



Roj: STSJ BAL 72/2016 - ECLI:ES:TSJBAL:2016:72
Id Cendoj: 07040330012016100065
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 181/2015
Nº de Resolución: 65/2016
Procedimiento: Derechos Fundamentales
Ponente: GABRIEL FIOL GOMILA
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00065/2016

SENTÈNCIA núm. 65

Il·lès. Srs. Palma, a 9 de febrer de 2016

PRESIDENT:

Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRATS:

Pablo Delfont Maza.

Fernando Socias Fuster.

Carmen Frigola Castellón.

Alícia Esther Ortuño Rodríguez.

-----VISTES per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears les actuacions número 181 de 2015 dimanants del recurs contenciós administratiu seguit entre parts, d'una, com a demandant, la Diòcesis i Bisbat de Mallorca, representada per la procuradora dels Tribunals Sra. Castañer Abellanet i assistida pel lletrat Sr. González Sabater, i, d'altra, com a Administració demandada, la de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, representada i assistida pel seu advocat. Ha intervingut el Ministeri Fiscal.

L'objecte del recurs el Decret 35/2015, de 15 de maig de 2015 i publicat que fou en el BOIB núm. 73 del dia següent 16, pel qual s'estableix el currículum del batxillerat a les Illes Balears.

La quantia es fixà en indeterminada.

El procediment s'ha seguit pel tràmit previst als articles 114 i següents de la Llei Jurisdiccional 29/1998, de 13 de juliol, en matèria de protecció dels drets fonamentals de la persona.

L'Il·lm. Sr. Gabriel Fiol Gomila, President de la Sala, en qualitat de magistrat ponent, expressa el parer del Tribunal.

= ANTECEDENTS DE FET =

1r .- Interposat el recurs en el termini prefixat en la Llei Jurisdiccional, en concret el dia 29 de maig de 2015, se li donà el tràmit processal adequat, ordenant-se reclamar l'expedient.

2n .- Rebut l'expedient administratiu es posà de manifest a Secretaria a la part recurrent perquè formalitzés la demanda. La demanda fou deduïda dins el termini legal, al·legant-se els fets i fonaments de dret que s'estimaren necessaris en ordre a les seves pretensions i suplicant a la Sala que es dictés sentència estimatòria del recurs per ser contraris a l'ordenament jurídic el Decret impugnat.

3r .- Donat trasllat de l'escrit de demanda a la representació de l'Administració demandada perquè la contestés, així ho va fer en temps i forma, oposant-se a ella i suplicant que es dictés sentència confirmatòria del Decret recorreguts. El Ministeri Fiscal també s'hi va oposar a la demanda i interessà la desestimació del recurs contenciós administratiu.

4r .- A través del corresponent Acte es rebé el plet a prova que devia versà sobre els punts de fet interessats per la part actora. Fou proposta i admesa en forma documental i es practicà amb el resultat que és de veure a les actuacions.

5è .- Per provisió es declarà conclosa la discussió escrita i el període probatori, ordenant-se portar les actuacions a la vista, amb citació de les parts per a sentència, acordant que aquestes formularan les conclusions per escrit; la qual cosa així varen fer els dies 1, 16 i 21 de setembre de 2015, i s'assenyalà a continuació, per a la votació i decisió, el dia 26 de gener de 2016.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER .- Hem assenyalat a l'encapçalament, que la revisió jurisdiccional ho era del Decret 35/2015, de 15 de maig de 2015 i publicat que fou en el BOIB núm. 73 del dia següent 16, pel qual s'estableix el currículum del batxillerat a les Illes Balears.

Decret del qual, i pel tràmit previst als articles 114 i següents de la Llei Jurisdiccional 29/1998, de 13 de juliol, en matèria de protecció dels drets fonamentals de la persona, s'interessa, com a declaració principal, la de la nul·litat de tot ell per la possible vulneració dels articles 14, 16 i 27.3 de la Constitució espanyola. Cita dels al·ludits articles que venen referits a la igualtat i no discriminació, a la llibertat religiosa i de culte i al dret que assisteix als pares perquè els seus fills rebin la formació religiosa i moral que estigui d'acord amb les seves pròpies conviccions.

Com a pètit subsidiària, que es declari la nul·litat o disconformitat a dret dels articles 10 i 11 en tots els apartats que fan referència a la regulació de l'assignatura de religió, anul·lant-los i deixant-los sense efecte.

La petició de nul·litat del Decret la formula en la consideració, i aquesta apreciació és a la qual li dóna més rellevància, que amb la redacció dels articles 10 i 11 en relació la Disposició Addicional Segona es vulnera l'article 27.3 tal i com el precepte ha de ser interpretat a la llum dels Acords i Tractats internacionals que en matèria del dit dret fonamental han estat ratificats per Espanya i, més en concret, tal com preveuen la Declaració Universal de Drets Humans de 1948 i altres.

La resposta de l'Administració demandada planteja, en primer lloc, l'existència d'una causa d'inadmissibilitat derivada de la que considera com a falta de legitimació activa de la Diòcesi i Bisbat de Mallorca. En segon terme, i en relació al fons, entén que els articles 10 i 11 en els punts controvertits, se adapta perfectament a la legalitat i a la reglamentació bàsica dels articles 34 bis i 34 ter i a la Disposició Addicional Segona de la LO 2/2006 en la redacció donada per la LO 8/2013 de la LOMCE i al Reial decret 1105/2014 de 26 de desembre que estableix el currículum bàsic de l'ESO i del Batxillerat en els articles 27 i 28 i on no s'estableix el caràcter obligatori de l'assignatura de religió.

Per altra banda, el Ministeri Fiscal, que en fase de contestació a la demanda s'hi havia oposat a l'estimació del contenciós, interessa, ara a les conclusions escrites, la seva estimació. Considera que s'han vulnerat els drets fonamentals continguts als articles 14, 16 i 27.3 de la Constitució.

SEGON .- A la primera pregunta i a la qual hem de donar resposta és la relativa a sí, en el cas, incideix o no l'al·legada per la demandada causa d'inadmissibilitat de la part actora per falta de legitimació activa.

Calgui, com a declaració de principis, fer referència a les sentències del Tribunal Suprem de 26 de juny de 2012 i de 26 de setembre de 2014, entre d'altres, que han abordat la qüestió de la legitimació activa en les corporacions. Aquí la recurrent és la Diòcesi i Bisbat de Mallorca en representació pròpia i dels seus feligresos. Reproduïm el contingut de les referides:

".... cabe recordar que la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, según se desprende de la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencias de 14 de octubre de 2003, recurso núm. 56/2000, de 7 de noviembre de 2005, recurso núm. 64/2003 y de 13 de diciembre de 2005, recurso núm. 120/2004), así como de la jurisprudencia constitucional (STC 65/94), implica, en el proceso contencioso-administrativo, la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto. Y en la sentencia de esta Sala

de 13 de noviembre de 2007 (recurso núm. 8719/2004) y después en la de 7 de mayo de 2010 (Recurso núm. 181/2007) dijimos: «El concepto de interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 de la Ley jurisdiccional contencioso- administrativa, que debe interpretarse a la luz del principio pro actione que tutela el artículo 24 de la Constitución (STC 45/2004, de 23 de marzo), equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta. Sabido es que este Tribunal Supremo reiteradamente ha declarado, según se refiere en las sentencias de 7 de abril de 2005 (RC 5572/2002) con cita de las sentencias de 29 de octubre de 1986 , 18 de junio de 1997 y de 22 de noviembre de 2001 (RC 2134/1999), «que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación «ad processum» y la legitimación «ad causam». Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que «es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos».

Pero distinta de la anterior es la legitimación «ad causam» que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como dice la sentencia antes citada, consiste en la legitimación propiamente dicha e «implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito»; añadiendo la doctrina científica que «esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal ». Y es, precisamente, el Tribunal Constitucional quien en el Fundamento Jurídico 5º de su sentencia de 11 de noviembre de 1991 , ha dicho que «la legitimación (se refiere a la legitimación ad causam), en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso». Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto».

La Diòcesi i Bisbat de Mallorca, segons els canons del Codi de Dret Canònic -articles 368 i següents, bàsicament els 369 i 393 -, representa als seus feligresos. El Decret 35/2015 del Govern Balear li afecta de forma directa i a l'Autoritat que representa en la seva qualitat de màxima representació de l'Església catòlica i de la comunitat de creients que hi ha dins el seu àmbit. Defensa, en conseqüència, els seus interessos en ordre a denunciar i demandar el que considera una transgressió i perjudici per a la impartició de l'assignatura de religió si, amb això i així s'afirma, es vulneren drets fonamentals amb contravenció del vigent Acord de l'Estat espanyol amb la Santa Seu, com també, estaria legitimat, si es denunciés la vulneració de la legalitat ordinària. No s'oblidi, en qualsevol cas, el contingut de la Disposició Addicional Segona, punts 1 i 3, de la Llei Orgànica 2/2006 .

En conseqüència, rebutgem la causa d'inadmissibilitat de falta de legitimació activa argüida per l'Administració demandada.

TERCER .- Els articles 10 i 11 del Decret 35 de 2015 assenyalen, en el seu respectiu 4t. punt, i pel que fa als cursos primer i segon, quines són les matèries del bloc d'assignatures específiques. Amb l'expressió "han de cursar", les converteix en obligatòries. Obligació de caràcter voluntari en el moment que preveu que, tan sols, s'han d'escollir dues. No obstant, després de la seva relació, fins a 11, ambdós articles disposen: "Els centres han d'oferir obligatòriament la matèria de segona llengua estrangera".

Això suposa, en paraules de la recurrent, la vulneració dels drets fonamentals referits al 1r. fonament de dret.

Aquest Tribunal, dins l'anàlisi de la possible contravenció amb l'ordenament jurídic des d'una perspectiva de legalitat ordinària, ja s'hi ha pronunciat. Ens referim a l'ensenyament de l'assignatura de religió en els currículums de batxillerat. Serveixin d'exemple les sentències números 793, 794 i 827 de 14 i 29 de setembre , 864 i 932 de 4 i 25 d'octubre de 2010 i 22 de 19 de gener de 2011 .

A totes elles vàrem declarar que era nul l'apartat 4t de la Disposició Addicional Segona del Decret 82/2008, de 25 de juliol , que era el que analitzaven les al·ludides sentències. Enteníem, i així ho resolíem, que l'assignatura de religió havia de dispensar-se en condicions equiparables i equivalents a la resta de les assignatures.

Ara doncs, ja ho hem avançat, el debat ho és des de la consideració a la possible vulneració dels drets fonamentals; debat o qüestió qualitativament diferent a la en aquelles plantejada.

La interpretació del precepte qüestionat, segons els termes del primer paràgraf del present fonament, va determinar que alguns centres escolars no "brindessin" l'assignatura i l'exclouguessin de l'oferta educativa. Extrem acreditat a les presents, ja no tan sols per les documentals aportades, sinó, a més, pel testimoni deduït com a documental de la pràctica de la prova testifical i documental efectuada a les actuacions 182 de 2012 - contencions interposat per la Unió Sindical Obrera contra el mateix Decret i amb una línia impugnatòria quasi similar -. Actuacions que són correlatives amb les presents 181 de 2012, que el Tribunal també delibera i vota per a la decisió amb idèntica datació.

QUART .- El dret configurat a l' article 27.3 de la Constitució és el de garantir, pels Poders Públics, el que assisteix als pares per a què els seus fills rebin la formació religiosa i moral que estigui d'acord amb les seves pròpies conviccions. És un dret, sense dubte, de configuració legal. Afirmació que comporta que s'hagin de delimitar i desenvolupar en forma de Llei orgànica tal i com ho preveu l'article 81 del referit Text fonamental.

Doncs bé, aquí, i ara, en matèria d'Educació, l'Estat ho ha regulat en diverses Lleis; pels que ens importa, i són les que es troben en vigor, la Llei Orgànica d'Educació 2/2006, de 3 de maig, i la Llei Orgànica 8/2013, de millora de la qualitat educativa que modifica en alguns extrems l'anterior. Ja ho preveia, i és suficient una simple lectura, el contingut dels articles 4.1.c) i 6.3.e) de la Llei Orgànica del dret a l'Educació 8/1985, d'1 de juliol.

Pel que fa a l'ensenyament de la religió en els currículums ve regulat a la Disposició Addicional Segona de la Llei Orgànica citada 2/2006. La transcrivim:

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

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

2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas.

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

En aquest sentit ho trobem també en els articles 34 bis i 34 ter que a l'hora de regular els currículums dels cursos 1r i 2n de batxillerat, segons la redacció donada per la Llei Orgànica 8/2013 , ho fan de l'assignatura de la religió. Articles que ho reconeixen com assignatura específica que no tronca

Disposició i articles que s'han de relacionar necessàriament amb el que assenyala l' article 2. 1.c) i 3 de la Llei Orgànica 7/1980, de 5 de juliol, de Llibertat religiosa, respecte a rebre i impartir ensenyança i informació religiosa de tota índole - 1.c) - o que, per a l'aplicació real i efectiva dels drets, els poders públics adoptaran les mesures necessàries per facilitar la formació religiosa en centres docents públics - 3-.

La configuració legal existeix, i tal com també així ho afirmem en el 7è. fonament de dret de la sentència que dictem a les actuacions 182 de 2012 en el dia d'avui, 10 de febrer, que ara aquí expressament reproduïm:

"Con tal regulación legislativa se aprecia la configuración legal establecida en lo que afecta al derecho contemplado en el apartado 3º del artículo 27. Y el desarrollo ejecutivo y reglamentario de esa normativa, debe respetar no sólo tales preceptos sino que no puede desvirtuar hasta el extremo de dejar sin contenido, el núcleo fundamental del derecho mismo reconocido en ese apartado 3º del artículo 27, debiendo insistir ahora que la Constitución no sólo reconoce ese derecho a los padres, sino que lo garantiza, con toda la fuerza y contundencia que implica la utilización de ese vocablo.

El legislador, al delimitar el objeto y límites del derecho fundamental contemplado en el art. 27,3º CE tiene un espacio de libertad para configurarlo, pero una vez que le otorga un determinado contenido - en nuestro caso estableciendo que la asignatura de religión católica será de oferta obligatoria para los centros y voluntaria para los alumnos - el desarrollo ejecutivo y reglamentario de esa normativa, debe respetar tales

preceptos legales y, en lo que aquí importa, una lesión de la norma legal que configura el contenido esencial del derecho constitucional se convierte en lesión del derecho fundamental.

El legislador, dentro del necesario respeto al núcleo esencial del derecho, puede alterar su configuración, pero para el aplicador de la Ley, ésta es contenido de un derecho fundamental y no simple legalidad ordinaria. Así pues, si no ofrece dudas que el Decreto 32/2015 vulnera la Disposición Adicional Segunda de la L.O. 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, por medio de la cual se otorga contenido al núcleo esencial de la garantía del art. 27,3º CE, ello supone que su vulneración no es de simple legalidad ordinaria, sino del derecho fundamental."

Reproduïm, a més a més, després de la cita que s'efectua de la sentència 5/1981, de 13 de febrer, del Tribunal Constitucional, les altres consideracions que es fan al 8è. fonament de dret de l'al·ludida, ja que no hi ha cap variable en el debat:

"La Constitución diseña un Estado aconfesional, que no laicista, lo que significa que es un Estado neutral, con total y pleno respeto al hecho religioso que profesen sus ciudadanos, o bien a que no profesen ninguno, y ello se consagra en el artículo 16 de la CE. La Constitución pues atiende al hecho religioso de sus ciudadanos y no lo ignora, sino que lo respeta, lo protege y no lo posterga al ámbito exclusivamente privado, sino que le proporciona el espacio público preciso, entre el que se encuentra el de la docencia que presta el Estado.

Siendo ese el punto de partida y centrándonos en el análisis de la impugnación planteada desde la perspectiva del artículo 27-3 de la CE diremos que obviar el contenido mínimo exigido en ese precepto, porque el tratamiento que se le da a la enseñanza de religión es simplemente optativo por parte de los centros, y ello por la vía indirecta de considerar que sólo la segunda lengua extranjera es de carácter y oferta obligatoria por la Administración, rompe la neutralidad en la que sitúa la Constitución a los poderes públicos y al Estado, y deja sin efecto la garantía que aquellos deben a los padres de que sus hijos serán educados de acuerdo a sus convicciones y principios morales y éticos.

De poco sirve la constatación y reconocimiento constitucional del derecho fundamental, y la configuración legal del mismo realizada por el legislador, si en el momento de aprobarse las disposiciones reglamentarias que han de llevar a efecto y ejecutar esos derechos, se regula de tal forma que se desvirtúa por completo el núcleo esencial constitucionalmente recogido, porque el tratamiento recibido queda desvirtuado en tal extremo que el derecho reconocido queda sin efecto práctico alguno. Y eso es lo que precisamente ocurre en el supuesto de autos. La prueba está en que los Claustros de profesores de dos Institutos de Mallorca, amparándose en lo establecido en el artículo 10-4 del Decreto impugnado, que solamente reconoce como oferta obligatoria la segunda lengua extranjera, excluyeron como asignatura ofrecida en esos Centros a la asignatura de Religión. Con tal proceder simple y llanamente se excluye a esa asignatura del catálogo ofrecido en ese Centro. Y ello constituye una vulneración del derecho fundamental del artículo 27-3 de la CE porque con ese proceder los alumnos que acuden a ese Centro no pueden impartir esa asignatura y se ha roto la garantía que el Estado ofrece a los padres que desean para sus hijos esa enseñanza.

En lo concerniente a la religión Católica, no sólo se rompe con la legalidad establecida en el Concordato suscrito con la Santa Sede el 3 de enero de 1979 y cuya constitucionalidad ha sido avalada en sentencias del TC nº 187/1991 de 3 de octubre y 155/97 de 29 de septiembre. Es que al vulnerarse el contenido dado por el legislador al configurar el derecho (D.A. 2ª LO 2/2006) se vulnera por ello el derecho reconocido a los padres en el artículo 27-3 de la CE para el caso de que sus hijos cursen sus estudios en la escuela pública.

Recordemos ahora que en el Acuerdo con la Santa Sede el Estado garantiza el derecho a recibir esa enseñanza religiosa en los centros no universitarios, lo que equivale a que el Estado viene obligado a dispensar tal enseñanza a quien libremente se la solicite, de forma que si existe esa garantía, tal asignatura tiene la condición de oferta obligatoria.

Así el artículo II del citado Acuerdo señala:

*"Los planes educativos en los niveles de educación preescolar, de educación general básica (EGB) y de **bachillerato** polivalente (BUP) y grados de formación profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.*

Por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos. Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla.

Las autoridades académicas adoptarán las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar"

Obviamente el legislador ha extendido la posibilidad de que los alumnos y padres que profesan otras confesiones reconocidas por el Estado, puedan optar también por solicitar la asignatura de la religión que ellos profesen, y así la Disposición Adicional Segunda de ese mismo Decreto 35/2015 señala que " *Los alumnos que cursen religión podrán escoger entre la enseñanza de las confesiones religiosas con las que el Estado tiene suscritos acuerdos internacionales o de cooperación en materia educativa. (...)*". El legislador ha previsto, pues, que, el derecho consagrado en el artículo 27-3 de la CE pueda materializarse no sólo a través de la opción de creación de escuelas con un ideario religioso propio a los que los padres puedan acudir para que sus hijos sean educados conforme a dicho ideario y creencias, sino además, que en la propia escuela pública, los padres que profesen una religión de las que están reconocidas por el Estado, puedan solicitar de los poderes públicos que a sus hijos se les imparta esa enseñanza.

CINQUÈ .- En el fonament de dret anterior ja hem assenyalat, amb cita dels articles 34 bis i 34 ter de la Llei Orgànica 2/2006 , que a l'hora de regular els currículums dels cursos 1r i 2n de batxillerat, segons la redacció donada per la Llei Orgànica 8/2013, ho fan de l'assignatura de la religió. Articles que ho reconeixen com assignatura específica que no troncal. Condició o característica reconeguda que suposa la de ser optativa per a l'alumne.

El Decret 35/2015 qüestionat converteix l'assignatura de religió, en clara discordança amb tot el que hem anat dient, en assignatura de oferta no obligatòria per part dels centres escolars, de tal manera que s'ignora el caràcter neutral de l'Estat i es buida de contingut l' article 27.3 de la Constitució .

Afirmació que comporta l'estimació del contenciós en aquest punt.

SISÈ .- A continuació hem de respondre a sí es vulnera o no l' article 16 de la Constitució espanyola en quant regula la protecció al dret a la llibertat ideològica i de religió. El referit disposa:

"1 . Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones".

En relació causa a efecte amb el que hem anat dient fins ara en relació amb l' article 27.3 de la Carta magna , cloem que l'apartat 4t dels articles 10 i 11 del Decret 35/2015 , en la forma que relega l'assignatura de religió a oferta no obligatòria per part dels centres escolars constitueix també una vulneració de l' article 16.1 de la CE .

Reiterem part del 10è fonament de dret de la reiterada sentència que dictem a les actuacions 182/2015:

"En efecto la libertad religiosa que el Estado garantiza viene definido en el artículo 2 de la LO 7/1980 . En el ámbito de la libertad religiosa está el derecho reconocido en el apartado 1- c) del artículo 2 que señala el derecho a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, y elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones. Constituye una manifestación del derecho a la libertad religiosa no solamente poder educar a los hijos en las creencias que profesen los padres, sino también y desde la perspectiva del alumno, el derecho de éste a recibir esa enseñanza, viéndose ilegítimamente privado de ella. Desde la perspectiva de la Confesión Religiosa se está también impidiendo poder impartir su enseñanza, teniendo derecho a ello en el modo y forma que el desarrollo legislativo de ese derecho configure ese modelo educativo de esa asignatura".

SETÈ .- El rebuig a la línia argumental plantejada per la part actora el trobem, en canvi, en la referència que ens fa a la possible vulneració del dret constitucional a la igualtat contingut a l'article 14. Referència efectuada a la demanda i reproduïda, després, en el tràmit de conclusions escrites sense cap suport fàctic o jurídic i que, a més, sens dubte, ve a ser una simple "desiderata", ni molt menys argumentada. No observem, no hi ha, la discriminació de la qual ens parla i que ho planteja com una conseqüència primera a la vulneració referida a l'article 16 i sobre el qual ja ens hem pronunciat.

En definitiva, en la forma i manera què ho introdueix en el debat, el Tribunal ve rellevat d'una major i millor motivació envers la dita problemàtica.

Rebuig que s'expandeix també a la declaració de nul·litat del Decret 35/2015 del Govern Balear, no avalada aquesta concreta petició, ni tan sols, dialècticament a la demanda; la qual concentra, clar està, tot el seu arsenal d'oposició a la lectura i interpretació dels seus articles 10.4 i 11.4 , tal com ha quedat fins ara explicitat.

Com a conclusió, la que fem en el 1r. paràgraf del 12è fonament de dret de la sentència que dictem avui, 10 de febrer, a les actuacions 182/2015:

"Concluyendo, regular el currículo de las asignaturas de **bachillerato** en el modo y forma que contempla el apartado 4º del artículo 10 y 11, en donde sólo se contempla como oferta obligatoria la segunda lengua extranjera, al fin confiere a la asignatura de Religión un carácter de oferta no obligatoria por parte de los poderes públicos. Y ello es contrario a los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 16- 1 y 27-3 de la CE en la forma en que actualmente están configurados por las Leyes Orgánicas 2/2006 y 7/1980. En definitiva, conforme a la vigente configuración legal de los citados derechos constitucionales, la Religión es una asignatura de oferta obligatoria por parte de los poderes públicos, pero de elección voluntaria por el alumno".

Afirmacions que suposen l'estimació parcial del contenciós i, en congruència amb el que s'ha interessat, subsidiàriament, a la pètit de la demanda, declararem, a la decisió, y ja ho avancem, que el articles 10 i 11, els quals regulen el currículum de primer i segon curs de batxillerat del reiterat Decret 35/2015 , i pel que fa a l'apartat 4t d'ambdós, vulnera els drets fonamentals contemplats als articles 16.1 i 27.3 de la Constitució espanyola . Vulneració que porta com a conseqüència la declaració de nul· litat de l'apartat allà on afirma que "Els centres han d'oferir obligatòriament la matèria de segona llengua estrangera".

Altra declaració, en relació amb l'anterior, és la que fem amb el reconeixement del dret a l'elecció voluntària dels alumnes de primer i segon de batxillerat de l'assignatura de religió en els centres docents públics i privats de les Illes Balears als quals va dirigit el Decret -article 1.2 i on s'especifica el seu àmbit d'aplicació -.

VUITÈ .- No procedeix la imposició de costes processals, conforme a l' article 139 de la Llei jurisdiccional 29/1998, de 13 de juliol , donat que es produeix una estimació parcial del contenciós.

VIST els articles esmentats i d'altres disposicions de caràcter general

DECIDIM

PRIMER .- **Desestimar** la causa d'inadmissibilitat plantejada per l'Administració demandada de falta de legitimació activa de la part actora.

SEGON .- **ESTIMAR parcialment** el present recurs contenciós administratiu i **DECLARAR** que l'apartat 4t dels articles 10 i 11 del Decret 35/2015, de 15 de maig, del Govern Balear , pel qual s'estableix el currículum de batxillerat a les Illes Balears, en el punt en què afirma, a ambdós articles, que "Els centres han d'oferir obligatòriament la matèria de segona llengua estrangera" vulnera el drets fonamentals contemplats als articles 16.1 i 27.3 de la Constitució espanyola .

TERCER .- Declarar la **NUL-LITAT** del punt de l'apartat 4t transcrit a l'anterior.

QUART .- **Reconèixer** el dret a l'elecció voluntària dels alumnes de primer i segon de batxillerat de l'assignatura de religió en els centres docents públics i privats de les Illes Balears.

CINQUÈ .- **Desestimar** la resta de pretensions.

SISÈ .- No s'hi fa una expressa imposició de costes processals.

Contra la present hi cap recurs de cassació per davant el Tribunal Suprem en el termini de 10 dies des de la seva notificació i conforme als requisits de forma contemplats a la Llei jurisdiccional.

Així per aquesta nostra sentència ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ.- Llegida i publicada que ha estat l'anterior sentència pel Magistrat d'aquesta Sala II-Im. Sr. Gabriel Fiol i Gomila ponent a aquest tràmit d'Audiència Pública, dono fe. El Secretari, rubricat.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ILLES BALEARS.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

PROCEDIMIENTO ESPECIAL Nº 181 DE 2015

VOTO PARTICULAR

que formula el Ilmo. Sr. Pablo Delfont Maza, Magistrado-Especialista de esta Sala, a la sentencia recaída en los autos del procedimiento especial nº 181 de 2015.

Naturalmente, parto del respeto a la decisión de la sentencia, pero discrepo de ella, no en todo, pero sí en cuanto que estima el recurso, seguido en este caso por los trámites del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales.

El motor de arranque de la decisión de la sentencia, a mi juicio, es la idea de que "[...] *regular el currículo de las asignaturas de **bachillerato** en el modo y forma que contempla el apartado 4º del artículo 10 y 11, en donde sólo se contempla como oferta obligatoria la segunda lengua extranjera, al fin confiere a la asignatura de Religión un carácter de oferta no obligatoria por parte de los poderes públicos*".

Hay que recordar también que, aunque me parece que en la sentencia no queda claro, la Administración se ha defendido en el juicio exhibiendo no solo la idea de que no se violaban los derechos fundamentales invocados en la demanda sino también que cabía perfectamente una interpretación de las normas cuestionadas conforme a la Ley y conforme igualmente a la Constitución. La sentencia ni examina ni responde a la cuestión de si cabe o no la interpretación conforme. Prescinde de ese examen porque, como acabo de señalar, la sentencia da por supuesto que la norma administrativa ha conferido a la asignatura de Religión el carácter de asignatura de oferta no obligatoria y, a partir de ahí, despliega ya su idea sobre en qué consisten los derechos fundamentales invocados en la demanda, cómo han quedado por ahora configurados legalmente esos derechos y cómo, pues, habrían sido vulnerados por lo que considera -por mejor decir, supone- que aparece dispuesto en el apartado 4 de los artículos 10 y 11 del Decreto 35/2015, de 15 de mayo .

Para articular, pues, mi discrepancia, ante todo, me parece necesario dejar bien claro qué es lo que dice ese apartado cuarto de los artículos 10 y 11 del Decreto 35/2015 , que es lo mismo y que es exclusivamente lo siguiente: "*Los centros deben ofrecer obligatoriamente la materia de Segunda Lengua Extranjera*"

Como es lógico, quien ha llegado hasta aquí ha leído primero la sentencia y ha entendido bien ya de qué trata el caso. Por lo tanto, procuraré prescindir a partir de ahora de referencias que puedan verse como repetitivas y, en consecuencia, innecesarias.

Discrepo con la sentencia porque, ya lo anticipo, considero que el recurso tenía que haberse desestimado por ser perfectamente posible una interpretación de las normas cuestionadas conforme a la legalidad que sobre ellas pesaba y, por añadido, una interpretación conforme a la Constitución. Esa no ha sido "la vara de medir" de la sentencia, que ha llegado declarar que vulnera el derecho fundamental a la libertad religiosa y el derecho fundamental a la educación, éste en la vertiente de formación religiosa, es decir, que vulnera, pues, los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución, un mismo apartado de dos preceptos distintos de una misma norma administrativa, producida por la Administración de la CAIB - apartado 4 de los artículos 10 y 11 del Decreto 35/2015, de 15 de mayo -.

Interpretar, en general, es comprender. Y en el ámbito del Derecho, interpretar es comprender las normas en su contexto, esto es, responder correctamente a la pregunta sobre el significado de un texto normativo. El Código Civil incluye las reglas sobre interpretación en el Capítulo dedicado a la aplicación de las normas jurídicas. Pero, como es bien sabido, la interpretación de la norma a la luz de un caso puede descubrir aspectos inadvertidos en una interpretación en abstracto. Eso explica que en el ámbito del contencioso el artículo 26.2 de la Ley 29/1998 ampare la impugnación de actos de aplicación de la norma después de haberse desestimado un recurso directo contra la misma. La interpretación de las normas, en fin, debe atender "fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas", es decir, a los principios generales del derecho y al conjunto del texto normativo. A mi juicio, la interpretación que se hace en la sentencia, es decir, entender que la norma cuestionada dice -o que de ella se desprende- que no es obligatoria la oferta de la asignatura de religión, máxime si esa norma se contempla como es debido, es decir, en su contexto, lo que supone tomar en cuenta igualmente el marco que conforman las leyes orgánicas a que se hace mención en la propia sentencia, en definitiva, es una interpretación que, prescindiendo incluso de su literalidad, se desvía así de los fines de la norma y, por lo tanto, es una interpretación rechazable - artículo 7.2 del Código Civil y artículo 11 de la Ley Orgánica 6/1985 -.

Después de leer la sentencia, pero sobre todo después ya de haber participado en su deliberación, me parece que "el baño de realidad" de la norma en cuestión ha sido su pérdida. Puede leerse en la sentencia cómo hasta el Ministerio Fiscal ha cambiado su posición o modo de ver las cosas en el juicio, terminando así por considerar insoportable jurídicamente una norma que en el primer momento no le despertó dudas.

Ha ocurrido que la prueba ha revelado que, blandiendo o no la norma en cuestión, en algunos centros de enseñanza, bien por decisión de sus órganos competentes o bien con la decisión de otros, en definitiva, la asignatura de religión no se ha ofertado. Esas decisiones son ilegales, desde luego, pero no justifican por sí solas que hayan de pagar "justos por pecadores". En efecto, la norma en cuestión ni es ilegal ni confunde. Y, en la hipótesis de que la norma en cuestión confundiera, quien se encontrase confundido, sale de su confusión de inmediato con la Ley en la mano, que no deja lugar a dudas: La asignatura de religión es de oferta obligatoria. Por lo tanto, los errores o, si lo fueran, las desobediencias a las normas, manifestadas en las decisiones de los centros de enseñanza, no pueden servir de excusa para la destrucción de la norma en cuestión, que es lo que la sentencia ha llevado a cabo.

Esa norma en cuestión, como tantas otras cosas, es una riqueza y no debía haber sido destruida porque no se lo merece.

Para no hacerle perder el tiempo a nadie, señalaré ya dónde está el problema. Ocurre que la sentencia entiende que, debido a que la norma dice -sin más- que es de oferta obligatoria la asignatura de segunda lengua extranjera, la norma está diciendo -o queriendo decir- lo que en realidad no dice, esto es, que no es de oferta obligatoria la asignatura de religión. A partir de ahí, la sentencia, siguiendo los pasos de la Diócesis y Obispado de Mallorca, ha llegado a dar una respuesta que, a mi juicio, sobra. Primero, porque la norma en cuestión no dice lo que la sentencia supone que dice. Segundo, porque tampoco era necesario o inexcusable que esa norma en cuestión dijera lo contrario de lo que la sentencia supone que dice o que quiere decir; y ello ni siquiera aunque siguiera diciendo la norma lo mismo que decía antes de que sentencia de la Sala la haya declarado nula, es decir, que era de oferta obligatoria la asignatura de segunda lengua extranjera. Y, tercero, que, de no ser así, es decir, de ser como la sentencia supone y deber entenderse, pues, que la norma "dice o quiere decir" que la asignatura de religión no es de oferta obligatoria, entonces el primer problema jurídico para esa norma no está a tanta distancia de ella como lo está la Constitución, con lo que bastaba poner por delante la primera norma que en la relación jerárquica detendría el despropósito en que hubiera incurrido la norma administrativa, siéndolo en este caso, sin ir más lejos, las Leyes Orgánicas a que se hace mención en la propia sentencia.

La "clave de bóveda" está, pues, primero, en que la norma en cuestión no dice siquiera que la segunda lengua extranjera sea la única asignatura de oferta obligatoria; y, segundo, en que la norma en cuestión no tiene porqué repetir lo que ya dice la Ley que sobre ella pesa, es decir, que la asignatura de religión es de oferta obligatoria. De ahí ya se desprende con naturalidad que la norma en cuestión ni se aparta de la Ley ni tampoco incurre, pues, en cualquiera de los vicios mayores que la sentencia le ha encontrado.

Dicho esto último, tengo que ponerlo inmediatamente en relación con la mención que en la sentencia se hace a previos contenciosos sobre casos análogos, que vienen de más de un lustro. En la sentencia se viene a decir que en las sentencias anteriores no se hizo una declaración de inconstitucionalidad por razón del procedimiento en el que se dictaban. Creo que no es correcto. El pronunciamiento de inconstitucionalidad no precisa de un procedimiento especial sino una pretensión específica de la parte o introducida por el Tribunal en el debate. Y en esos casos la pretensión existía y, por lo que se refiere a la sentencia 792/2010, la estimación se anuda a la vulneración de los Acuerdos con la Santa Sede de 1979. Por lo tanto, por lo menos en el caso de la sentencia de la Sala nº 792/2010, se rechazó que la norma administrativa de aquel caso vulnerase directamente la Constitución.

En Palma, a 9 de febrero de 2016.

Fdo. Pablo Delfont Maza