

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE SEVILLA
-SECCIÓN TERCERA-

SENTENCIA

RECURSO N° 368/2009

20 OCT 2010

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES.

PRESIDENTE:

D. VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ

MAGISTRADOS:

D. ELOY MENDEZ MARTINEZ

D. PABLO VARGAS CABRERA

D. GUILLERMO DEL PINO ROMERO

D. ENRIQUE GABALDÓN CODESIDO

En la ciudad de Sevilla, a 15 de octubre de dos mil diez.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ha visto el recurso número 368/2009 interpuesto al amparo de los arts. 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, por D. MANUEL FLORES LIMÓN Y D^a DOLORES CANO DELGADO, representados por la Procuradora de los Tribunales D^a Blanca Osés Giménez Aragón y defendidos por el Letrado D. Abel Martínez Planells; y por la parte demandada, la CONSEJERIA DE EDUCACION DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, representada y defendida por el Letrado de su Gabinete Jurídico; y contra MCGRAW HILL INTERAMERICANA DE ESPAÑA S.A.U., representada por el Procurador D. José Onrubia Baturone, y defendida por el Letrado D. Ernesto García Trevijano Garnica; habiendo sido parte EL MINISTERIO FISCAL, y la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Pablo Vargas Cabrera, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la referida representación se interpuso recurso contencioso- administrativo de protección jurisdiccional de derechos fundamentales contra la resolución de 17 de abril de 2009 del Viceconsejero de Educación de la Junta de Andalucía por la que se desestima su petición de que su hijo no asista a clase ni sea evaluado en la asignatura Educación para la Ciudadanía y respecto del contenido

del libro de texto da traslado a la inspección educativa para emitir informe y, posteriormente ampliada a la resolución de 8 de junio de 2009 del Viceconsejero de Educación de la Junta de Andalucía (por delegación de la Consejera), por la que se declara que el libro de texto de la materia Educación para la Ciudadanía, de la editorial McGraw Hill cuyo autor es Juan José Abad, seleccionado para el curso tercero de la ESO en el IES "Delgado Hernández" de la localidad de Bollullos Par del Condado de Huelva, no tiene carácter adoctrinador y que su contenido respeta los principios y valores contenidos en la Constitución, registrándose el recurso con el número 368/2009, y de cuantía indeterminada.

SEGUNDO.- Teniendo por interpuesto el recurso, se acordó su tramitación conforme a las normas establecidas al amparo de los arts. 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, recibido el expediente administrativo se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, cosa que efectuó solicitando: 1º) que se declare la nulidad de dichas resoluciones; 2º) se declare el carácter adoctrinador y por tanto contrario a la neutralidad ideológica y los principios constitucionales del libro "Educación para la Ciudadanía" editado por la editorial McGraw Hill, cuyo autor es D. Juan José Abad, adoptado como libro de texto para dicha asignatura en el curso tercero de ESO del centro IES "Delgado Hernández" de la localidad de Bollullos Par del Condado, al que asiste el menor José Joaquín Flores Cano, hijo de los recurrentes; y 3º) que por consecuencia de lo anterior, se exima al menor de la obligación de asistir a las clases de la asignatura Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos en dicho curso y de ser evaluado en la misma.

TERCERO.- Por la Administración de la Junta de Andalucía, McGraw Hill Interamericana de España s.a.u., Abogacía del Estado y Ministerio Fiscal, en sus respectivos escritos, se contestó a la demanda oponiéndose a la pretensión actora, solicitando los dos primeros la inadmisibilidad del recurso y, subsidiariamente, la desestimación. Recibido el recurso a prueba, y practicadas las propuestas que fueron admitidas, se dio ocasión a las partes para que formularan sus escritos de conclusiones, quedando a continuación las actuaciones concluidas para sentencia.

CUARTO.- En la deliberación y votación, que tuvo lugar el día 1 de octubre pasado, declinó la redacción de la sentencia D. Eloy Méndez Martínez, anunciando voto particular por disentir de la mayoría, al que se ha adherido D. Guillermo del Pino Romero, recayendo por correturno la redacción de la ponencia en D. Pablo Vargas Cabrera.

PRIMERO.- Son objeto de impugnación en el presente recurso la resolución de 17 de abril de 2009 del Viceconsejero de Educación de la Junta de Andalucía por la que de una parte se desestima la petición de los recurrentes para que su menor hijo no asista a clase ni sea evaluado en la asignatura Educación para la Ciudadanía y de otra, respecto del contenido del libro de texto, da traslado a la inspección educativa para emitir informe. Este recurso fue posteriormente ampliado a la resolución de 8 de junio de 2008 del Viceconsejero de Educación de la Junta de Andalucía (por delegación de la Consejera), por la que se declara que el libro de texto de la materia Educación para la Ciudadanía, de la editorial McGraw Hill cuyo autor es D. Juan José Abad, seleccionado para el curso tercero de la ESO en el IES "Delgado Hernández" de la localidad de Bollullos Par del Condado, no tiene carácter adoctrinador y que su contenido respeta los principios y valores contenidos en la Constitución.

El fundamento de la pretensión actora es que el contenido del referido libro "Educación para la Ciudadanía" editado por la editorial McGraw Hill, vulnera su derecho fundamental a educar a sus hijos en la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE) y a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), pues es adoctrinador y por tanto contrario a la neutralidad ideológica y los principios constitucionales invocados.

Debe abordarse, con carácter previo a entrar en el fondo del litigio los óbices procesales a la admisión del recurso esgrimidos ex artículo 69 apartados c) y d) de la Ley Jurisdiccional tanto por la Administración Autonómica como por la codemandada McGraw Hill Interamericana de España s.a.u. en sus respectivos escritos de contestación a la demanda y que son, de una parte, la existencia de cosa juzgada respecto de la Administración y de otra, la de ser un acto de trámite no susceptible de impugnación respecto de la editorial codemandada.

En primer lugar conviene precisar que la cuestión alegada por la Junta de Andalucía fue resuelta mediante Auto por esta Sala de fecha 13 julio 2009 al alegar aquella previamente tanto la existencia de cosa juzgada en cuanto a la obligación de asistencia y evaluación de la asignatura que se contiene en la resolución de 8 junio 2009 como por no ser susceptible de impugnación la primera resolución (17 de abril de 2009), que se limita -como acto de mero trámite- a dar traslado a la inspección educativa del contenido del libro que se considera por los demandantes vulnerador de sus derechos. La codemandada McGraw Hill Interamericana de España s.a.u. también planteó en su escrito de contestación a la demanda la inadmisión del recurso basada en el argumento de que el primer acto recurrido es de mero trámite y por ello no cabe ampliarlo al segundo acto impugnado si no lo era el primero.

En cuanto a la primera excepción de cosa juzgada hemos de reiterar los razonamientos expuestos en el Auto antes referenciado, si bien conviene decir, además, lo siguiente:

El magisterio de la casación en su sentencia de 4-2-2010, rec. 4800/2008,(vid STS de 25-3-2003, rec. 1200/2000, y de 10-4-2008, rec. 5579/2003, entre otras), ha declarado que la cosa juzgada material, no es otra cosa que “la vinculación que en un nuevo proceso produce la parte dispositiva de la sentencia dictada en otro anterior. Se basa esta causa de inadmisión en la triple identidad exigida por el artículo 1.252 del Código Civil, hoy derogado por la Ley 1 de 2.000 de Enjuiciamiento Civil, y que exigía que concurriera la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. En concreto el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de abril de 1.992 , y en relación con la identidad de la cosa y la causa tiene declarado que «para la apreciación de la cosa juzgada es necesario la coincidencia sobre los hechos e igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, con correspondencia a las peticiones que se suplicaron», añadiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1.995 , que «cuando se habla de la identidad de sujetos, objeto y causa de pedir, se alude a que la sentencia que se invoca ha de afectar a los mismos contendientes, ha de versar sobre el mismo objeto y, en fin, ha de pronunciarse sobre la misma causa que se alegó para deducir las pretensiones, por lo sólo cuando el proceso futuro es idéntico en razón a estos tres elementos el proceso fallado produce la cosa juzgada”.

Al tenor de la expuesta jurisprudencia –como se decía ut supra- no podemos sino reiterar lo ya dicho precedentemente mediante Auto por esta Sala, es decir, que aquí se trata ciertamente de los mismos contendientes salvedad de la codemandada editorial, mas su objeto es distinto (son actos administrativos distintos los impugnados) y, si bien en el suplico de la demanda el recurrente pretende que se exima al menor de la obligación de asistir a las clases de la asignatura Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en dicho curso y de ser evaluado de la misma, declarado en la parte dispositiva de la sentencia recaída en el recurso nº 787/07 de esta Sala y Sección, y posteriormente revocada por la sentencia de Pleno de 11 de febrero de 2009, rec 905/08, del Tribunal Supremo, hemos de analizar la causa petendi pues en aquel pleito primero trataba de la existencia de un derecho a la objeción de conciencia (que a la postre fue desestimado) cuya estimación llevaba aparejado satisfacer la pretensión de inasistencia sin evaluación, mas en este que nos ocupa y como última petición -consecuencia de las anteriores- es dicha exención en la asistencia y evaluación de la asignatura pero derivada, no ya del ejercicio y reconocimiento de aquel derecho, sino de la exposición del contenido del libro para tal docencia elegido que el recurrente entiende que es adoctrinador y por ello contraviene los derechos fundamentales invocados a educar a sus hijos en la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE) y a la

libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), por lo que a la luz de la doctrina expuesta por nuestro Tribunal Supremo no podemos estimar la excepción pues no concurren las identidades exigibles, sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá para estimar o desestimar dicha concreta pretensión.

En cuanto al segundo argumento esgrimido para inadmitir el presente recurso –que en principio fue común a las citadas partes codemandadas- radica, a juicio de la entidad proponente, en que no es susceptible de impugnación la primera resolución pues se limita -como acto de mero trámite- a dar traslado a la inspección educativa del contenido del libro que se considera vulnerador de sus derechos, si bien la editorial presenta un argumento en parte diferente al alegado en su día por la Administración autonómica, la cual en el trámite de contestación a la demanda abandonó esta causa de inadmisibilidad que por contra si es utilizada por la editorial codemandada en el mismo trámite.

Sostiene dicha codemandada que el primer acto impugnado es de mero trámite, esto es, acuerda el inicio de un concreto procedimiento administrativo y que, una vez concluido, se dicta la segunda resolución impugnada que fue objeto de ampliación. A mayor abundamiento alega que esta Sala -obiter dicta- vino a reconocer esta naturaleza de mero trámite en las argumentaciones que condujeron a la resolución de desestimación de la medida cautelar. De ello colige que no siendo acto susceptible de impugnación el primero no cabe ampliarlo al segundo. Este argumento es rechazable por dos razones. La primera es que lo acordado en la inicial resolución tanto era desestimar la petición de que el hijo de los recurrentes no asistiera a clase ni fuera evaluado en la asignatura Educación para la Ciudadanía como, respecto del contenido del libro de texto, acordar dar traslado a la inspección educativa para emitir informe. El único argumento para desestimar la primera pretensión deducida en vía administrativa estriba para la Administración en que ya ha sido resuelta por la sentencia que cita del Tribunal Supremo y en este punto volvemos a lo de antes, es decir, los padres en su solicitud que dio lugar a la primera resolución (folios 1 a 7 del expediente) no querían que su hijo asistiese a dicha clase "por ser claramente adoctrinador el libro que se utiliza en la misma". La Administración resuelve la primera de la manera antes dicha y la segunda pretensión -por motivos distintos- la somete a un previo examen de la inspección educativa. No cabe hablar pues, de acto de trámite alguno pues el aquí primeramente impugnado decide la pretensión deducida por los administrados parcialmente, dejando para una ulterior revisión por la inspección educativa la concurrencia del pretendido carácter adoctrinador. La segunda razón es que el argumento de la codemandada de que, debiendo ser inadmitida la primera resolución, no se pueda ampliar el recurso a una segunda resolución que resuelve la segunda pretensión que dio lugar a la solicitud de informe de la inspección educativa, sino que habrá que abrir otro procedimiento específico para dilucidarla, lo que pugna abiertamente con el principio pro actione consagrado en numerosas

resoluciones del Tribunal Constitucional que, por abundantes y reiteradas, nos exime de su cita. Menos aún es apreciable el argumento de que se haga mención en el auto de medidas cautelares a dicha naturaleza de mero trámite pues se trata de razonamientos adoptados dentro de un proceso cautelar amén de no decir lo que la parte dice sobre la naturaleza de la primera resolución objeto del recurso.

A mayor abundamiento, en la propia demanda los recurrentes especifican que no se plantea en esta litis el derecho a la objeción de conciencia pues esta cuestión ya la consideran resuelta por el Tribunal Supremo, sino si el manual de texto elegido es respetuoso con los artículos que invoca. En definitiva pide que se analice objetivamente el libro de texto impuesto obligatoriamente a su hijo y se decida si es respetuoso con el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa y el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales o religiosas.

Por todo ello procede rechazar las excepciones articuladas por las referidas codemandadas.

SEGUNDO.- Despejados los obstáculos procesales debemos examinar el fondo del recurso que queda circunscrito en su ámbito objetivo a las pretensiones expuestas en el suplico de la demanda y que son: 1º) Que se declare la nulidad de dichas resoluciones; 2º) Que se declare el carácter adoctrinador y por tanto contrario a la neutralidad ideológica y los principios constitucionales, del libro "Educación para la Ciudadanía" editado por la editorial McGraw Hill, cuyo autor es D. Juan José Abad, adoptado como libro de texto para dicha asignatura en el curso tercero de ESO del centro IES "Delgado Hernández" de la localidad de Bollullos Par del Condado, al que asiste el menor José Joaquín Flores Cano, hijo de los recurrentes y; 3º) Que por consecuencia de lo anterior, se exima al menor de la obligación de asistir a las clases de la asignatura Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos en dicho curso y de ser evaluado en la misma.

Sostienen en su escrito rector los padres recurrentes que determinados contenidos del libro "Educación para la Ciudadanía" objeto de la controversia, contenidos que vamos a tratar de sintetizar y exponer, tienen carácter adoctrinador y que, como preconizaba la doctrina del Tribunal Supremo que rechazó su pretensión de objeción de conciencia frente a los actos aplicativos de las normas estatales que le obligaban a la asistencia y evaluación de la materia, lesiona sus derechos fundamentales a educar a sus hijos en la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE) y a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), y por tanto contrario a la neutralidad ideológica y los principios constitucionales invocados.

Por el contrario, la Junta Andalucía sostiene que dichos derechos no han sido vulnerados por la impartición de la asignatura con el libro cuestionado apoyándose en la delimitación a su juicio correcta que cabe

hacer de dichos derechos constitucionalmente garantizados y en el informe del Servicio Provincial de Inspección Educativa de Huelva que rechaza dicho carácter en las unidades y puntos que censuran los recurrentes, solicitando en su escrito de contestación que se desestime la pretensión de los puntos uno y dos de la demanda y subsidiariamente, para el caso de que sea admitida la pretensión numerada tres, se declare que no cabe la exención de la asistencia a la clase de Educación para la Ciudadanía y, para el caso de que sea estimada la demanda en los puntos uno y dos, se ordene la retirada del manual de McGraw Hill y su sustitución por otro de Educación para la Ciudadanía" en el curso tercero de ESO del centro IES "Delgado Hernández" de la localidad de Bollullos Par del Condado.

La Abogacía del Estado sostiene, apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo que rechaza la objeción de conciencia, que se trata de eludir mediante el presente recurso su cumplimiento y que las creencias ideológicas o moralidad de los padres de un alumno no pueden dar lugar a una situación discriminatoria en la que el hijo de los recurrentes pudiera pasar de curso estudiando una asignatura menos que sus compañeros, y que una resolución que denegase la autorización de inasistencia a clase por la Administración Autonómica no puede vulnerar lo establecido en un reglamento estatal. En cuanto al carácter adoctrinador del libro éste no depende de valoraciones o interpretaciones que hagan los recurrentes sino que supone una conducta objetiva evidente, incluso agresiva en ese sentido que no requiere interpretación alguna, que no es el presente caso.

Por su parte el Ministerio Fiscal postula que se ajusta el manual objeto de controversia a los contenidos curriculares, y no incurre en adoctrinamiento alguno siguiendo en este punto lo establecido para fijar tal concepto por la inspección educativa y, por último, si bien no pretende hacer de ello causa de inadmisión del recurso, entiende que la inasistencia a clase sin evaluación del alumno ya está resuelta por el Tribunal Supremo con el carácter de cosa juzgada y a su doctrina se remite.

Por último, la editorial codemandada parte de la declaración del Tribunal Supremo de ser ajustada la asignatura de educación para la ciudadanía a derecho. Igualmente su contenido curricular sosteniendo por último que el libro no adoctrina y rebate los contenidos que los recurrentes consideran inadecuados o lesivos de los derechos fundamentales invocados.

TERCERO.- Esto dicho, y entrando en el fondo, la Sala debe realizar una breve introducción del asunto, a modo de antecedentes jurídicos y fácticos que han conducido a las pretensiones objeto del presente recurso, pues tal exposición coadyuva a una mejor comprensión y consecuente resolución del litigio que, como de lo hasta ahora expuesto se desprende, comporta notables connotaciones axiológicas y análisis de posiciones filosófico-educativas.

