

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

BARROETA ALDAMAR 10 2ª Planta- C.P. 48001, BILBAO

Tel.: 94-4016655

N.I.G.: 00.01.3-09/000833

Procedimiento: **Medid.cautelares 492/09-2** Sección: **2-erc**

Demandante: PLATAFORMA POR LA LIBERTAD DE ELECCION
LINGÜISTICA

Representante: GUILLERMO SMITH APALATEGUI

Demandado: ADMINISTRACION GENERAL DE LA
COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO
Represent.

ACTUACIÓN RECURRIDA:

DECRETO 12/2009 DE 20 DE ENERO DEL DEPARTAMENTO DE EDUCACION, UNIVERISADES E
INVESTIGACION DEL GOBIERNO VASCO PUBLICADO EN EL B.O.P.V. N° 21 DE 30-01-09
POR EL QUE SE ESTABLECE EL CURRÍCULO DE LA EDUCACION INFANTIL Y SE
IMPLANTAN ESTAS ENSEÑANZAS EN LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO. ***. =

AUTO

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE: DÑA. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS: D. ANGEL RUIZ RUIZ

D. JOSE ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

Siendo Ponente DÑA. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL.

En BILBAO, a veintisiete de mayo de dos mil nueve.

El anterior escrito presentado con fecha 19.5.09 por el
Sr. Letrado del Gobierno Vasco, únase a la pieza de medidas
cautelares de su razón.

HECHOS

PRIMERO.- En los autos referenciados se acordó la
formación de pieza separada de Medidas Precautorias, para
resolver sobre la solicitud formulada al respecto por la
parte actora.

SEGUNDO.- Dada audiencia a las partes se evacuó el
trámite con el resultado que consta en la Pieza.

Recepcionado en el
C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR

5 JUN 2009

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA
FIRMA PROCURADOR

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se ha interpuesto recurso contencioso administrativo por la representación procesal de la Plataforma por la Libertad de Elección Lingüística contra el D. 12/2009 de 20 de enero del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco (BOPV núm. 21 de 30.1.09). Se interesa la suspensión del art. 13 del D. 12/2009.

Artículo 13.- *Bilingüismo y plurilingüismo.*

1.- El Departamento de Educación, Universidades e Investigación, en el contexto del Marco de Referencia Europeo para las lenguas, adoptará las medidas oportunas tendentes a la consolidación de un sistema educativo bilingüe, para conseguir la competencia comunicativa en las lenguas oficiales de la CAPV. A tal fin los centros incorporarán el euskera y el castellano en la Educación Infantil para conseguir una capacitación del alumnado que les inicie en las destrezas de comprensión y expresión, oral y escrita, en las dos lenguas, de tal manera que ambas puedan utilizarse como lenguas de relación y uso en todo tipo de ámbitos personales, sociales o académicos.

2.- Para el logro de los objetivos señalados en el apartado anterior, cada centro concretará y adaptará a sus circunstancias los planteamientos curriculares establecidos en el presente Decreto, teniendo en cuenta su proyecto lingüístico y considerando el tratamiento vehicular de las distintas lenguas como medio idóneo para conjugar en cada caso el objetivo del bilingüismo con el de la transmisión de los contenidos curriculares propios de cada ámbito. El euskera será la principal lengua vehicular en el ámbito escolar.

3.- Para avanzar hacia el objetivo de conseguir, desde el bilingüismo, alumnos y alumnas plurilingües, los centros implantarán medidas de refuerzo del aprendizaje y utilización de lenguas extranjeras a partir del segundo ciclo de la Educación Infantil, garantizando los niveles de competencia previstos para las dos lenguas oficiales.

Se interesa la suspensión del precepto, y subsidiariamente se indica que se deberá tutelar cautelarmente el derecho de los padres a la elección de la lengua de enseñanza, ordenando a la Administración escolar vasca que habilite las medidas necesarias y disponga los medios adecuados para que a los escolares vascos les sean ofertadas efectivamente las tres líneas de enseñanza en castellano, en euskera y bilingüe para que los padres puedan elegir efectivamente la lengua de enseñanza de sus hijos.

En primer lugar y respecto de ésta pretensión subsidiaria, debemos rechazarla puesto que el recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto contra una

disposición general, y conforme a lo establecido en el art. 71.2 de la LJCA :

2. Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

Es decir, en ningún caso la Sala podría efectuar un pronunciamiento en sentencia que fijara en qué forma debe redactarse la disposición general frente a la que se dirige el recurso, aún cuando se dictara una sentencia estimatoria; por ello no podría fijarse, en fase cautelar, una medida dirigida a ordenar a la Administración cómo debe aplicarla.

SEGUNDO.- Sin necesidad de reiterar la doctrina que, en relación con las medidas cautelares dimanantes de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una disposición general, que se expone por la parte recurrente, entramos en el análisis de los argumentos sostenidos por las partes.

En primer lugar, el núcleo central de la argumentación se sostiene en la alegación de que el precepto vulnera el derecho de los padres y tutores de los menores, o, en su caso, del alumno a la elección de las dos lenguas oficiales en que han de recibir la enseñanza sus hijos, con la única restricción de la obligatoriedad de la enseñanza de la lengua oficial que no haya sido elegida. Se invocan los arts. 15 y 16 de la Ley 10/1982 de 24 de noviembre, Básica de Normalización del Uso del Euskera; del art.5 de la Ley 1/1993 de 19 de febrero de la Escuela Pública Vasca, y del art. 9.2 de la CE. Los recurrentes sostienen que pese a la ambigüedad del enunciado del art. 13 del Decreto impugnado, el mismo es contrario a las normas legales citadas, porque lo que la Ley prescribe es que los poderes públicos garanticen el ejercicio efectivo del "derecho de los padres a elegir los modelos que deseen" (art. 5.e) Ley 1/93); y no la adquisición de habilidades lingüísticas bilingües. Y se argumenta que de ésta forma se limita inequívocamente el derecho de los padres a elegir la lengua en la que deban recibir la enseñanza sus hijos. Se invoca el art. 27 de la CE y la STC 337/94 de 23 de diciembre.

En segundo lugar, y respecto del periculum in mora se argumenta que los padres no podrían hacer uso de su derecho de elección de la lengua de enseñanza de sus hijos de forma irreversible. Se argumenta que una inmersión lingüística en el ciclo inicial atentaría al principio de respeto del libre desarrollo de la personalidad que lleva a la exigencia de la lengua materna. Y se añade que de no suspenderse el precepto se estaría habilitando y legitimando a los poderes públicos para conculcar un derecho fundamental, si se dejara la protección al albur de un ulterior recurso contra los actos de aplicación. Se añade que la aplicación del Decreto es inmediata, para el curso 2008-2009.

La Administración no se opone a la suspensión cautelar del inciso final apartado 2 del art. 13 : **. El euskera será la principal lengua vehicular en el ámbito escolar.**

La Administración se opone a la pretensión del recurrente respecto de los demás apartados del precepto que se impugna, y argumenta que:

1.- El Decreto responde fielmente a los principios generales de la Ley 1/1993 (art. 3.1) y a los fines del art. 3.2.g) de la misma.

2.- Tampoco vulnera el art. 15 de la Ley 10/82.

Se alega que el Decreto es un desarrollo plenamente legítimo y legal que permite avanzar en el fin señalado, es decir, el bilingüismo. Asimismo se indica que el art. 13.3 hace referencia al plurilingüismo, bajo el contexto del Marco de Referencia Europeo, en el que se encuadra toda la reforma del currículo educativo referido a las lenguas.

Se añade que si se suspendiera el precepto se perturbaría el interés general, al desposeer al nuevo currículo de una de sus señas de identidad más destacadas-el bilingüismo así como entorpecer el necesario avance a nivel de otros países del entorno respecto del plurilingüismo.

TERCERO.- Como hemos expuesto la Administración no se opone a la suspensión del inciso final apartado 2 del art. 13 : **. El euskera será la principal lengua vehicular en el ámbito escolar.** Estima la Sala, por ello, que procede acceder a la suspensión interesada, en éste aspecto, sin necesidad de mayor argumentación, ante la conformidad de la Administración, y no apreciándose que ésta conformidad conlleve ninguna infracción del ordenamiento jurídico.

En cuanto a los demás apartados del precepto, estima la Sala que no procede acceder a la suspensión que se interesa, considerando que la suspensión del inciso final del apartado 2 del art. 13 del D. 12/2009, a la que ha prestado su conformidad la Administración, preserva suficientemente el interés que se invoca por los recurrentes. En relación con la suspensión de las disposiciones de carácter general, tal y como se expone en ATS 22.2.07 (pte. Sra. Picó) :

Los criterios anteriores conducen a que se venga reiterando por este Tribunal que la suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general ya supone un grave perjuicio del interés público (Sentencia de 12 de julio de 2004 con cita de Autos anteriores; Auto de 27 de noviembre de 2006 con cita de amplia jurisprudencia). Y solo en caso de grave daño individual cabe su suspensión (Auto de 15 de julio 1993, Sentencia de 12 de julio de 2004). También se insiste (auto de 27 de noviembre de 2006, recurso ordinario 53/2006, con cita de los Autos de 22 de febrero de 1996, 22 de marzo de 1993, 19 de julio de 2000 y 8 de octubre de 2004) que

cuando se trata de impugnación de disposiciones generales es prioritario el examen de la medida en que el interés público, implícito en la propia naturaleza de la disposición general, exija la ejecución.

Y la STS 12.7.07 (rec. 854/2006) :

Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares la decisión debe adoptarse ponderando, ante todo, las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de la solicitud de las medidas cautelares, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la Ley y teniendo en cuenta la finalidad de las medidas cautelares.

Sin embargo, el criterio de la apariencia de buen derecho supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares, al permitir valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

Aunque la Ley Jurisdiccional vigente no hace referencia expresa a este criterio, a diferencia de la LEC de 2000 que sí alude al mismo en el art. 728 , ello no obsta para que la jurisprudencia más reciente (sentencias de 16 y 22 de Junio de 2004 , entre otras) haga una aplicación de la doctrina de la apariencia del buen derecho, si bien de forma muy matizada, al utilizarla en determinados supuestos, entre los que se encuentran los citados por las resoluciones recurridas, esto es, cuando se solicita la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición declarada previamente nula, o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro. Ahora bien nunca la adopción de medidas cautelares puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

Por otra parte, sobre la suspensión de disposiciones es doctrina de esta Sala, recogida en los Autos de 29 de Abril y 18 de Julio de 2000 y 7 de Julio de 2004 , entre otros, que en estos casos, salvo , que de una forma clara y evidente puedan producirse perjuicios irreversibles, es prioritario el exámen en que el interés público, implícito en la naturaleza de la norma, exija la ejecución.

En éste caso, el precepto se integra en el Decreto 12/2009, que establece el currículo escolar, y según se argumenta por la Administración acordar la suspensión del precepto en su integridad irrogaría un grave perjuicio al interés general al desposeer al nuevo currículo del sistema educativo vasco de una de sus señas de identidad más destacadas (el bilingüismo), y entorpecer el avance respecto del plurilingüismo.

Al tratarse de un precepto de una disposición general, como resulta de la jurisprudencia que hemos transcrito el interés público se encuentra implícito en la naturaleza misma de la norma, que se dicta en desarrollo de la potestad reglamentaria. No procede, en este momento procesal, entrar en el examen de fondo de los argumentos que se exponen por los recurrentes, en relación con los demás aspectos del precepto cuya suspensión no se ha aceptado por la Administración, si bien es preciso indicar que suspendida la efectividad de éste inciso, no puede detectarse prima facie y de forma manifiesta y evidente que el precepto contravenga los arts. 3.1 y 2.g) y 5.e) de la Ley 1/1993, que establecen:

Artículo 3.-

1.- La escuela pública vasca, cada uno de sus centros, se define como plural, bilingüe, democrática, al servicio de la sociedad vasca, enraizada social y culturalmente en su entorno, participativa, compensadora de las desigualdades e integradora de la diversidad.

2.-
g) Garantizar a todos los alumnos, en igualdad de condiciones, el conocimiento práctico de ambas lenguas oficiales al acabar el periodo de enseñanza obligatoria, potenciando el uso y contribuyendo a la normalización del euskera.

Artículo 5.-

Para el cumplimiento de los fines relacionados en el artículo 3, corresponden a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma del

País Vasco en el ámbito de sus respectivas competencias las siguientes

funciones:

e) La planificación de los modelos lingüísticos, con el fin de hacer efectivo el derecho de los padres y alumnos a elegir los modelos que

deseen, así como el desarrollo de los mecanismos administrativos que garanticen la libertad de esa elección.

CUARTO.- Sin que proceda expresa imposición de las costas procesales causadas.

Por lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

ESTIMAR PARCIALMENTE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL ART. 13 DEL D. 12/2009 DE 20 DE ENERO DE 2009, ACCEDIENDO A LA SUSPENSIÓN DE LA VIGENCIA DEL INCISO:

" El euskera será la principal lengua vehicular en el ámbito escolar."

SE DENIEGA EN LO DEMÁS EL ART. 20 DEL D. 23/2009 DE 3 DE FEBRERO.

SIN QUE PROCEDA EXPRESA IMPOSICION DE LAS COSTAS CAUSADAS.

FIRME ESTA RESOLUCIÓN PROCEDASE A SU PUBLICACIÓN EN EL BOPV.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE SÚPLICA, por escrito presentado en este Tribunal en el plazo de CINCO DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación.

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Iltmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, el/la Secretario, doy fe.