

JUNTA SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:11/02/2009

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON EMILIO FRÍAS PONCE A LA SENTENCIA DE FECHA 11 DE FEBRERO DE 2009, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 1.013/2008, AL QUE SE ADHIERE D. JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ.

Con el respeto y consideración que me merece el criterio de la mayoría de mis compañeros discrepo de la sentencia dictada, exclusivamente en cuanto a la doctrina que sienta sobre la cuestión de fondo.

I.- El derecho a la formación de la conciencia en libertad.

Nada tengo que oponer a la introducción, por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, de la asignatura Educación para la Ciudadanía, al ser su finalidad, como señala su Preámbulo, "ofrecer a todos los estudiantes un espacio de reflexión, análisis y estudio acerca de las características fundamentales y el funcionamiento del régimen democrático, de los principios y derechos establecidos en la Constitución Española, en los tratados y en las declaraciones universales de los derechos humanos, así como de los valores comunes que constituyen el sustrato de la ciudadanía en un contexto global".

Estado en la formación de los alumnos en valores y zcan la cohesión social y fomenten la participación s ciudadanos no puede cuestionarse, al imponer el art. 27.5 de la Constitución a los poderes públicos una obligada intervención en la educación, y disponer su apartado 2, que "la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales". El contenido constitucional de la enseñanza básica obliga tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos y debe ser concretado por el legislador, nacional o autonómico, en función de su competencia (art. 149.1.1º, y 18º y 30º del texto constitucional), incluyendo en los programas curriculares aquellos reconocimientos que en cada momento se consideren básicos a fin de asegurar una formación común.

Sin embargo, esta competencia de los poderes públicos se ha de armonizar con el principio de neutralidad ideológica, que también exige la Constitución al ser derivación obligada del principio de libertad ideológica, religiosa o de conciencia de las personas (art. 16), así como de la proclamación del pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1), por lo que, más allá de los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional, la intervención en la educación de los poderes públicos es difícilmente justificable en cuanto puede afectar al ejercicio de los derechos y libertades, como la libertad de enseñanza.

La neutralidad ideológica fue defendida por el Tribunal Constitucional en la primera de sus sentencias relativas a los derechos educativos, concretamente, en la sentencia 5/1981, de 13 de febrero, al afirmar que *"en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre,... es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro..."*

"La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la L.O.E.C.E. impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzada por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita".

Esta garantía constitucional es recordada también por el Auto del Tribunal Constitucional 359/1985, de 29 de mayo, al señalar que *"el art. 27.3 de la Constitución garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones. Sin entrar a considerar que este derecho constitucional asiste también a los mayores de edad o menores emancipados respecto a su propia persona, como quiere el art. 2.1c de la Ley Orgánica núm. 7/1980, de Libertad Religiosa, es evidente que aquél artículo constitucional ampara, junto a la libre elección de una cierta educación moral o religiosa, el derecho a la neutralidad ideológica de los Centros docentes públicos, tal como declara la citada sentencia de este Tribunal de 13 de febrero de 1981. Desde este punto de vista el derecho fundamental en él garantizado guarda una estrechísima relación con el que sanciona el art. 16 de la Constitución hasta el punto que en ciertos aspectos, y en concreto en aquéllos a los que se refiere el presente recurso, prácticamente se confunden".*

ante una cuestión de límites y los derechos y la acción del poder público y no al contrario. Entre los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que coincida con sus propias convicciones, derecho que está también vinculado con la libertad de enseñanza, como recalcó el Tribunal Constitucional en la referida sentencia 5/1981, de 13 de febrero, al señalar que "del principio de la libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos".

Asimismo, en su sentencia 86/1985, de 10 de julio, el Tribunal Constitucional puso de manifiesto que *"el derecho de todos a la educación [...] incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad"*.

Por ello, el derecho reconocido a los padres en el art. 27.3 de la Constitución implica que la formación de la conciencia de sus hijos menores sea un ámbito vedado a la acción de los poderes públicos.

Por otra parte, no se puede negar que el art. 27.3 tiene un alcance que va más allá de la educación religiosa, de modo que corresponde a los padres decidir acerca de la educación moral de sus hijos menores.

De este modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido, entre otras, en su sentencia de 29 de junio de 2007 (Caso Folguero y otros C/Noruega) que *"es en el cumplimiento de un deber natural hacia los hijos -respecto de los cuales los padres son los primeros responsables en su "educación y enseñanza" -donde los padres pueden exigir al Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho se corresponde con una responsabilidad estrechamente ligada al disfrute del ejercicio del derecho a la educación"*.

En consecuencia, los poderes públicos tienen vedado, en principio, el establecimiento, de modo imperativo, de enseñanzas que tengan por objeto la formación moral y religiosa de los alumnos. Esto implica que el art. 27.3 limita la capacidad de los mismos poderes públicos para definir la educación cívica. En virtud de la competencia que se atribuye a los poderes públicos pueden establecer en el sistema educativo una materia dirigida a enseñar la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, pero esta competencia no puede alcanzar al resto de las cuestiones que aborda la educación cívica, precisamente por tratarse de cuestiones que forman parte de la educación moral y, por tanto, caen dentro del ámbito de libertad protegido por el art. 27.3.

II.- El desarrollo reglamentario de la asignatura.

En la instancia se alegó que el desarrollo dado a la materia por el Real Decreto 1631/2006, por el que se establecen las enseñanzas mínimas para la Educación Secundaria Obligatoria, y consiguientemente por el Decreto Regional del Principado de Asturias 74/2007, no se atiene al estricto contenido

pretende la formación de la conciencia moral de los alumnos, objetivos y criterios de evaluación fijados por la Ley, que no es una moral concreta, no neutra, en la que se fijan como normas éticas los valores elegidos por el Estado.

También se denunció la terminología propia de la ideología de género.

Ciertamente en el Anexo I del citado Real Decreto, que alude a las competencias básicas, en el apartado 5, relativo a la competencia social y ciudadana, se señala que "la dimensión ética de la competencia social y ciudadana entraña ser consciente de los valores del entorno, evaluarlos y reconstruirlos afectiva y racionalmente para crear progresivamente un sistema de valores propio y comportarse en coherencia con ellos al afrontar una decisión o un conflicto. Ello supone entender que no toda posición personal es ética si no está basada en el respeto a principios o valores universales como los que encierra la Declaración de los Derechos Humanos".

En concordancia con esta competencia básica, en el Anexo II se precisa que "la educación para la ciudadanía tiene como objetivo favorecer el desarrollo de las personas a través de la consolidación de la autoestima, la dignidad personal, la libertad y la responsabilidad y la formación de futuros ciudadanos con criterio propio, respetuosos, participativos y solidarios", y que para lograr el objetivo "se profundiza en los principios de ética personal y social, y se incluyen, entre otros contenidos, los relativos "a las relaciones humanas y a la educación afectivo-emocional, los derechos y deberes y libertades que garantizan los regímenes democráticos, las teorías éticas y los derechos humanos como referencia universal para la conducta humana, los relativos a la superación de conflictos, la igualdad entre hombres y mujeres, las características de las sociedades actuales, la tolerancia y la aceptación de las minorías y de las culturas diversas".

Asimismo, se pone de manifiesto, a continuación, que "estos contenidos no se presentan de modo cerrado y definitivo, porque un elemento esencial de la educación cívica es la reflexión encaminada a fortalecer la autonomía de alumnos y alumnas para analizar, valorar y decidir desde la confianza en sí mismos, contribuyendo a que construyan un pensamiento y un proyecto de vida propios, siendo preciso en este sentido desarrollar, junto a los conocimientos y la reflexión sobre los valores democráticos, los procedimientos y estrategias que favorezcan la sensibilización, toma de conciencia y adquisición de actitudes y virtudes cívicas. Para lograrlo, es imprescindible hacer de los centros y de las aulas de secundaria lugares de modelo de convivencia.... Espacios, en definitiva, en las que se practique la participación, la aceptación de la pluralidad y la valoración de la diversidad que ayuden a los alumnos y alumnas a construirse una conciencia moral y cívica acorde con las sociedades democráticas, plurales, complejas y cambiantes en la que vivimos".

Luego afirma que la Educación para la ciudadanía está configurada en esta etapa por dos materias: La Educación para la ciudadanía y los derechos humanos y la Educación ético-cívica, y que en "La Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos se plantea el conocimiento de la realidad desde el aprendizaje de lo social, centrándose la Educación Etico Cívica en la reflexión ética que comienza en las relaciones afectivas con el entorno más próximo para contribuir, a través de los dilemas morales, a la construcción de una conciencia moral cívica".

...ala que el objetivo nº 4 consiste en "conocer, asumir los derechos y obligaciones que se derivan de la Constitución Española y de la Constitución Española, identificando los valores que los fundamentan, aceptándolos como criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales".

Finalmente, se recogen como criterios de evaluación en Educación ético-cívica: 1.- "Descubrir sus sentimientos en las relaciones interpersonales, razonar las motivaciones de sus conductas y elecciones y practicar el diálogo en las situaciones de conflicto ... 2 Diferenciar los rasgos básicos que caracterizan la dimensión moral de las personas (las normas, la jerarquía de valores, las costumbres, etc.) y los principales problemas morales ..." 4.- Reconocer los Derechos Humanos como principal referencia ética de la conducta e identificar la evolución de los derechos cívicos, políticos, económicos, sociales y culturales, manifestando actitudes a favor del ejercicio activo y el cumplimiento de los mismos... 10.- Justificar las propias posiciones, utilizando sistemáticamente la argumentación y el diálogo ..."

III.- Conclusiones de la sentencia dictada.

El fundamento jurídico decimoquinto de la sentencia contiene una serie de afirmaciones para salvar el desarrollo reglamentario dado a la materia del vicio de inconstitucionalidad que latía en la demanda, concluyendo que los contenidos en discusión no entrañan infracción de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

La sentencia considera que "en la medida en que Educación para la Ciudadanía abarca temas ajenos a la religión o la moral en sentido propio, como son los relativos a la organización y funcionamiento de la democracia constitucional, el significado de los derechos fundamentales o, incluso, usos sociales establecidos y reglas meramente técnicas, no resulta aplicable el art. 27.3".

Niega asimismo que los contenidos controvertidos supongan adoctrinamiento en el relativismo, el positivismo y la ideología de género, por no caber deducir de la configuración que se ha dado a la materia las ideas de que no hay otra moral que la que recogen las normas jurídicas, que el ordenamiento jurídico admite cualquier contenido con independencia de su significado ético y que las normas reglamentarias asuman una denominada "ideología de género", porque el fin perseguido con la enseñanza de esta materia es que los alumnos conozcan, comprendan y respeten la dimensión ética de los derechos humanos, y sean capaces de comportarse en la vida pública con arreglo a las normas jurídicas que los expresan, sin que se busque la aceptación en el fuero interno de los valores en cuestión como única y exclusiva pauta a la que ajustan su conducta ni que renuncien a sus propias convicciones.

Ante todo, el fundamento jurídico decimoquinto es insuficiente, no ya sólo porque la parte dispositiva no alude al mismo, sino por entender que el diseño de la asignatura no se ajusta a Derecho, en contra de lo que mantiene la mayoría, al resultar vulnerado el art. 27.3 de la Constitución.

En efecto, el análisis no sólo del Real Decreto 1.631/2006, sino de los restantes, esto es, los Reales Decretos 1.513/2006 sobre Educación Primaria, y 1467/2007 sobre Bachillerato, nos lleva a la conclusión de que en todos se opta por considerar a los derechos humanos como un referente moral universal y común para la conducta, con menosprecio de la ética natural, pero, al mismo tiempo, se defiende que son valores dependientes de los contextos y coyunturas históricas, lo cual ya supone una afirmación ideológica y no jurídica. Además, al desarrollar lo que denomina una ética cívica, se inmiscuye en el fundamento mismo de la moral personal (control de las emociones y de los hábitos), dando una gran importancia a la diversidad afectivo sexual.

Por eso, a nuestro juicio, en contra de la opinión de la mayoría, el análisis del Real Decreto de enseñanzas mínimas de Educación Secundaria Obligatoria revela que el Gobierno, a la hora de regular la materia "Educación para la Ciudadanía", se ha excedido en sus competencias, al incluir contenidos que no son corolario indispensable de la Constitución, estableciendo, además, criterios de evaluación que conllevan la obligación de adherirse interiormente a los mismos, lo que implica una vulneración del derecho de los padres a decidir la formación moral y religiosa que quieren para sus hijos.

Debemos recordar que el propio Consejo de Estado, en el Dictamen sobre el Real Decreto antes referido, señaló también que no es lícita la <<difusión de valores que no estén consagrados en la propia Constitución o sean presupuesto o corolario indispensable del orden constitucional>>.

Esta recomendación no fue seguida al incluir en el texto definitivo aprobado contenidos como los antes examinados, apartándose asimismo de las directrices y del concepto de educación para la ciudadanía a que se refiere la Recomendación (2002), 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que <<abarca toda actividad educativa formal, no formal o informal, incluida la de la familia, que permite a la persona actuar, a lo largo de toda su vida, como un ciudadano activo y responsable, respetuoso de los derechos de los demás">.

Una cosa es ofrecer a los alumnos una formación sobre los valores, derechos o instituciones consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales, resaltando la importancia de los valores éticos implícitos en los derechos humanos, y otra diferente es introducir una ética civil común distinta de la ética personal, ética común pública que tiene como referente único los derechos humanos reconocidos por la ley positiva, con lo que queda excluida implícitamente la fundamentación de una moral natural.

En definitiva, estimamos que las normas reglamentarias imponen como obligatoria una moral relativista, que no todos los ciudadanos pueden compartir, y que, además, invade el terreno de la moral privada, y que no es neutral, ni plural, ni objetiva, al pretender inmiscuirse en la educación moral de los alumnos, desplazando la prioridad de los padres en la educación de sus hijos.

ñalado, es cierto que muchos conceptos y valores a
creto son aceptables para cualquier persona y que
s éticos de nuestra Constitución no cabe invocar el
derecho prererente de los padres, pero también lo es que algo le sobra a la
asignatura y algo esencial le falta, por lo que transforma la educación ciudadana
en un adoctrinamiento ideológico y moral. La regulación reglamentaria no se
ajusta a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación, pues su texto no hace
referencia en ningún momento a valores morales ni impone ética determinada.

El esfuerzo que hace la sentencia en el fundamento decimoquinto para
salvar la asignatura, no es suficiente, por lo que debió, en su lugar, haberse
declarado la nulidad de parte de la norma reglamentaria estatal controvertida
por vulnerar el derecho de los padres a educar conforme a sus convicciones
morales, consagrado en el art. 27.3 en la Constitución, lo que tendría incidencia
en la regulación autonómica, en cuanto su contenido viene a ser coincidente
con la normativa estatal que desarrolla, con la consiguiente estimación
sustancial del recurso contencioso-administrativo interpuesto, al convertirse la
objección de conciencia pretendida más bien en una objeción de legalidad.

Madrid, a once de febrero de dos mil nueve.

**D. Emilio Frías Ponce
Micó**

D. Juan Gonzalo Martínez