

Roj: STSJ BAL 1069/2010
Id Cendoj: 07040330012010100790
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1

Nº de Recurso: 833/2008
Nº de Resolución: 794/2010
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: PABLO DELFONT MAZA
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00794/2010

SENTENCIA

Nº 794

En la ciudad de Palma de Mallorca a catorce de septiembre de dos mil diez.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza.

D. Fernando Socías Fuster

Dña. Carmen Frigola Castillón.

Dña. Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos Nº 833 de 2008, seguidos entre partes; como demandante, Diócesis y Obispado de Ibiza, representada por la Procuradora D^a. Sara Truyols Álvarez, y asistida del Letrado Marc González Sabater; y como Administración demandada, la de la Comunidad Autónoma, representada y asistida por su Letrado.

El objeto del recurso es el *Decreto de la Comunidad Autónoma número 82/2008, de 25 de julio de 2008*, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de 1 de agosto de 2008 y relativo a estructura y currículum del bachillerato, en cuanto la Confederació recurrente considera que en su *Disposición Adicional Segunda se vulnera el acuerdo de 1979* entre el Estado español y la Santa Sede y los *artículos 14, 16 y 27.3* de la Constitución.

La cuantía del recurso se ha fijado como indeterminada.

Se ha seguido la tramitación correspondiente al procedimiento ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El recurso fue interpuesto el 31 de octubre de 2008, admitiéndose a trámite por providencia del 1 de diciembre siguiente, reclamándose el expediente administrativo.

SEGUNDO. La demanda se formalizó el 22 de abril de 2009, solicitando la declaración de nulidad o la anulación de la *Disposición Adicional Segunda del Decreto 82/08* y costas. Interesaba el recibimiento del juicio a prueba.

TERCERO. La Comunidad Autónoma contestó a la demanda el 9 de junio de 2009, solicitando la desestimación del recurso y la imposición de las costas. Se oponía al recibimiento del juicio a prueba.

CUARTO. Mediante Auto de 2 de diciembre de 2009, se acordó recibir el juicio a prueba, admitiéndose la documental propuesta, que fue llevada a la práctica con el resultado que aparece en los autos.

QUINTO. Por providencia de 4 de febrero de 2010, se acordó que las partes formularan conclusiones por escrito, verificándolo por su orden e insistiendo ambas en sus anteriores pretensiones.

QUINTO. Por providencia de 1 de septiembre de 2010 se señaló el día 14 de septiembre para la votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Sobre los hechos del caso y sobre las pretensiones y los motivos de la demanda y de la contestación a la demanda.

Los hechos del caso son los siguientes:

1.-El 25 de julio de 2008 la Administración ahora demandada, Comunidad Autónoma de las Illes Balears, dictó el *Decreto número 82/2008*, por el que se establecía la estructura y el currículum de bachillerato en las Illes Balears.

2.-La *Disposición Adicional Segunda del Decreto 82/08*, relativa a las enseñanzas de religión, establece lo siguiente:

"1. Els ensenyaments de religió s'inclouen en el batxillerat, d'acord amb l'establert en la disposició addicional segona de la Llei orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'educació.

2. La Conselleria d'Educació i Cultura ha de garantir que, a l'inici de cada curs, els alumnes majors d'edat i els pares o tutors legals dels estudiants menors d'edat puguin manifestar la seva voluntat que aquests rebin o no ensenyaments de religió.

3. Els centres han de garantir que aquests ensenyaments s'imparteixin en horari lectiu.

4. L'alumnat que no opti als ensenyaments de religió, podrà romandre en el centre durant l'horari assignat per a aquests ensenyaments, realitzant activitats d'estudi a les dependències que per a aquest efecte habiliti el centre.

5. El currículum de l'ensenyament de la religió catòlica i de les altres confessions religioses amb les quals l'Estat ha subscrit acords de cooperació en matèria educativa és competència, respectivament, de la jerarquia eclesiàstica i de les autoritats religioses corresponents.

6. L'avaluació dels ensenyaments de religió catòlica s'ha de realitzar en els mateixos termes i amb els mateixos efectes que les altres matèries de l'etapa. L'avaluació de l'ensenyament de les diferents confessions religioses amb les quals l'Estat hagi subscrit acords de cooperació s'ha d'ajustar a l'establert en els respectius acords.

7. Amb la finalitat de garantir el principi d'igualtat i la lliure concurrència entre tots els alumnes, les qualificacions que s'obtinguin en l'avaluació dels ensenyaments de religió no es computaran en l'obtenció de la nota mitjana a efectes d'accés a la universitat ni en les convocatòries per a l'obtenció de beques i ajudes a l'estudi en les quals hagin d'entrar en concurrència els expedients acadèmics".

3.-El 31 de octubre de 2008 la Diócesis y Obispado de Ibiza, presentó el contencioso del que aquí se trata, dirigido contra el *Decreto 82/08*.

4.-El 22 de abril de 2009 se formalizó la demanda en la que se pretende que la sentencia:

1.-Declare nula -*artículo 62.1.a. de la Ley 30/92* - la *Disposición Adicional Segunda del Decreto 82/02* por cuanto:

A.-Vulnera los *artículos 14 y 16* de la Constitución, en concreto "...en la aplicación de ese derecho fundamental de los padres a que sus hijos reciban formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones...".

B.- Vulnera el *artículo 27.3 de la Constitución, en concreto en su interpretación "...tal como preceptúan la Declaración Universal de...1948 ... artículos 18 y 26* ; la Convención...de 1960... *artículos 1 y 5* ; el Pacto Internacional de Derechos Civiles...de...1996 (*Artículo 18*) y el simultáneo Pacto Internacional de Derechos

Económicos... (*Artículo 13*)...; y el acuerdo...de 1979...entre el Estado Español y la Santa Sede... *artículos II y III* ...".

2.-Que, subsidiariamente, la sentencia anule la *Disposición Adicional Segunda del Decreto 82/08 por ser contraria al acuerdo de 1979* antes aludido, "...a la *Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 2/2006* ... y al *artículo 4.1.c. de la Ley Orgánica 8/1985* ...".

Y a este respecto en la demanda se aduce, en resumen, lo siguiente:

1.-Que el acuerdo de 1979, sobre cuya naturaleza se concuerda con "...el magistral voto particular que al dictamen del Consell Consultiu emitió su Presidente en funciones...", impone que el plan de estudios de bachillerato ha de incluir la enseñanza de la religión católica, que esa inclusión ha de serlo en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales y que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no ha de suponer discriminación alguna en la actividad escolar.

2.-Que el acuerdo de 1979 plasma "...aquello que propugnan los principales tratados internacionales sobre la materia y que, en definitiva, refleja la Constitución en su *artículo 27.3.*", *siendo esos tratados los antes ya mencionados en el apartado pretensiones 1 -B.*

3.-Que el *Decreto 82/08 no respeta la equiparación que impone el acuerdo de 1979* y trata la enseñanza de la religión, la que sea, discriminatoriamente, en concreto sin que cuente con alternativa, lo que no ocurre ni con las asignaturas optativas, de manera que el alumno que no cursa religión dispone "...de más tiempo libre..." y su estudio puede "...concentrarse en un número inferior de materias...".

4.-Que los Institutos programan la religión a primera o a última hora, que los alumnos que cursan religión son "...minoría...", y que "...los autobuses llegan y se van de los Institutos en los horarios correspondientes a los alumnos que no cursan Religión...".

5.- Que "...en los centros públicos de Bachillerato de las Illes..." cursaban la asignatura religión católica 277 alumnos en el curso 2007/08, treinta menos que en el curso 2002/03, pero con el Decreto del caso "...el número de alumnos ha descendido en un 60%, pasando a ser únicamente de 110".

6.- Que la asignatura religión católica "...dista mucho de ser...adoctrinamiento o proselitismo religioso..." y que el profesor que la imparte "...se ve obligado a prestar sus servicios en condiciones penosas y, desde luego, de una forma totalmente distinta a la de sus compañeros".

7.- Que en Cataluña -*Decreto 142/08* - la asignatura de religión tiene "...el estatus de asignatura con alternativa académica...", con lo que la norma estatal ha sido ahí desarrollada "...de forma respetuosa con el derecho fundamental y con el texto del Acuerdo...", bien que cabría "...poner en duda si una asignatura optativa alcanza el rango de disciplina fundamental...".

La Administración de la Comunidad Autónoma pretende que la sentencia desestime el recurso e imponga a la parte actora las costas del juicio. Y para ello aduce, en síntesis, lo siguiente:

1.-Que el bachillerato es "...un etapa educativa voluntaria", "...para los alumnos de edad superior a los 16 años...".

2.-Que la *Disposición Adicional Segunda del Decreto 82/08* "...la única modificación que...añade a la regulación estatal es la establecida en el apartado 4...", esto es, que "...no se prevé una asignatura alternativa..." y señala a ese respecto que en una etapa educativa no obligatoria no se pueden imponer "...obligaciones que no han asumido...", es decir, no se puede obligar al alumno de bachiller que decide no cursar religión "...a permanecer en el centro por la sola razón de que sus compañeros han ejercitado una opción personal".

3.-Que la ausencia de alternativa a la clase de religión en bachillerato no vulnera la legalidad, porque así lo ha dicho el Consell Consultiu -Dictamen 129/08- bien que figure "...la existencia de un voto particular...". Y en ese Dictamen, entre sus conclusiones, se señalaba:

"4a. El punt més conflictiu per considerar correcte el model que proposa el Projecte de decret (és a dir, l'absència d'assignatura alternativa a la classe de religió) és si es respecta allò que està establert en l'article 2, paràgraf primer, incís final, de l'acord d'Espanya amb la Santa Seu sobre ensenyament i assumptes culturals de 3 de gener de 1979 (els plans d'estudis inclouran l'ensenyament de la religió catòlica «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales»). Per començar cal recordar que, segons la doctrina del Tribunal Suprem, «condiciones equiparables» no vol dir idèntiques. De fet l'assignatura de religió catòlica (que no és cultura religiosa neutra, sinó essencialment adoctrinament catòlic) mai pot ser comparada amb

una assignatura de contingut estrictament científic (com la literatura, la història o les matemàtiques), des del moment en què, com assenyalen els mateixos acords entre l'Església i l'Estat espanyol (i recorda la LOE), té per als alumnes o els seus pares caràcter voluntari (cosa que, evidentment, no ocorre amb les denominades assignatures fonamentals). A més, el fet que la seva puntuació no es tenguin en compte pels aspectes importants dels currículums acadèmics, la circumstància que els professors de religió no hagin superat cap oposició i siguin triats lliurement pel bisbe, les poques hores de docència d'aquesta matèria, la seva comprovada puntuació molt per sobre de la mitjana de les altres assignatures i el mateix caràcter d'assignatura «bona d'aprovar» que té entre els alumnes i els professors, ens demostra que, per molt que digui l'acord esmentat, no ens trobam davant la mateixa realitat que una assignatura fonamental. De fet, si es volgués dur a l'extrem una lectura maximalista dels acords de 1979 (això és, igual número d'hores lectives que les assignatures fonamentals, pes de la nota de religió dins els currículums a efectes de beques i selectivitat, fer funcionar els professors triats pel bisbes, departaments propis de professors de religió, alternativa avaluable a la classe de religió, etc.), aquests acords serien, al nostre entendre, contraris a l'Estat laic o aconfessional, que proclama l'article 16.1 de la Constitució, i al principi de no discriminació per motius de religió, que consagra l'article 14 del mateix text fonamental".

4.- Que el horario del transporte es una cuestión del centro educativo y que la actora deberá probar lo que afirma, es decir, "...que los autobuses de transporte escolar no esperan a los alumnos que cursan religión....".

SEGUNDO. Sobre la escuela pública y la oferta obligatoria de la asignatura de religión.

La vigencia del Acuerdo de 1979, al que repetidamente alude la Diócesis aquí recurrente, impone la oferta obligatoria de la asignatura de religión católica en todos los centros docentes no universitarios, figurando así recogida -y extendida a otras confesiones- en nuestras leyes.

Para la Constitución -*artículo 16* - importa la libertad religiosa, pero importa tanto la libertad ideológica.

Por consiguiente, el Estado debe respetar las creencias religiosas, pero también debe respetar las convicciones de quienes no practican religión alguna.

La Constitución -*artículo 27.3* - reconoce 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.

El derecho de los padres a decidir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, emparentado, desde luego, con la libertad de enseñanza, en cuanto ahora interesa, se encuentra también íntimamente ligado a la libertad de esos padres, en concreto a la libertad de pensamiento, a la libertad de conciencia y a la libertad de religión. Y, por supuesto, ese mismo derecho de los padres a decidir el tipo de educación para sus hijos, que no es un derecho absoluto o ilimitado sino que puede quedar limitado para asegurar los elementos constitutivos del orden público, elementos que operan como límite expreso de la libertad de conciencia, al fin, se trata de derecho que se encuentra igualmente ligado a la laicidad estatal.

La enseñanza pública tiene que ser neutral y tiene, pues, que respetar las ideas y creencias de los padres. Esa obligación de respeto que incumbe el Estado no se limita a las creencias religiosas sino que, como ya hemos señalado, se extiende igualmente a las convicciones de quienes no practican religión alguna.

La coexistencia en España de la enseñanza pública y los centros privados -inspeccionados y homologados-, esto es, el pluralismo educativo, contribuye sin duda a la salvaguarda de una sociedad democrática, multicultural y multiétnica.

Los padres tienen el derecho a optar por la enseñanza privada confesional, es decir, pueden elegir satisfacer el deseo de un respeto escrupuloso a sus convicciones religiosas. Pero, aún así, el Estado se encuentra obligado a preservar el pluralismo y la neutralidad en la escuela pública.

El Estado cumple, primero, respetando el deber de neutralidad en la escuela pública y, segundo, no interfiriendo en la iniciativa privada en materia educativa. Por tanto, el Estado no se encuentra obligado a sufragar la creación de escuelas privadas, bien que el apoyo financiero puede ser legítimo, que lo es, pero siempre y cuando no entrañe discriminación.

En la escuela pública ha de regir la neutralidad, es decir, en cuanto puede importar ahora, en la escuela pública debe garantizarse el respeto debido a los padres que, fuera por lo que fuese, no han elegido para sus hijos un centro docente con un ideario explícito, de manera que en la escuela pública las materias delicadas han de enseñarse sin adoctrinar, es decir, las materias delicadas han de enseñarse primando el conocimiento y la información o, lo que lo mismo, deben enseñarse con objetividad, con neutralidad, con respeto al pluralismo

y con apoyo en criterios científicos. Por consiguiente, el docente, que cuenta con la renuncia del Estado a imponerle la enseñanza de una doctrina oficial, desde luego, puede expresar cuanto asume como propio en la materia de que se trate y puede igualmente utilizar el método de exposición que mejor le parezca, pero no debe prescribir a los alumnos normas de conducta, esto es, no puede trasladar apreciaciones subjetivas sobre aspectos morales, religiosos o ideológicos.

La actora, a la vista del resultado de la prueba practicada en el juicio, insiste en la tesis de la discriminación por cuanto que en el curso 2008/2009 la cifra de alumnos descendió a 86 y los centros con oferta a 25, lo que considera como "...una evolución catastróficamente negativa a partir del curso en que se aplica el nuevo Decreto...".

Sin embargo, demoledores o no para las aspiraciones de la recurrente los efectos del *Decreto 82/08*, que razonablemente cabe entender que lo hayan sido, sin embargo, esa circunstancia no puede hacer perder de vista que lo realmente trascendente aquí ha de ser si esa norma es o no conforme a Derecho.

Aún cuando en la demanda, como ya hemos visto, se invoca la Constitución -*artículos 14, 16 y 27.3*.- y diversos tratados internacionales y leyes, en definitiva, su carga argumental se centra en el acuerdo internacional de 1979, cuya imposición de la enseñanza de la religión católica en los estudios de bachillerato en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales sería la que no aparecería respetada debidamente en el producto normativo de la Administración de que aquí tratamos, es decir, en el *Decreto 82/08*.

La Declaración de Derechos Humanos -1948- señala la enseñanza y la educación como medios para obtener la libertad, la justicia y la paz, lo que se reiteraría después en los Pactos. Esa Declaración y esos Pactos han de entenderse como normas inspiradoras e interpretativas de los derechos fundamentales y las libertades -*artículo 10.2* de la Constitución-. Otro precepto concreto de la Constitución -*artículo 27.3*.- señala una pauta indeleble, de modo que a los poderes públicos les incumbe garantizar el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. También puede aludirse, como así se hace en la demanda, a los *artículos 14 y 16* de la Constitución, preceptos de interés igualmente en cuanto a educación, libertad de enseñanza, formación religiosa o incluso calidad de la enseñanza, pero, en definitiva, para el caso, *preceptos colaterales, a los que no contradice el Decreto en cuestión, como tampoco contradice a las Leyes Orgánicas 8/85 y 2/06*, a las que también se alude en la demanda. Por consiguiente, lo verdaderamente trascendente para el caso es la vigencia e interpretación del Acuerdo Iglesia -Estado de 1979, texto de aplicación interna plena, que emana también del *artículo 10.2* de la Constitución.

El acuerdo del Estado Español con la Santa Sede -3 de enero de 1979- establece, en cuanto ahora ha de importar, que el plan de bachillerato ha de incluir la enseñanza de la religión católica en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales -*artículo II* y Protocolo final-.

Sea o no la asignatura de religión una disciplina fundamental, que al Consell Consultiu le pareció que no lo era, como le parece igualmente a la Administración y que bien nos parece también que no lo es, en definitiva, el Acuerdo de 1979 ni dice que lo sea ni parece que lo pretenda, ciñéndose así a imponer que la asignatura de religión católica disponga de condiciones equiparables, que no son condiciones idénticas, pero que si han de ser condiciones equivalentes. Y esa previsión no puede verse desplazada por la contenida en el Decreto impugnado, norma que abiertamente la contradice al no contemplar alternativa a la enseñanza de religión y otorgar al alumno facultad para permanecer o no en el centro.

Se entienda o no posterior a la Constitución, el Acuerdo de 1979, superado el escrutinio de constitucionalidad -sentencia del Tribunal Constitucional números 187/91 y 155/97- ha de considerarse por tanto vigente y con rango demostrado; y si a ello le sumamos que ese Acuerdo tampoco ha sido denunciado, en definitiva, tenemos que desembocar en que dicho Acuerdo protagoniza un encuentro irresistible -y devastador- para la viabilidad jurídica del apartado cuarto de la Disposición Adicional Segunda del producto normativo de que aquí tratamos, esto es, del *Decreto de la Comunidad Autónoma 82/08*.

En efecto, el bachillerato, que constituye enseñanza voluntaria, tal como destaca la Administración, en todo caso, se trata de enseñanza regulada, esto es, sujeta, en lo que interesa, a lo previsto en el Acuerdo de 1979, de manera que, para disponer de las ineludibles -antes y por ahora- condiciones equiparables a las disciplinas fundamentales, al menos, ha de configurarse como optativa, es decir, con alternativa académica, que es lo que ocurre, por ejemplo, en el *Decreto de la Generalitat de Catalunya 142/08* invocado por la actora en la demanda.

Puestas así las cosas, esto es, concurriendo vicio de nulidad radical -*artículo 62.1.a. de la Ley 30/92*, en relación con el *artículo 10.2. de la Constitución*- y centrada la impugnación en el apartado 4 de la *Disposición Adicional Segunda del Decreto 82/08*, cumple ya la estimación de la pretensión subsidiaria del suplico de la demanda, pero únicamente en cuanto que la *Disposición impugnada es contraria al Acuerdo de 1979*, con lo que ha de ser una estimación parcial.

TERCERO. Sobre las costas del juicio.

No concurren méritos para una expresa imposición de las costas del juicio -*artículo 139.1. de la Ley 29/98* -.

En atención a lo expuesto:

FALLAMOS

PRIMERO. Estimamos parcialmente el recurso.

SEGUNDO. Declaramos no ser conforme a Derecho y nulo el *apartado 4 de la Disposición Adicional Segunda del Decreto 82/08*.

TERCERO. Desestimamos las restantes pretensiones de la demanda.

CUARTO. Sin costas.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, a preparar ante éste Tribunal y para el Supremo, en el plazo de diez días a partir de la notificación, previo depósito de 50 euros según lo dispuesto en la *Ley Orgánica 1/2009*.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza que ha sido ponente en este tramite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.