



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 5
ZARAGOZA
C/ COSO, N° 34, PLANTA 1ª

PIEZA SEPARADA DE SUSPENSIÓN 65 /2008 - BA
Sobre PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS

Demandante: D/Dña.

Procurador D/Dña. MARIA PILAR BERGES FANTOVA,
Letrado D/Dña. ANTONIO CEREZUELA PALACIOS,
Demandado: D.G.A.-DPTO. SALUD Y CONSUMO.-

Magistrado-Juez

D. José Javier Oliván del Cacho.

AUTO

En Zaragoza, a veintidós de julio de dos mil ocho.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 26 de junio de 2008, ha tenido entrada en este Juzgado escrito de Doña Pilar Berges Fantova, en nombre y representación de D. [redacted] y de Doña [redacted], en cuyo suplico se interesaba la adopción de la correspondiente medida cautelar de acuerdo con el siguiente suplico:

"(...) dicte Auto por el que estimando esta solicitud, suspenda con relación al hijo de mis representados, que se identifica al principio de este escrito, la ejecución de los actos recurridos y la obligatoriedad de cursar la materia o asignatura designada en el vigente currículo o relación de enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria, como 'Educación para la Ciudadanía' (y en concreto a las materias, comprendidas en ella, de 'Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos' y 'Educación ético-cívica'), todo ello durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo y hasta que recaiga sentencia firme en él".

SEGUNDO.- Mediante providencia se acordó la formación de la presente pieza separada y en ella se acordó dar audiencia por plazo común de diez días a los Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón y a la Abogacía del Estado.

TERCERO.- Los codemandados han presentado los correspondientes escritos de alegaciones, según es de ver en la presente pieza.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La adopción de medidas cautelares en nuestra Jurisdicción se supedita a la pérdida de la finalidad legítima del recurso, debiendo el Juzgado o Tribunal realizar una valoración de los intereses en presencia e identificar, en su

caso, una afección al interés general; todo ello, en aplicación de los arts. 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

SEGUNDO.- De los antecedentes que ha podido manejar este Juzgado, cabe derivar los siguientes elementos fácticos:

1.- Con fecha de registro de entrada de 24 de septiembre de 2007, el Sr. dirigió escrito a la Ilma. Sra. Directora Provincial de Educación en Zaragoza del siguiente tenor:

"Por la presente le comunico que, a la vista de que algunos de los contenidos de la asignatura de Educación para la Ciudadanía, implican una formación moral para mi hijo alumno de 3º de la ESO, durante el curso escolar 2007-2008, en la de Zaragoza, que es contradictoria con mis convicciones como padre y primer responsable de su educación, he decidido, por razones de conciencia y amparándome en el derecho fundamental a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 de la Constitución española, que mi mencionado hijo no asista a las clases de la asignatura.

Asimismo, le comunico mi completa disposición para que mi hijo pueda realizar alguna actividad sustitutoria de la mencionada asignatura, siempre que se ajuste a mis convicciones como padre".

2.- Con fecha 26 de septiembre de 2007, se dictó resolución desestimatoria, en la que podía leerse:

"En relación con su solicitud presentada en este Servicio Provincial con fecha 24 de septiembre y en la que se manifiesta que su hijo no asistirá a las clases de la asignatura de Educación para la Ciudadanía, se dicta la presente resolución conforme a los argumentos jurídicos que se indican.

El artículo 24.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece que en uno de los tres primeros cursos de la Educación Secundaria Obligatoria todos los alumnos cursarán la materia de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos.

El Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, establece las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria para todo el Estado, y mediante Orden de 9 de mayo de 2007, del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, se aprueba el currículo de la educación secundaria obligatoria y se autoriza su aplicación en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Aragón, disponiendo en su artículo 9.5 que, en tercer curso, todos los alumnos cursarán dicha materia.

Conforme al artículo 8.2 del Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo establecida en la LOE, en el año académico 2007-2008 se implantarán con carácter

general, entre otras, las enseñanzas correspondientes al curso 3º de la educación secundaria obligatoria.

Las citadas disposiciones tanto estatal como autonómica establecen la obligatoriedad de cursar la materia de Educación para la ciudadanía y Derechos Humanos por aquellos alumnos que cursen tercero de Educación Secundaria Obligatoria a partir del curso 2007-2008, sin que esas normas ni ninguna otra hayan previsto exoneración alguna en el cumplimiento de dicha obligación ni han incluido la posibilidad de que pueda formularse objeción a la misma.

Por el contrario, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 44.2 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros, la falta a clase de modo reiterado puede provocar la imposibilidad de la aplicación correcta de los criterios generales de evaluación y la propia evaluación continua, conforme a los Reglamentos de Régimen Interior de los centros, con la consecuencia que de dicha circunstancia pudieran derivarse.

Ante la ausencia de una regulación expresa de la pretendida objeción de conciencia es necesario determinar cuál es el marco jurídico fundamental que conforma los principios de la actuación de la Administración Pública y, en este sentido, el artículo 103.1 de la Constitución española, el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establecen que la Administración Pública debe actuar sometida a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

En relación con la objeción de conciencia, la Constitución española dispone en su artículo 30.2 que 'La Ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio (...)', sin que exista ningún otro reconocimiento.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 15/1982 ha reconocido la aplicabilidad directa del derecho a ser declarado objetor de conciencia, si bien circunscrita exclusivamente al ámbito de la prestación del servicio militar por expreso reconocimiento del mismo en el artículo 30.2 de la Constitución española, tal y como se ha señalado. Para el resto de los ámbitos, entre los que se encuentra la obligación de cursar una asignatura del Plan de Estudios de la Educación secundaria obligatoria, la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional exige el reconocimiento legal de tal derecho, puesto que así como la regulación legislativa del procedimiento conducente a la declaración de objetor de conciencia, siendo insuficiente la invocación de la libertad ideológica y religiosa para eludir el cumplimiento de una obligación legalmente impuesta (SSTC 161/1987, 160/1987, 101/1983, 321/1994, AATC 71/1993, 214/1996, 319/1996, 270/1999 y 135/2000, entre otras).

El derecho a ser declarado objetor de conciencia de la asignatura obligatoria "Educación para la ciudadanía y Derechos humanos" carece, tal y como se ha señalado, de



reconocimiento y regulación legal que determine su objeto material de protección, así como las condiciones y procedimiento para su ejercicio.

Por lo tanto, el principio constitucional de legalidad de la actuación administrativa impide que la Administración pública pueda determinar cuál es (el) ámbito material que debiera alcanzar el reconocimiento del derecho a ser declarado objetor de conciencia de la asignatura obligatoria Educación para la ciudadanía y Derechos Humanos, cuáles son las condiciones exigidas en el reconocimiento de tal derecho y, finalmente, cuál es el procedimiento administrativo que debe ordenar la actuación administrativa".

3.- Interpuesto recurso de alzada, tal recurso se desestimó con fecha 16 de enero de 2008

TERCERO.- Para resolver la presente controversia, interesa recoger los fundamentos de la petición de medida cautelar. En efecto, en primer lugar, en el escrito de proposición de la medida cautelar se ha centrado el objeto y la materia del recurso del siguiente modo:

"a.- En el mencionado recurso se va a discutir, en esencia, sobre la efectividad de dos derechos fundamentales, básicos dentro del orden político y constitucional, que son la libertad ideológica y de conciencia y el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones personales, filosóficas y morales (arts. 16 y 27 de la Constitución, art. 26. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 19.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 2 del primer protocolo adicional del Convenio de 1950 del Consejo de Europea para la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, art. 5 de la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981, el art. 14 de la Convención de 1960 sobre la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, entre otros)"

Expuesto de este modo los términos del debate, se viene a afirmar que la denegación de la cautelar interesada supondría, a la postre, la pérdida de la finalidad legítima del recurso del siguiente modo:

"Con la plena ejecución y efectividad de los actos recurridos, antes de que los tribunales competentes se pronuncien sobre el fondo del asunto, se consumará una grave violación de la libertad ideológica y de conciencia de mis representados y de su derecho a educar al hijo de ambos, con arreglo a las convicciones de aquellos, con efectos difícilmente reversibles. Mis representados, de acuerdo con sus convicciones han rechazado una materia escolar, para su hijo, que entienden contraria a sus creencias e ideas personales, religiosas o filosóficas (en definitiva, a su concepción de la existencia y del mundo). Con arreglo a dichas convicciones tienen el derecho fundamental de educar a sus hijos menores (artículo 27.3 de la Constitución). La materia o contenido del

currículo escolar respecto del que han ejercitado su objeción de conciencia es la denominada genéricamente en el currículo para la Educación Secundaria Obligatoria (Anexo I de la Orden de 9-mayo-2007, del Departamento de Educación, Cultura y Deporte de la D.G.A. y Anexo I del R.D. 1.631/2006, de 29 de diciembre); como 'Educación para la ciudadanía' y comprende la 'Educación para la ciudadanía y derechos humanos' (curso tercero de la ESO) y la 'Educación Ético-Cívica' (curso cuarto de la ESO) (ver Anexos primeros 'I', de la orden y real Decreto citados) (...)

Según resulta de los actos recurridos el hijo de mis representados cursa durante el año escolar 2.007/2.008, tercer curso de Educación Secundaria Obligatoria, por lo que en el curso escolar 2008/2009 realizará el cuarto curso del mismo ciclo ESO".

Por otro lado, se declara que no existe perturbación del interés general o de terceros si se concede la medida cautelar; todo ello, de acuerdo con las consecuencias que tendría tal medida cautelar, al señalarse que "la no obligatoriedad de asistencia a las clases de la asignatura o materia en cuestión con las consecuencias inherentes, como la imposibilidad de ser examinado y evaluado en la materia y, en su caso, de tomar en consideración si fuera el caso, las calificaciones aplicadas al alumno en función de dicha inasistencia, durante el tiempo de tramitación del recurso (hasta la firmeza de la sentencia que se dicte en él) en nada perjudica a los intereses generales, ni al sistema educativo, ni al resto de los escolares".

Un dato adicional que también se maneja para evidenciar la ausencia de una afección negativa en el interés general reside en el hecho de que la asignatura, según se dice, no haya sido "obligatoria en todo el territorio nacional durante el curso 2007/2008, pues varias Comunidades Autónomas no lo han aplicado"; añadiéndose, además, que "para el curso escolar 2.008/2.009, algunas Comunidades Autónomas (Madrid, Murcia...) están admitiendo la objeción de conciencia en términos análogos al presente, lo que igualmente confirma que el daño a los intereses generales o de tercero no puede servir de razón para denegar lo que ahora se interesa únicamente como medida cautelar".

Finalmente, se apela al principio conocido con la máxima latina de *fumus boni iuris*, citándose a tal efecto diversas resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca.

El Sr. Abogado del Estado parte de la obligatoriedad de la materia en el currículo escolar, "de tal modo que, en caso de otorgarse la medida cautelar cuestionada, se vulneraría el propio interés académico del menor, que se vería obligado a cursar una asignatura (susceptible obviamente de evaluación como obligatoria) en el caso de que el recurso no prosperara y con pérdida, entre tanto, de las calificaciones correspondientes y posible afección, incluso, a la superación del curso en que se imparte".

En segundo término, se hace referencia a la inexistencia de pérdida de la finalidad legítima del recurso, "ya que en el supuesto de que la objeción de conciencia llegara a reconocerse por el Juzgado al que tengo el honor de dirigirme, ya habría concluido (de hecho, ya ha concluido en estos momentos) el curso académico 2007/2008 en que la asignatura se imparte".

Finalmente, se desecha la aplicación del principio de la apariencia de buen derecho, al no darse los requisitos exigidos jurisprudencialmente.

Por su parte, el Sr. Letrado de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón ha aducido, en primer lugar, el interés por el cumplimiento de la legalidad educativa, ya que "la estimación de la pretensión cautelar implicaría la vulneración de la normativa reguladora de esta materia, al quedar suspendida la aplicación y efectividad de la misma".

En cuanto al *fumus boni iuris*, se niega que concurra este presupuesto de la medida cautelar, tal y como se exige en la Jurisprudencia, citándose diversas resoluciones a favor de la tesis de la Administración.

CUARTO.- Vistos los antecedentes precitados y las alegaciones de las partes, la primera cuestión objeto de estudio tiene que ver con la existencia, o no, de la pérdida de la finalidad legítima del recurso; cuestión a la que debe darse una respuesta afirmativa. Y es que resulta obvio que, si se imparte la asignatura cuestionada al alumno de los padres recurrentes, una eventual sentencia estimatoria carecería de efecto útil alguno. De ahí que, precisamente, dada la inmediatez con la que previsiblemente el hijo de los actores va a recibir la enseñanza objetada (o, en su caso, parte de la materia rechazada por los padres), pueda existir una pérdida de la finalidad legítima del recurso si se dicta Sentencia, después de comenzar el próximo curso académico; todo ello, ex art. 10 de la Orden de 9 de mayo de 2007, del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, por la que se aprueba el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria y se autoriza su aplicación en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con el art. 8 del Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo y a la vista del alcance de la objeción de conciencia formulada, según el propio escrito de proposición de medidas cautelares.

En este punto, importa dejar constancia del Auto de 3 de diciembre de 2007, del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sección 2ª, Recuso 1686/2007, en cuyo fundamento jurídico quinto puede leerse:

"QUINTO.- Resta por examinar si la ejecución del acto recurrido puede hacer perder finalidad legítima al recurso que no es otro que la efectividad de la sentencia que en su día pudiera dictarse y, en concreto, si dicha circunstancia de hacer perder su finalidad legítima al recurso se halla suficientemente probada y acreditada o bien se manifiesta de una manera clara y evidente como resultado del propio acto.

Se basa la pretensión en la consideración de que el hijo de los recurrentes no curse la asignatura de Educación para la ciudadanía de carácter obligatorio, en cuanto implica una formación moral que estima contraria a sus convicciones como padres y primeros responsables de la educación de los hijos.

En el caso que examinamos aunque no se aporta ningún elemento en el que apoyar la suspensión solicitada en base a que la ejecución del acto recurrido pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, como establece el artículo 130 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, como único motivo o causa que puede justificar la adopción de la medida cautelar, el propio contenido del acto recurrido en base al cual se solicita, pone de manifiesto la concurrencia del anterior motivo, pues de no adoptar la medida cautelar, el alumno recibiría unas enseñanzas no queridas que soslayarían la finalidad del recurso interpuesto haciéndole perder la efectividad a la sentencia, de resultar favorable a sus intereses, pues el resultado no querido ya se habría producido".

Consideraciones semejantes se pueden encontrar en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sección Tercera, de 13 de marzo de 2008, Recurso 129/2008, al señalar que "si se deniega la medida cautelar, se crea una situación que no podrá ser alterada por el contenido de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de los demandantes, porque, entre tanto, su hijo habría recibido los contenidos educativos que se pretenden evitar".

Asimismo, debe reseñarse el muy reciente Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 7 de julio de 2008, en el que, también, se adopta una medida cautelar similar a la ahora interesada, refiriéndose a que el derecho a la tutela judicial efectiva no sería tal "si, con el pretexto del carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa, hubieran de esperar a que la lesión que temen se produjese tras comenzar a recibir la nueva formación que impugnan con el inicio del curso escolar próximo".

Sentado lo anterior, debe hacerse una valoración de los intereses enfrentados, para lo cual, ciertamente, hay que reconocer que existe un interés público en orden a que los alumnos cursen, con carácter general, las distintas materias y asignaturas fijadas en los correspondientes planes de estudios, pero tal interés, en el presente caso, no puede prevalecer sobre el interés de los padres, a la vista de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y de los intereses en juego al ser objeto de discusión el alcance que, en esta controversia, presentan los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

Finalmente, debe decirse que resulta imposible, en estos momentos, realizar una valoración de las posiciones de fondo de las partes, debido a la complejidad del debate jurídico existente respecto al tema, siendo significativo que se hayan dictado Sentencias contradictorias por diferentes Tribunales Superiores de Justicia. De ahí que, en función de esta circunstancia, y a los exclusivos efectos de la resolución de esta pieza, no pueda prejuzgarse, con absoluta seguridad, si

el interés del menor milita a favor de que reciba la enseñanza de la asignatura (como entiende la Administración) o si, por el contrario, debe prevalecer la interpretación de los padres de dicho interés del menor cuando asumen que tienen la facultad de objetar esta materia, lo que constituye, precisamente, el núcleo de esta controversia.

En definitiva, este órgano judicial entiende que debe acceder a la medida cautelar y suspender la denegación de la petición de dispensa de impartición de la materia pretendida por los actores en relación con su hijo (que incorpora, implícitamente, un acto de contenido positivo, de posible suspensión judicial, cual es la obligatoriedad de cursar las enseñanzas correspondientes a la "Educación para la Ciudadanía"), ya que, previsiblemente, dicho menor debería, en principio, recibir enseñanzas sobre materias que son rechazadas por sus progenitores, dentro de un período relativamente corto de tiempo.

QUINTO.- No concurren circunstancias justificativas de una condena en costas, ex art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

PARTE DISPOSITIVA

I.- SE ACCEDE A LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR DOÑA PILAR BERGES FANTOVA, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D. [REDACTED] Y DE DOÑA [REDACTED], POR LO QUE SE SUSPENDEN LOS ACTOS RECURRIDOS Y, EN CONCRETO, Y EN RELACIÓN CON SU HIJO [REDACTED] LA OBLIGATORIEDAD DE CURSAR LA MATERIA O ASIGNATURA DESIGNADA EN EL VIGENTE CURRÍCULO O RELACIÓN DE ENSEÑANZAS MÍNIMAS CORRESPONDIENTE A LA EDUCACIÓN SECUNDARIA OBLIGATORIA, COMO "EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA" (Y EN CONCRETO A LAS MATERIAS COMPRENDIDAS EN ELLA, DE "EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA Y LOS DERECHOS HUMANOS" Y "EDUCACIÓN ÉTICO-CÍVICA").

II.- NO SE HACE ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO EN MATERIA DE COSTAS.

III.- LLÉVESE TESTIMONIO DE ESTA RESOLUCIÓN A LOS AUTOS PRINCIPALES.

IV.- NOTIFIQUESE DE INMEDIATO A LA SEÑORA PROCURADORA BERGES FANTOVA Y COMUNÍQUESE, TELEFÓNICAMENTE, A LA DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO DE ARAGON Y A LA ABOGACÍA DEL ESTADO EN ZARAGOZA QUE TIENEN A SU DISPOSICIÓN ESTA RESOLUCIÓN EN LA OFICINA JUDICIAL, SIN PERJUICIO (EN SU CASO) DE SU NOTIFICACIÓN EN FORMA (EN LA SEDE DE TALES SERVICIOS JURÍDICOS A TRAVÉS DEL SACE).

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación, dentro del plazo de quince días.

Lo acuerda y manda S.S^a. Doy fe.