el legislador⁵. Para que ese derecho pueda ejercitarse dentro del marco jurídico, el instrumento natural es el del control judicial que, caso por caso, debe establecer cómo y cuándo la

5 Ver P. Chiassoni, *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, en “Diritto & questioni pubbliche”, 9, 2009, pp. 65-89, que tiene como objeto el derecho a objetar frente a las normas sobre las directivas anticipadas de tratamiento sanitario (testamento biológico) que el gobierno italiano elaboro después del famoso caso “Englaro”.

pretensión del ciudadano es razonable y la posición de los poderes públicos es limitativa de su libertad y del pluralismo de las opciones posibles y legítimas. Se justifica ese derecho implícito porque en las bases axiológicas del estado constitucional se encuentra la libertad de pensamiento y de conciencia, una conciencia que por su naturaleza no es reducible a las modas y a las mayorías de cualesquiera direcciones se puedan formar, aún dentro del campo circunscrito por los principios constitucionales. No obstante, en la cultura jurídica general parece que se sigue creyendo en la neutralidad de las actuaciones de los poderes públicos, siendo una creencia que se resiste a desaparecer.

En las páginas que siguen el objetivo es poner en relación estos temas con una historia legal que puede ser considerada su ejemplificación.

3. EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL LIDIANDO CON LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

El 11 de febrero de 2009, la Sala Tercera del Tribunal Supremo español (en adelante TS) – el órgano superior de la jurisdicción ordinaria –, que se ocupa de lo contencioso-administrativo, convocada en Pleno por la relevancia del asunto, resolvió cuatro recursos sobre el mismo problema, con sendas sentencias uniformes, estableciendo la pauta a seguir en adelante por él mismo y por los órganos jurisdiccionales inferiores⁶.

El problema común a todos los casos ante el TS es el derecho a la objeción de conciencia en el estado constitucional de derecho. El punto de partida es la afirmación, por parte de algunos padres en nombre de sus hijos menores en edad escolar, de tener este derecho frente a la obligación de estos de participar en un conjunto de materias introducidas en

⁶ Los recursos, de acuerdo a las reglas de reparto de asuntos en el TS, correspondía resolverlos a la Sección Séptima de su Sala Tercera, pero la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé que, en los órganos jurisdiccionales colegiados españoles, «podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de Justicia» (artículo 197). En este caso, las cuatro sentencias mencionan que el Presidente de la Sala Tercera acordó en uso de las facultades otorgadas por ese precepto «y en atención a la trascendencia de la cuestión debatida en este proceso, someter su conocimiento al Pleno de la Sala». Aquí estuvo compuesta por 29 Magistrados, que deliberaron durante tres días, 26 a 28 de enero de 2009.

diferentes niveles educativos con la reforma derivada de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación (en adelante, LOE), denominado de modo general como “Educación para la ciudadanía”. Estos cuatro recursos iniciales se pueden clasificar en dos grupos. Por un lado, el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la representación del gobierno andaluz recurrieron una sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Andalucía – sede de Sevilla –, que había reconocido ese derecho, de modo contrario a lo que las autoridades administrativas competentes habían decidido previamente respecto a la petición de los solicitantes⁷. Por otro lado, en los tres asuntos procedentes de Asturias, fueron los padres quienes recurrieron sentencias emitidas por el TSJ de esa comunidad, que denegaban el derecho a la objeción de conciencia sobre varias disciplinas, todas ellas introducidas a partir de la LOE⁸. Debe observarse que, en todos los casos, las autoridades administrativas competentes no habían reconocido el derecho.

Como los propios jueces explican, la previsión de esas materias, con la consiguiente obligación de cursarlas y ser evaluadas a efectos de la promoción final del alumno, tiene el objetivo de capacitar a los ciudadanos en torno a los valores comunes de las sociedades democráticas. Además de considerarla en línea con diversas recomendaciones europeas⁹, a nivel nacional la regulación de la asignatura había completado correctamente su proceso de producción a través de la LOE y de su normativa de

7 Por resolución del Viceconsejero de Educación no se había reconocido ese derecho a los padres, que recurrieron al TSJ Andalucía – Sevilla –, quien estimó su recurso y reconoció el derecho discutido. Su decisión de 4 de marzo de 2008 dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 342/2009, ya citada, que resolvió los tres recursos de casación planteados contra ella, agrupados con el núm. 905/2008. En esta sentencia, el ponente inicialmente designado expresó su voluntad de emitir voto particular discrepante, procediendo el Presidente de la Sala a designar nuevo ponente (cfr. Antecedente de hecho, 5º): a pesar de ello, en la base de datos oficial de la jurisprudencia española sigue apareciendo como ponente el primero, así como en la síntesis inicial de la propia resolución judicial (consultas realizadas los días 15 y 20 de junio de 2020).

8 Se trata de las STS 340/2009 – que resuelve el recurso de casación número 948/2008, interpuesto frente a sentencia TSJ Asturias de 11 de febrero de 2008 –, 341/2009 – recurso de casación número 1013/2008, interpuesto frente a sentencia TSJ Asturias de la misma fecha que la anterior – y, finalmente, la sentencia que resolvió el recurso de casación 949/2008, de la que ya se ha hablado en nota 1.

9 Enumera el TS tres documentos, dos del Consejo de Europa y uno de la UE (vid. STS 342/2009, Fundamento de Derecho – en adelante, FD – 4º).

desarrollo a través de reglamentos estatales y autonómicos, por lo que los jueces analizan si lo que de ella deriva constituye un deber legal válido, por tratarse del presupuesto para ejercer la objeción de conciencia¹⁰. Esto supone otra diferencia con los casos de Asturias dado que los padres pretendían objetar por reputar a esa normativa de desarrollo como contraria a determinados derechos fundamentales: el TS considera, sin embargo, que dicha pretensión se encuentra fuera de la objeción al no tratarse, en caso de que así fuera, de un deber jurídico válido¹¹.

El material normativo de la LOE es muy genérico y no fue impugnado en su momento. Un primer elemento problemático – que ayudará al público no español a comprender la controversia –, sale a la luz cuando los jueces reconocen que algunas de las previsiones de la asignatura, sobre todo aquellas contenidas en los reglamentos de desarrollo de la ley se prestan a diferentes lecturas¹².

10 «Es conveniente comenzar por una aclaración: la idea misma de objeción de conciencia sólo tiene sentido, en principio, cuando se opone a deberes jurídicos válidos, es decir, deberes jurídicos que emanan de una norma que no vulnera ninguna otra norma de rango superior. Si la norma que impone el deber jurídico es inconstitucional -o, tratándose de un reglamento, ilegal-, la respuesta no puede ser nunca la objeción de conciencia, sino la activación de los procedimientos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para la anulación de normas: el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, frente a las normas con rango de ley; la impugnación directa o indirecta ante la jurisdicción contencioso-administrativa, frente a las normas reglamentarias. En pocas palabras, en un Estado democrático de derecho, es claro que la reacción frente a la norma inválida no puede consistir en reclamar la dispensa de su observancia, sino en reclamar su anulación» (STS 342/2009, FD 4º).

11 «Se sitúan así en un plano distinto al propio de la objeción de conciencia porque mantienen que se les debe reconocer desde el momento en que tienen a las normas reglamentarias por contrarias a sus derechos fundamentales. Decimos que es distinto porque, en principio, la objeción se ejerce frente a deberes públicos válidamente impuestos y porque los derechos que invocan a la libertad de conciencia y a elegir la formación de sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas, de haber sido lesionados, les hacen acreedores de la más plena tutela judicial» (STS 340/2009, FD 8º reiterado en las otras dos), por lo que «es claro que no estamos ante un escenario que permita reconocer el derecho a objetar» (FD 9º).

12 STS 342/2009, FD 7º, continuando «Las normas reguladoras de la materia Educación para la Ciudadanía están compuestas por numerosos preceptos, anexos y cuadros, con un contenido denso, estrechamente interrelacionado. De entre todo ese amplio material, no se han discutido formalmente las prescripciones legales. Es verdad que, en la medida en que los reglamentos reguladores de la materia Educación para la Ciudadanía se sirven de una terminología específica, en oca-

Un acercamiento medurado a la materia insistiría sobre la necesidad de un enfoque crítico de los problemas, en la legitimidad de diferentes opiniones, en la necesidad de escuchar diferentes posiciones para formarse una opinión independiente, todos ellos presupuestos metodológicos adecuados a una formación crítica; mientras los contenidos de la normativa española, a pesar de la buena voluntad tienden a ser muy – quizás demasiado, a juzgar por el debate planteado – asertivos. Aquí hay un aspecto inevitable del problema: cualquier concreción de valores a perseguir, cuya capacidad de consenso es proporcional a la generalidad de su expresión lingüística, implica una determinación del contenido que afecta inversamente al consenso inicial. En el presente caso, además, la dificultad aumenta debido a que los contenidos que hay que concretar son aquellos que deben enseñarse a menores, con la consiguiente necesidad de simplificación y difusión. La naturaleza problemática de la determinación de los contenidos generales (necesarios, sin embargo, en el debate) por parte de quien es competente para hacerlo (el legislador y la administración educativa principalmente) es una buena razón para enfatizar el papel de los jueces en la protección de las libertades individuales, en la línea de un buen equilibrio entre poderes.

La base jurídica de la argumentación presentada por los padres parte de la supuesta lesión de dos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española. El primero es la libertad ideológica y religiosa conforme al artículo 16.1, el segundo es el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones (artículo 27.3). Los padres detectan, bajo la apariencia de una enseñanza sobre valores comunes, cuestiones morales explícitas que inciden en la formación de conciencia moral y cívica, valoraciones éticas de problemas concretos: por eso perciben una interferencia del estado en la enseñanza ideológica y moral, e, incluso, un adoctrinamiento¹³.

En las cuatro sentencias del TS, el marco argumentativo es el mismo, procedente de la deliberación conjunta de los cuatro asuntos. Los jueces identifican seis problemas jurídicos de fondo que examinan preliminarmente para resolver el problema: 1) el significado del pluralismo como elemento necesario de una sociedad democrática; 2) la relevancia

siones recargada en exceso, la consideración aislada de algunas de sus frases o palabras podría inducir a dudas en torno a su alcance. Ahora bien, su interpretación dentro del contexto de los reglamentos y desde los presupuestos constitucionales señalados disipa toda incertidumbre» (FD 10°).

13 Cfr. STS 342/2009, FD 3°.

de los derechos fundamentales en el modelo constitucional de convivencia; 3) el papel que la Constitución reconoce al estado en materia de educación; 4) el contenido del derecho a la libertad ideológica y religiosa del art. 16.1 dentro del sistema educativo; 5) el alcance de los derechos parentales de conformidad con el art. 27.3 y, finalmente, 6) el límite que estos derechos imponen a los poderes públicos en el ejercicio de la actividad educativa. Los problemas jurídicos concretos son: 1) la existencia o no en el ordenamiento español de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que encontraría su base en la libertad ideológica; 2) como alternativa al anterior, la existencia de un derecho a la objeción de conciencia específico en asuntos educativos, surgido del art. 27.3 CE; 3) y, por último, qué otra forma de acción se permitiría a los padres en relación a la situación planteada.

A continuación, prestaremos atención a la cuestión de la relación entre el pluralismo, sancionado explícitamente en la Constitución Española en el art. 1.1 y la libertad ideológica, que debe entenderse como libertad de ideas y creencias y ejercerse también en forma del derecho a la objeción de conciencia. Se tendrá en cuenta en el aspecto educativo la actitud del estado hacia los valores comunes, es decir, si solo puede solicitar el respeto o también puede promover la adhesión a estos valores y bajo qué condiciones.

La mayoría de los jueces del TS cree que: 1) no existe ese derecho a la objeción de conciencia de alcance general con raíces en la libertad ideológica, aunque introduce una matización singular que parece desmentir dicha afirmación y que no aplica en este caso, tras sustituir, de alguna manera, los propios jueces a los padres objetores¹⁴; 2) no existe tampoco en el ordenamiento jurídico español el derecho específico a la

14 Es importante aclarar que esta Sala no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido. Pero esas circunstancias verdaderamente excepcionales no han quedado acreditadas en el presente caso: aquí no cabe advertir un conflicto semejante al que se produce en los casos en que la Constitución – o el Tribunal Constitucional al interpretarla – han reconocido el derecho a objetar. En efecto, tanto cuando se trata del servicio militar obligatorio, como de la intervención en el aborto en los supuestos despenalizados, se percibe con absoluta nitidez la contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento y unos deberes jurídicos bien precisos. Aquí, sin embargo, no existe esa claridad, especialmente si se tiene en cuenta que la propia sentencia impugnada reconoce que los demandantes no conocen con exactitud el contenido de la materia frente a la que desean objetar» (STS 342/2009, FD 8º *in fine*).

objeción de conciencia en materia educativa: el artículo 27.3 «permite pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura obligatoria en tanto en cuanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral; pero no permite pedir dispensas o exenciones» porque «autorizar exenciones individuales de dicha materia sería tanto como poner en tela de juicio esa ciudadanía para la que se aspira a educar»¹⁵; 3) como, debido al diseño que hizo la LOE, a los centros docentes corresponde desarrollar y completar, en su caso, el currículo establecido por las administraciones educativas, los padres podrán ejercer entonces el control para que no se conviertan en adoctrinamiento, cosa que les habilitará para acudir a los tribunales aun cautelarmente: si se advierte bien, se les permitirá impugnar pero no objetar y, en todo caso, se pospone el conflicto en la línea de sustitución de los objetores¹⁶.

Resulta preciso indicar que cada una de las sentencias cuentan con cuatro votos particulares discrepantes y uno concurrente, suscritos por varios magistrados algunos de ellos¹⁷.

4. LIBERTAD IDEOLÓGICA DE LOS INDIVIDUOS Y PLURALISMO

Uno de los puntos centrales de la cuestión examinada es la conciencia del carácter ético del sistema constitucional. Contrariamente a lo que parece pensar el TS, es dudoso que el estado pueda tener una posición neutral frente a las opiniones morales¹⁸. Por otra parte, el reconocimiento de la naturaleza ética de los valores constitucionales es evidente y explícito: según los jueces, la Constitución afirma un orden de valores, que consideran la moral común subyacente a la comunidad política y que parece ser el único orden moral posible¹⁹. Sin embargo, en una óptica pluralista, como se hace notar en una opinión minoritaria, «no se puede

15 STS 342/2009, FD 9º.

16 STS 342/2009, FD 10º.

17 Un total de siete magistrados firman los discrepantes y tres el concurrente.

18 Ver A. Verza, *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Giuffrè, Milano 2000.

19 Las STS de Asturias se afanan en desmentir esta afirmación (p. ej. 340/2009, FD 10º y 12º).

negar a unos padres el derecho a educar a su hija en esas otras exigencias morales igualmente admisibles, que el acto administrativo impugnado impide por obligarles a que su hija se eduque en ese esquema de valores éticos que configuran los reglamentos por los que se establecen las enseñanzas de educación para la ciudadanía»²⁰.

Entre los valores morales los jueces distinguen dos niveles: el del sustrato moral que gobierna el sistema constitucional, reunido en normas jurídicas vinculantes, destacando las reconocedoras de los derechos fundamentales, que constituye un espacio ético común, y aquel que, en cambio, se deja al pluralismo²¹. Sobre los valores subyacentes a los derechos, por ejemplo, (muy genéricos) e incluso sobre los derechos normativamente consagrados, es difícil no concordar, pero ¿qué pasa con las aplicaciones de estos derechos? La determinación progresiva, y necesaria, de los derechos y valores genera inevitablemente desacuerdo. En última instancia, toda la jurisprudencia constitucional tiene sentido a la luz de la pluralidad de formas de determinación de los principios constitucionales, capaces de generar otras normas. Como es bien sabido, las reglas que son la concreción de los principios supremos de un ordenamiento son aquellas que deben ser obedecidas necesariamente. Pero los principios se respetan y las reglas se obedecen²². No es coincidencia que la objeción de conciencia se ejerza contra las reglas y no contra los principios constitucionales. En el caso en cuestión, por ejemplo, la objeción de conciencia se plantea contra una determinación de los principios a nivel legislativo y reglamentario que, como tal, es solo una de las posibles soluciones al problema de hacerlos efectivos, y se elige porque lo desea la mayoría. Argumentando hasta el extremo, dado que en los ordenamientos constitucionales no puede haber reglas jurídicas en contraste con los principios constitucionales, en ningún caso se debería poder ejercer la objeción de conciencia. Por lo tanto, sería incongruente que la propia Constitución reconozca este derecho en algunos casos²³.

20 Voto particular de Peces Morate en STS 340/2009, apartado Octavo.

21 STS 342/2009 FD 6º.

22 Sobre esto, vid. G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, en “Quaderni Fiorentini”, 31, 2, 2002, pp. 865-897.

23 Como es conocido, en España la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio es reconocida en el artículo 30.2 de la Constitución, y el TC ha admitido la del personal sanitario para abstenerse de participar en abortos – STC 53/1985 – y, más recientemente, la de farmacéutico para dispensar medicamentos

La verdad es que el desacuerdo siempre es posible y que el modelo del estado constitucional debería tener éxito precisamente en la gestión del pluralismo²⁴.

Por otro lado, el pluralismo, específicamente protegido en la Constitución española, y profundizado por la jurisprudencia, que le ha reconocido un significado más amplio que el estrictamente político²⁵, además de facilitar la paz social, es también el contexto dentro del que es posible formar la conciencia propia. Enseñar una mentalidad pluralista significa promover una actitud que haga posible la compatibilidad con otras posiciones. Los jueces no tienen dificultad en reconocer que lo que admite plurales opiniones debe exponerse críticamente²⁶. Con respecto a las posteriores concreciones que harán los centros educativos, también esta enseñanza debe realizarse de manera crítica, a fin de permitir al estudiante formar libremente su propia opinión: tendrá que hacerse «con neutralidad y sin adoctrinamiento. Es decir, dando cuenta de la realidad y del contenido de las diferentes concepciones, sin presiones dirigidas a la captación de voluntades a favor de alguna de ellas. Y así tendrá lugar cuando la enseñanza sea desarrollada con un sentido crítico, por dejar bien clara la posibilidad o necesidad del alumno de someter a su reflexión y criterio personal cada una de esas diferentes concepciones»²⁷.

La pregunta que surge es si un estado constitucional de derecho, basado axiológicamente en la necesidad de respetar la libertad de los

con posible efecto abortivo -aunque no, por ejemplo, para dispensar algunos productos anticonceptivos- en la STC 145/2015. Pero sería reductivo pensar que esas son las únicas formas de objeción de conciencia admisibles. Incluso el legislador ordinario puede introducir otros casos, como reconoce el TS.

- 24 J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999, cap. 1. Incluso sostiene que este desacuerdo no puede resolverse simplemente recurriendo a los derechos, porque también los derechos son controvertidos y lo son en tres aspectos: 1) desacuerdo sobre lo que significa llamar a algo un derecho; 2) desacuerdo sobre qué derechos tenemos, qué objeto tienen, en qué se basan; 3) desacuerdo sobre sus aplicaciones a casos concretos (p. 11).
- 25 Así lo indica STS 342/2009 FJ 7º que supera esa reducción.
- 26 El pluralismo «comporta, a su vez, informar, que no adoctrinar, sobre las principales concepciones culturales, morales o ideológicas que, más allá de ese espacio ético común, pueden existir en cada momento histórico dentro de la sociedad y, en aras de la paz social, transmitir a los alumnos la necesidad de respetar las concepciones distintas a las suyas pese a no compartirlas» (STS 342/2009 FD 6º).
- 27 STS 342/2009 FD 6º.

individuos, debe siempre privilegiar esta libertad, especialmente en las etapas de la educación, incluso cuando su defensa constituye un riesgo o es causa de complicación de la acción del estado. En una apreciación singularmente interesante de uno de los votos particulares discrepantes, se critica la posición de la mayoría por varias razones relacionadas con el espacio de desacuerdo en el tránsito de los principios generales a sus implicaciones: el magistrado Peces Morate duda que haya una convergencia perfecta sobre los fundamentos morales de las Constituciones o que estos tengan un significado inequívoco, pues «[l]os principios, al positivizarse, reciben diversas y hasta antagónicas interpretaciones. De aquí que, entre esos principios normativizados con el carácter de derechos fundamentales, haya sido imprescindible incluir los que ahora son objeto de nuestra reflexión: la libertad de conciencia y la preferencia de los padres a la educación moral de sus hijos»²⁸.

Además, la concreción de los contenidos generales, sobre los cuales es fácil adherirse, se lleva a cabo sobre la base de mayorías cambiantes, cuando debería estar prohibida cualquier «presión sobre quien rechaza los axiomas aceptados por la generalidad de los ciudadanos»²⁹. Después de todo, si existe alguna lógica de los derechos humanos y, en particular, del derecho humano a la libertad ideológica, tiene que ver con la defensa del individuo contra la imposición de lo que piensan las mayorías³⁰.

La decisión de la mayoría de los jueces parece notablemente influenciada por la manera de entender el problema de la obediencia al derecho. No quieren admitir que el derecho a la libertad de conciencia legitime una objeción de alcance general dado que esta puede socavar el «mandato incondicionado de obediencia al derecho», especialmente fuerte cuando este se elabora a través de procedimientos democráticos³¹. El peligro que consideran entonces es la debilitación del estado³², pero

28 Voto particular de Peces Morate en STS 340/2009, apartado Quinto.

29 Ibidem.

30 Cfr. por ejemplo G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2007.

31 STS 342/2009 FD 8º y criticado en el voto particular discrepante de Campos Sánchez-Bordona, apartado Primero, así como en el voto particular concurrente (acuerdo en el fallo pero no en parte de la argumentación que conduce a esa decisión) de Sieira Míguez, apartado Primero.

32 «El reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, con base en el art. 16.1 CE, equivaldría en la práctica a hacer depender la efi-

si este hace posible la convivencia entre posiciones plurales se refuerza, puesto que el desacuerdo no constituye un peligro para la comunidad política, sino que es su condición normal de existencia. El verdadero desafío para los estados constitucionales de derecho es precisamente encontrar los instrumentos jurídicos para asegurar la convivencia y el disenso y, en este contexto, el poder judicial juega un papel crucial, aunque no es el único involucrado en la protección del pluralismo.

Para negar el derecho a la objeción de conciencia de alcance general, se plantea una singular cuestión: si el reconocimiento de la libertad de conciencia implica el derecho a actuar de acuerdo con la conciencia³³. El TS lo rechaza y, por tanto, la libertad de conciencia, de acuerdo con esta interpretación, debería significar la posibilidad de pensar de manera diferente a lo que impone la mayoría, pero no comportarse en consecuencia. El argumento central sería que la libertad de conciencia encuentra un límite en otros derechos y bienes constitucionalmente garantizados, no siendo el menos importante el orden público, y que esto se refiere a la conducta externa. Esto implica, según los jueces, que el cons-

cia de las normas jurídicas de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de derecho». Por el contrario, el juez discrepante Campos Sánchez-Bordona afirma tener personalmente «el mayor respeto por la tesis que reputa “peligrosa” esta concepción de la función jurisdiccional y sostiene que su admisión equivaldría a abrir una espiral que debilitaría, se dice, el imperio de la ley como base de nuestros sistemas democráticos. Sus partidarios tienen serias razones para sostener que en todo caso debe prevalecer la pretensión general de obligatoriedad de las leyes o, como afirma la sentencia, “el mandato incondicionado de obediencia al derecho” establecido en el artículo 9.1 de la Constitución. Pero considero, sin embargo, que la fortaleza del Estado no se resiente sino que se puede incluso acrecentar con el reconocimiento de espacios de disensión basados en imperativos serios de conciencia si aquel reconocimiento permite, sin perjuicio para terceros, que bien un individuo singular, un grupo social o una parte significativa de la sociedad no se vean compelidos a obrar contra sus convicciones más íntimas en cumplimiento de determinados deberes impuestos por vía parlamentaria o por vía reglamentaria» (Voto particular a la STS 342/2009, apartado Primero).

- 33 «Para sostener que, más allá de los específicos supuestos expresamente contemplados por la Constitución, de ésta surge un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador, suele invocarse – como se ha hecho en el caso ahora examinado – el artículo 16 de la Constitución. La idea básica de quienes sostienen esta postura es que la libertad religiosa e ideológica garantiza no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias» (STS 342/2009 FD 8º).

tituyente español no pensara que a la libertad de conciencia corresponda el derecho de actuar siempre de acuerdo con la conciencia³⁴. El problema, si acaso, es el del orden público como límite a la libertad de conciencia. La idea de que el derecho a la libertad de conciencia no esté conectado a la acción externa es insostenible si se piensa que todo el ordenamiento jurídico concierne a ella: para que sea legalmente relevante, también la libertad de pensamiento debe expresarse exteriormente, al menos, en palabras, en declaraciones. Estas también son conductas externas, que estarán limitadas por el orden público, con todas las dificultades de definición y equilibrio que esto implica, sobre todo si se considera que el concepto constitucional de éste se articula en torno al respeto de los derechos fundamentales.

5. EPÍLOGO “PROVISIONAL”: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en cuatro procesos iniciados por recursos de amparo en relación con la cuestión aquí tratada, pero – por los motivos que se verán – no ha llegado a entrar en el fondo del asunto. No consta que se hayan impugnado las sentencias del TS de 11 de febrero de 2009, aunque sí se han cuestionado otras resoluciones de dicho tribunal que aplicaban la doctrina emanada de ellas. Su análisis, tanto por razón de su contenido, como por la forma de la resolución en que se adoptan, puede realizarse en dos grupos: el Auto 51/2010 y las Sentencias 28, 41 y 57/2014.

El primer caso, en que se inadmitió por extemporáneo el recurso de amparo interpuesto por el padre de una menor de edad, traía causa de la previa impugnación de la resolución de la administración educativa denegatoria de la objeción de conciencia solicitada, como en los supuestos ya vistos: otro TSJ, el de La Rioja, estimó la impugnación – como había hecho el de Andalucía, pero no el de Asturias, mostrando la disparidad ya apuntada –, reconociendo la objeción. El Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado recurrieron al TS, quien anula la decisión con la fundamentación ya conocida, tras lo cual se acudió al TC *contra* esa última sentencia³⁵.

34 STS 342/2009 FD 8º.

35 Sentencia de 11 de mayo de 2009 de la Sección Séptima de la Sala Tercera del TS.

La ley reguladora del TC distingue, en cuanto a los plazos de interposición de los recursos de amparo y algún otro requisito previo, en función de qué poder público haya producido la posible vulneración de los derechos fundamentales³⁶. En este caso, el tribunal afirma que la lesión estuvo producida por la mencionada resolución administrativa, puesto que a la actuación del TS no se imputa nada nuevo respecto a lo denunciado frente a ella, la vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 CE: esto supone incardinar el recurso de amparo en las reglas procesales de violaciones originadas por un acto administrativo estrictamente³⁷. El TC salva la incorrecta identificación del objeto del recurso, puesto que atribuyó el daño a los derechos a la sentencia del TS, y afirma que la intervención de éste y, antes, la del TSJ, producen el agotamiento de la vía judicial previa al amparo establecida por la Constitución Española: dicha vía en este caso fue compuesta por dos instancias jurisdiccionales y no reparó la lesión de los derechos fundamentales³⁸. Entendido así el asunto, el recurso de amparo se interpuso fuera del plazo que para esos supuestos se establece, declarando su inadmisión por extemporaneidad, con lo que el TC no llegó a analizar el problema material planteado³⁹.

36 La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) contempla que el daño a los derechos fundamentales que habilita el recurso de amparo puede ser producido por un acto sin valor de ley emanado del parlamento o de sus órganos; por disposiciones, actos jurídicos o vías de hecho del gobierno o de alguna administración pública o, finalmente, por actos u omisiones de un órgano judicial (artículos 42 a 44).

37 Cfr. FJ 2º. Es decir, en el artículo 43.2 LOTC, que establece que «el plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial». Ese plazo permanece inalterable desde la aprobación de la LOTC en 1979. Cuando es un órgano judicial el causante de la lesión, el inicial plazo de veinte días se amplió a treinta en 2007 (artículo 44.2).

38 En palabras del TC, «[d]e acuerdo con un correcto entendimiento del carácter subsidiario del amparo constitucional, la lesión del derecho fundamental no desaparece o aparece a lo largo de la vía previa ante la jurisdicción ordinaria dependiendo de los distintos pronunciamientos que se vayan sucediendo, sino que, con ocasión de la resolución que pone fin a esta vía, quedará reparada o no, en cuyo caso el demandante encuentra expedito el acceso ante esta sede» (FJ 3º).

39 El plazo acababa el día 30 de junio de 2009 y el recurso se registró el día 13 de julio (vid. FJ 4º). El TC desestimó que la vulneración se pudiera atribuir al TS autónomamente o de modo mixto, es decir, compartida con la autoridad administrativa, lo que hubiera llevado al plazo ampliado del artículo 44.2.

Queda por señalar que, según la normativa aplicable, la inadmisión a trámite de los recursos de amparo suele ser declarada por una de las cuatro Secciones del tribunal – formaciones de tres magistrados – y mediante providencia – resolución que no requiere ser motivada – de la Sección o la Sala – compuesta por seis magistrados. Aquí se adopta por la Sala Primera, lo que indica que no hubo unanimidad en la Sección para admitir a trámite el recurso de amparo según el artículo 50.1 y 2 LOTC, y que la Sala estimó pertinente motivar la decisión.

Por otro lado, están las Sentencias 28, 41 y 57/2014. Tienen en común que los oportunos recursos de amparo planteados fueron admitidos a trámite, con lo cual el proceso constitucional avanzó más respecto al caso anterior, completándose en cuanto a la tramitación establecida: sin embargo, en todos ellos, la Sala a que correspondió su enjuiciamiento advierte la falta de legitimación de los recurrentes, lo que condujo a inadmitirlos a través de sentencia⁴⁰. Además, en los tres casos parece que fue admitido el recurso por una Sala, señal de que en la Sección no se había alcanzado unanimidad para su admisión, aunque sí mayoría⁴¹.

Igualmente, el inicio fue una solicitud de reconocimiento de la objeción de conciencia frente a la materia educación para la ciudadanía: en todos los casos, las autoridades administrativas educativas no acogieron dicha pretensión y su posterior impugnación sí permitió el reconocimiento por los TSJ – aquí Andalucía y Castilla y León –, siendo desestimada en el TS, aplicando la doctrina ya conocida.

En los tres casos el TC inadmite los recursos por falta de legitimación de los recurrentes, progenitores de menores de edad que, aunque escolarizados en el momento en que se pretende ejercer la objeción, no cursaban la asignatura: ello lleva al tribunal a reiterar que el interés legítimo que habilita, según 162.1 b) CE, para interponer el recurso de amparo

40 Las sentencias 28 y 57/2014 fueron resueltas por la Sala Primera del TC, mientras la 41/2014 lo fue por la Sala Segunda, lo que supone que todos los Magistrados del tribunal, aunque por separado, se pronunciaron en el mismo sentido. En realidad, no fueron todos porque en la 41/2014 uno de ellos formuló causa de abstención que la Sala estimó justificada, al haber formado parte del tribunal que dictó la sentencia recurrida en amparo (vid. ATC 74/2014): debe anotarse que había formulado frente a ella voto particular discrepante, al igual que hizo frente a las STS de febrero de 2009.

41 En la STC 28/2014 aparece que la Sala Segunda lo admitió a trámite por providencia (Antecedente 4º), aunque la sentencia es de la Sala Primera, integrada por los magistrados de las Secciones Primera y Segunda. Si se trató de la Sección Segunda, entonces sí hubo unanimidad en ella.

no existía, lo que conduce a decretar su inadmisibilidad⁴². Se carece de dicho interés cuando se «pretende la utilización del recurso de amparo como una acción contra una lesión de derechos meramente eventual o potencial, no como una reacción frente a una vulneración de los derechos real»⁴³. En cada una de las tres sentencias, sin embargo, se pueden apreciar contornos diferentes respecto a este punto. En el contexto de la STC 28/2014 fue suscitada por la representación procesal de la administración educativa, que la destacó como la razón por la que se rechazó la solicitud de objeción de conciencia, lo que también reconoce el TC⁴⁴. Sin embargo, en las otras dos resoluciones consta que el TSJ de Castilla y León analizó la legitimación de los recurrentes por ese concreto motivo, si bien en esos casos se refería al procedimiento contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales. La STC 41/2014 analiza esta cuestión bajo el prisma de «si la hija menor de los recurrentes venía o no obligada al deber controvertido en el momento en el que éste pretendió objetarse». Fue el Ministerio Fiscal quien puso de manifiesto que no cursaba la asignatura, aunque no encontraba en ello razón para inadmitir el recurso, postulando dicha consecuencia jurídica por otro motivo, así como subsidiariamente su desestimación por no considerar vulnerados los derechos reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 CE. El TC simplemente constata ese aspecto, así como el pronunciamiento de la STSJ⁴⁵. Finalmente,

42 Aunque este requisito constitucional no se explicita en LOTC, que solo menciona a quienes hayan sido parte en el proceso judicial previo al amparo, una anterior y consolidada «lectura sistemática e integradora» de ambos preceptos es reiterada en estas sentencias: «[c]onstituye doctrina reiterada de este Tribunal, a partir de una lectura sistemática e integradora de los arts. 161.1 b) CE y 46.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), que para que concurra legitimación activa no es suficiente con haber sido parte en los distintos procedimientos que conforman la vía previa al amparo constitucional (SSTC 257/1988, de 22 de diciembre, FJ 3; 47/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 92/1997, de 8 de mayo, FJ 1; 84/2000, de 27 de marzo, FJ 1 y 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 1), sino que es preciso que el demandante acredite un interés legítimo en el asunto que ha de ventilarse, sin que pueda confundirse dicho interés con un «interés genérico en la preservación de derechos»; debiendo ser, por el contrario, un «interés cualificado y específico» en la preservación de los derechos fundamentales cuya tutela se impetra (SSTC 148/1993, de 29 de abril, FJ 2, y 144/2000, de 29 de mayo, FJ 5)» (STC 28/2014, FJ 3º, reiterado en las otras dos).

43 STC 28/2014 FJ 3º.

44 Cfr. STC 28/2014 FJ 3º y Antecedente 7º. No se hace constar si el TSJ se pronunció sobre dicho aspecto.

45 Vid. STC 41/2014 FJ 2º. Ese otro motivo, también acogido por el TC, fue la falta

en la última de las sentencias, la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal advirtieron la cuestión, postulando consecuencias distintas: inadmisión en el primer caso, admisión en el segundo para inadmitirlo por otro motivo⁴⁶.

Todo esto supone, por tanto, que el fondo del asunto sigue impregnoado en el Tribunal Constitucional y mientras eso ocurre la posición del TS fijada en 2009 continúa siendo la última palabra: de ahí también el calificativo “provisional” del título de este epígrafe. Desde el punto de vista estrictamente jurisdiccional queda por determinar el alcance del derecho a la objeción de conciencia y de la proyección externa de la libertad ideológica. Es evidente que el problema de fondo no es el derecho a objetar, que no es fin en sí mismo, sino instrumental a la protección del derecho a la libertad ideológica en contextos pluralistas. Qué implicaciones tiene todo esto sobre el modo de ejercer el poder público en todos los niveles -desde el legislativo, al administrativo y al judicial -, qué espacio dar a la libertad y como gestionar el desacuerdo en el estado constitucional de derecho son desafíos cruciales para nuestras sociedades.

de agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo prescrita normativamente, reiterando su inadmisibilidad (FJ 4º): sorprende que solo esto último aparezca en la síntesis analítica de la sentencia (<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23860#ficha-tecnica>), así como en el resumen de la misma que forma parte de su publicación de la resolución en el Boletín Oficial del Estado (<https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/10/pdfs/BOE-A-2014-3884.pdf>).

46 Cfr. STC 57/2014 FJ 1º y 2º y Antecedentes 7º y 9º. Igualmente, se reitera la inadmisibilidad por falta de agotamiento de la vía judicial previa (FJ 4º).