

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Recursos acumulados nsº 486/2006 y 503/2006

SENTENCIA Nº 149/2009

Ilmos. Sres.:

**Presidente
DON JOAQUÍN JOSÉ ORTIZ BLASCO**

**Magistrados
DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA
DON JUAN FERNANDO HORCAJADA MOYA
DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS
DOÑA ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRIGUEZ**

En la Ciudad de Barcelona, a nueve de febrero de dos mil nueve.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en los recursos contencioso-administrativos acumulados nsº 486/2006 y 503/2006, interpuestos por la Dña. CONSUELO S. N. representada por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Belsa Colina, siendo demandada la GENERALITAT DE CATALUNYA, representada y defendida por el Letrado de sus servicios jurídicos D. Carles Miquel García Rojo. Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Juan Fernando Horcajada Moya, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala, tras operarse la sustitución prevista en el art. 206 LOPJ.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por la representación de la parte actora, en escrito presentado ante la Secretaria de esta Sala, se interpuso el presente recurso, inicialmente contra lo que denominó "resolución tácita" (por silencio) de una solicitud formulada en fecha 16 de febrero de 2006, y subsiguientemente contra la resolución expresa dictada en fecha 13 de junio de 2006 por el Hble. Conseller d'Educació i Universitats de la Generalitat de Catalunya.

SEGUNDO - Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto en la Ley de la Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos, en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de la resolución objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO - Continuado el proceso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

CUARTO - En la sustanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el presente recurso se impugna la resolución del Conseller d'Educació, de fecha 13 de junio de 2006, desestimatoria en parte de la petición formulada por la actora el 16 de febrero anterior en relación con su hija menor Lidia, a la sazón alumna del 1er curso del 2º ciclo de educación infantil (P-3) en el centro docente "Sant Josep de Calasanç-Escolàpies" de Sabadell. En dicha solicitud pedía que se le facilitara impreso oficial de solicitud de preinscripción en que se preguntara por la lengua habitual de su hija, que ésta recibiera enseñanza en castellano, que se le impartiera la materia de castellano y que se le dirigieran en castellano todas las comunicaciones, circulares y cualquier otra documentación, tanto orales como escritas, del centro escolar y de la Consejería de Educación.

SEGUNDO.- La resolución impugnada de 13 de junio de 2006, en relación con cada una de esas peticiones, acordó, en esencia, lo siguiente:



1º.- Que el "centro facilita el modelo oficial, que recoge la normativa, modelo que se entrega durante el período de preinscripción y cuando la familia solicita un cambio de centro como ha sido el caso", con mención, en el fundamento jurídico (FJ) primero de la resolución, a las modificaciones introducidas al respecto por la Resolución EDC/449/2006, de 23 de febrero, publicada en el DOGC de 3 de marzo de 2006.

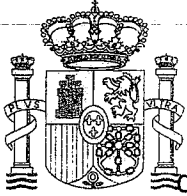
2º.- Estimar la segunda petición, "en cuanto al derecho de la niña Lidia... a recibir la primera enseñanza en su lengua habitual", entendiéndose que ello se cumple mediante la atención individualizada, con remisión (FJ21 de la resolución), a la previsión contenida al respecto en el anexo 1, apartado 2 de la Resolución de 1 de julio de 2005, que da instrucciones para la organización y el funcionamiento de los centros docentes privados de educación infantil y primaria.

3º.- Desestimar la tercera petición, por cuanto según se razona en el FJ 3º, en educación infantil "la materia de lengua castellana no existe como tal área curricular", con invocación al respecto del Real Decreto 1330/91, de 6 de septiembre, y del Decreto 94/92, de 28 de abril.

4º.- Y estimar la cuarta petición, "únicamente, en cuanto a su derecho a recibir las comunicaciones, por parte de la Administración educativa, en lengua castellana, siempre y cuando así lo solicite", con remisión (FJ 4º) a la sentencia de esta Sala y Sección nº 267/2006, dictada en el recurso 1883/2002, a cuyo tenor dicha obligación no se extiende a los centros privados concertados.

TERCERO.- La parte actora invoca en su escrito de demanda anteriores sentencias de esta Sala, de 14 de septiembre de 2004 y 24 de noviembre de 2005, sobre la procedencia de preguntar en el impreso oficial de solicitud de preinscripción por la lengua habitual del alumno, dato que el recurrente considera de vital importancia para el ejercicio del derecho a recibir la primera enseñanza en esa lengua, según prevé el art. 21.2 de la Ley 1/1998, de 7 de enero, de política lingüística (LPL).

Considera que es aberrante y discriminatorio el sistema de "atención individualizada" que emplea la Administración para enseñar en castellano a los alumnos cuyos padres o tutores ejercitan aquel derecho. En tal sentido, invoca la ilegalidad de la Resolución del Departamento de Educación de 1 de julio de 2005, por la que se aprueban instrucciones para la organización de los centros docentes públicos de educación infantil y primaria y de educación especial en Cataluña para el curso 2005-2006, que son "gravemente atentatorias contra los principios básicos del sistema de conjunción lingüística substituyéndolo por un sistema de monolingüismo exclusivo del catalán contrario al derecho de educación y el libre desarrollo de la personalidad de los niños y en donde se fija ese tratamiento discriminatorio de la atención individualizada" y "cuya finalidad no es otra... que la exclusión del castellano como lengua docente y de comunicación, y el establecimiento del inicuo procedimiento



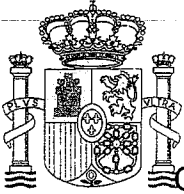
de la atención individualizada, o sea, los artículos 1 y 2 que son sistemáticamente contrarios a derecho", como literalmente indica.

Conviene significar que, a lo largo de su escrito, la actora alude con frecuencia a una Resolución del Departament, de 23 de junio de 2005, por la que se aprueban instrucciones para la organización de los centros docentes privados de educación infantil y primaria y de educación especial en Cataluña para el curso 2005-2006 (es decir, lo mismo que la anterior, aunque para centros privados en lugar de públicos), cuando la fecha real es 1 de julio de 2005 (idéntica a la anterior).

Por otra parte, alega que esa Resolución de 1 de julio de 2005 es nula de pleno derecho porque la Administración carece de atribuciones para imponer a los centros docentes privados esas instrucciones ya que el art. 16 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, que la Administración invoca como fundamento legal para esa Resolución, no la habilita en lo más mínimo, porque un centro de estas características ni pertenece a un Departamento Administrativo ni su dirección ni sus docentes son subordinados del Director General que las emite.

En su opinión, es inconstitucional la previsión de que el catalán sea la lengua vehicular normal de la enseñanza no universitaria (art. 20.2 y 21.1 LPL) en cuanto supone la exclusión del castellano de ese ámbito, y ello no se compadece con lo declarado por STC 337/1994, de 23 de diciembre, sobre el modelo de conjunción lingüística. Este modelo (educación en las dos lenguas oficiales sin que los padres tengan derecho a escoger la lengua de enseñanza) es constitucional según dicha STC si respeta el derecho a recibir la primera enseñanza en la lengua habitual, pero no el sistema de inmersión lingüística. La prohibición de separar al alumnado en centros o grupos distintos por razón de la lengua habitual (art. 21.5 LPL) es trasunto de aquella previsión de que una sola de las lenguas sea la vehicular, de donde también este precepto es inconstitucional. Es por ello que solicita expresamente que este Tribunal plantee la oportuna cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 20.2 y 21.1 y 5 LPL.

Invoca también la ilegalidad de otra Resolución del Departamento, de 11 de marzo de 2005, por la que se aprueban las normas de preinscripción y matriculado del alumnado en centros docentes financiados con fondos públicos, para el curso 2005-2006, "por cuanto no se adoptan las medidas necesarias para garantizar el derecho de los castellanohablantes a recibir la primera enseñanza en su lengua materna, y así como de los modelos de solicitud de admisión a los que hace referencia la citada Resolución y se declare igualmente nulos de pleno derecho los artículos 4 y 5 del Decreto 56/2001, de 20 de febrero, el artículo 3 del Decreto 75/1992, de 9 de marzo, el artículo 6 del Decreto 94/1992, de 28 de abril, y el artículo 5 del Decreto 95/1992, de 28 de abril, en cuanto normativa avaladora de la referida Resolución", según manifiesta.



Combate, también, la declaración de la resolución impugnada acerca de que "ni la normativa básica ni el desarrollo curricular recogen esta materia (el castellano)" porque, según afirma, la obligatoriedad de esta materia está inequívocamente establecida en las leyes educativas, citando al efecto, como supuesto análogo, una resolución cautelar dictada en el recurso 412/2005, seguido ante esta misma Sala y Sección, que ordenó a la Administración la adopción de medidas pertinentes para impartir esa materia.

Por último, en cuanto a la cuarta y última pretensión, señala que es la Administración quien ostenta atribuciones al respecto y quien imparte instrucciones, entre otras, la de recordar a los centros docentes privados que el catalán se emplee normalmente como lengua vehicular y de aprendizaje.

CUARTO.- El suplico de la demanda interesa una sentencia que declare la nulidad de la resolución impugnada, de 13 de junio de 2006, "y la Resolución en que se fundamenta, o sea, Resolución de fecha 1 de julio de 2005, que da instrucciones para la organización de los centros docentes privados de educación infantil y primaria y de educación especial en Cataluña para el curso 2005-2006, así como también la Resolución de 23 de junio de 2005, que da instrucciones para la organización de los centros docentes públicos de educación infantil y primaria y de educación especial en Cataluña para el curso 2005-2006, la RESOLUCION EDC/712/2005, de 11 de marzo, per la qual s'aproven les normes de preinscripció i matrícula de l'alumnat als centres, per al curs 2005-2006, en els ensenyaments sufragats amb fons públics de les llars d'infants i de règim general, i en els d'arts plàstiques i disseny, de grau mitjà de música i de dansa, d'idiomes en escoles oficials, ensenyaments superiors de disseny i ensenyament de conservació i restauració de béns culturals, así como de los modelos de solicitud de admisión a los que hace referencia la citada Resolución y se declare igualmente nulos de pleno derecho los artículos 4 y 5 del Decreto 56/2001, de 20 de febrero, el artículo 3 del Decreto 75/1992, de 9 de marzo, el artículo 6 del Decreto 94/1992, de 28 de abril, y el artículo 5 del Decreto 95/1992, de 28 de abril, en cuanto normativa avaladora de la referida Resolución".

Igualmente pide "por economía procesal, y dado que el presente pleito se sustancia ya en el curso 2006-2007, y normas similares a las anteriores han sido dictadas por la Administración catalana que afectan actualmente al derecho para el que se solicita amparo y con el fin de proporcionar una tutela judicial efectiva, es también imprescindible que se declaren nulas de pleno derecho la Resolución de 30 de junio de 2006, por la cual se aprueban las instrucciones para la organización y el funcionamiento de los centros docentes privados de educación infantil y primaria y de educación especial en Cataluña para el curso 2006-2007 y la Resolución de 30 de junio de 2006, por la cual se aprueban las instrucciones para la organización y el funcionamiento de los centros educativos públicos de educación infantil y primaria y de educación especial en Cataluña para el



También solicita, como medida para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, que:

"a) Ordene a la Administración escolar a adoptar las medidas necesarias para que en el modelo oficial de Preinscripción se pregunte por la lengua habitual a los padres o tutores de los niños preinscritos en los cursos escolares en centros sostenidos con fondos públicos por su lengua habitual, antes del inicio de la matriculación, a fin de poder hacer efectivo su derecho a recibir en aquélla la primera enseñanza.

b) Declarando el carácter discriminatorio del procedimiento denominado de atención individualizada, obligue a la administración a proporcionar la primera enseñanza a la hija del actor en su lengua habitual, el castellano, junto al resto de los escolares de la misma lengua en su clase y centro, por el mismo procedimiento que se efectúa ese derecho en el caso de los catalanohablantes".

QUINTO.- La representación letrada de la Generalitat plantea la inadmisibilidad parcial del recurso por desviación procesal, en la medida que, en el escrito de interposición, no se impugnaba la Resolución de 11 de marzo de 2005, ni las de 1 de julio de 2005 (dos), de 30 de junio de 2006 (dos), ni tampoco la impugnación indirecta de las disposiciones reglamentarias que enumera la parte actora en el suplico de su demanda, y ello sin perjuicio de que las meritadas Resoluciones no son disposiciones generales y de que, en todo caso, no se explica el motivo de impugnación de los Decretos enumerados.

De acuerdo con la normativa vigente y la interpretación jurisprudencial considera - como elementos básicos y ejes vertebradores de los derechos lingüísticos en la enseñanza no universitaria en Cataluña - que "el dret a l'educació, en el seu aspecte lingüístic, no garanteix cap dret de lliure opció a rebre l'ensenyament exclusivament en una sola de les llengües oficials; el model de conjunció lingüística o de bilingüisme integral s'até al bloc de constitucionalitat; es reconeix l'existència del dret -de configuració legal- a escollir la llengua docent només en la primera etapa de l'ensenyament".

En relación a este derecho, recuerda que STC 337/1994 ha declarado, a propósito del art. 14.2 de la Ley 7/1983 -de contenido idéntico al actual art. 21.2 LPL-: "(...) es claro que el enjuiciamiento del precepto impugnado ha de llevarse a cabo no sólo en si mismo sino interpretado sistemáticamente, en el contexto general de la Ley 7/1983, de 18 de abril. Pues si el tenor literal del art. 14.2 sólo reconoce el derecho a recibir la enseñanza en la lengua habitual en la etapa de la "primera enseñanza" y establece que la Administración educativa deberá adoptar las medidas convenientes para que "los alumnos no sean separados en Centros distintos por razón de lengua" (art 14.5 de la Ley) y ello obedece al



modelo de bilingüismo integral o de conjunción lingüística que ha inspirado la ley catalana". Así como, "(...) este modelo de conjunción lingüística que inspira la Ley 7/1983, del Parlamento de Catalunya es constitucionalmente legítimo en cuanto responde a un propósito de integración y cohesión social en la Comunidad autónoma, cualquiera que sea la lengua habitual de cada ciudadano, al igual que es legítimo que el catalán, en atención al objetivo de la normalización lingüística en Catalunya, sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo, siempre que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma".

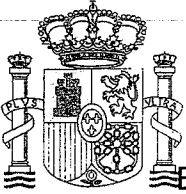
En relación a la pretensión de que el modelo oficial de solicitud de preinscripción recoja la propuesta sobre la lengua habitual del alumno, señala literalmente:

"Com coneix aquesta Sala, per la posterior Resolució EDC/449/2006, de 23 de febrer, per la qual s'aproven les normes de preinscripció i matrícula de l'alumnat als centres per al curs 2006-2007 (DOGC núm 4585, de 3.3.2006) es va afegir a l'actual article 16.6, un nou paràgraf segon per tal de possibilitar una major garantia, si cap, en ordre a l'exercici del dret de l'art 21.2 de la LPL; y així es llegeix:

"D'acord amb l'article 21.2 de la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística, els infants tenen dret a rebre l'educació infantil i el primer cicle de l'educació primària en llur llengua habitual. A aquest efectes, els pares, mares o tutors/es dels i les alumnes, que desitgin que els seus fills o filles rebin els primers ensenyaments en llengua castellana, ho hauran de sol·licitar a la direcció del centre en el qual resultin admesos un cop finalitzada la matrícula. Les peticions que es rebin per part dels centres s'han de comunicar de manera immediata als serveis territorials corresponents".

Aquest nou redactat va comportar la correlativa modificació de la sol·licitud de preinscripció d'engunay (per al curs 2006-2007). Així, al primer apartat, de les dades de l'alumne, s'ha afegit, al costat de la casella "llengües que entén" l'alumne, una nota (2) al peu per indicar que en l'apartat "instruccions per formalitzar la sol·licitud" s'ha afegit una explicació anàloga a la que s'ha recollit a l'article 16.6 de la Resolució EDC/449/2006.

"D'acord amb l'article 21.2 de la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística, els infants tenen dret a rebre l'educació infantil i el primer cicle de l'educació primària en llur llengua habitual. A aquests efectes, els pares, mares, tutors/res del i de les alumnes, que desitgin que els seus fills o filles rebin els primers ensenyaments en llengua castellana, ho hauran de sol·licitar a la direcció del centre en el qual resultin admesos un cop formalitzada la matrícula".



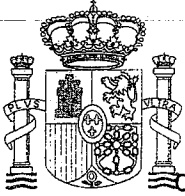
En función de estos datos, el escrito de contestación a la demanda razona del siguiente modo: "Una última observació en relació a aquest apartat: quina és que la mateixa informació que la que es podria aconseguir amb la formulació de la pregunta per la llengua habitual de l'alumne és la que s'obté quan, en el full d'inscripció, l'Administració educativa pregunta sobre la possible falta de comprensió del català, del castellà o de totes dues llengües. Es tracta, en definitiva, de l'obtenció d'unes dades a l'efecte de poder planificar els centres docents la organització i la seva tasca docent, tot tenint en compte la realitat sociolingüística dels alumnes, alhora que respectant, en tot moment, l'exercici del dret de l'art 21.1.2 de la LPL. Informació que és encara de major utilitat que la que s'obté de la formulació d'una pregunta per la llengua habitual dels alumnes, més si es té en compte que una hipotètica resposta en el sentit d'indicar, v.gr., que aquella és la llengua castellana, no tindria per se més conseqüències ni obligaria, possiblement, a cap actuació administrativa, tota vegada que el dret de l'art. 21.2 de la LPL no s'exerceix amb aquella manifestació, sinó que és necessària una declaració o sol·licitud expressa en el sentit d'instar l'aplicació concreta del dret, i ja es faci aquesta en el moment de la preinscripció o ja es faci un cop començat el curs escolar, i, d'altra banda, és també molt probable que malgrat ser la llengua habitual de l'alumne el castellà vulguin els seus pares o tutors que aquest rebi el seu ensenyament en català".

También reitera que la hija de la actora cursa educación infantil, etapa en que la lengua castellana no existe como área curricular, citando al efecto el Decreto 94/1992, de 28 de abril, y el Real Decreto 1330/1991, de 6 de septiembre, así como lo acordado en pieza cautelar de este recurso, auto de 8 de enero de 2007, en que no se concedía la medida cautelar solicitada al efecto, razonando que el régimen legal aplicable de la educación infantil, "constituido, sucesivamente, por los arts. 11 a 13 LOCE, L.O. 10/2002, de 23 de diciembre; arts. 13 y 14.4 LOE, L.O. 2/2006, de 3 de mayo; y desarrollo reglamentario, inicialmente R.D. 1330/91, de 6 de septiembre, después R.D. 829/2003, de 27 de junio, y R.D. 806/2006, de 30 de junio; y el Decret 94/92, de 28 de abril, en el ámbito catalán; no prevén la enseñanza por asignaturas, sino que se estructura por "áreas" y mediante "actividades globalizadas".

En el escrito de conclusiones reitera la parte actora su petición de que se plantee cuestión de inconstitucionalidad del art. 20.1 y 2 (en la demanda sólo se refería al apartado 2) y 21.1 LPL (cuando en la demanda también cuestionaba el apartado 5).

SIXTO.- Conviene recordar las cuatro peticiones que se contienen en la solicitud formulada en su día y cuya denegación parcial ha dado origen a estos autos.

Sobre la pretensión relativa a la pregunta en el modelo oficial de solicitud por la lengua habitual, baste recordar lo ya reiterado por este Tribunal en sentencias de esta Sala 469/2000, de 4 de septiembre, 884/2005, de 23



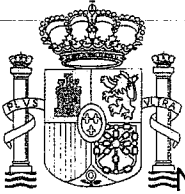
de noviembre, y 418/2008, de 14 de mayo (esta última, precisamente anulando el art. 5.2 de la Resolución de 11 de marzo de 2005), en cuanto "no recoge la obligación de la Administración educativa de adoptar las medidas necesarias para que en el modelo oficial se pregunte por su lengua habitual a los padres o tutores de los niños preinscritos en los cursos escolares en centros sostenidos con fondos públicos, antes del inicio de la matriculación, a fin de poder hacer efectivo su derecho a recibir en aquélla la primera enseñanza, a saber, en la educación infantil y primer ciclo de la enseñanza primaria".

Sin embargo, esta estimación no comporta la adopción de la medida que propone el actor para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada (fundamento jurídico tercero "in fine"), puesto que dicha parte ejercitó el derecho correspondiente con su petición, sin que proceda ahora analizar la corrección o no de las reformas introducidas por la Resolución de 23 de febrero de 2006, para el curso 2006-2007, a que alude la contestación a la demanda y que se ha transcrito en el precedente fundamento jurídico, por no ser aplicable en esta litis.

SÉPTIMO.- Sobre la inadmisibilidad por desviación procesal que plantea la representación letrada de la Administración (fundamento jurídico segundo de la contestación a la demanda), atendidos sus propios términos, debe tenerse en cuenta lo declarado por STS de 9 de abril de 2003, según la cual "(...) no es necesario que en el recurso indirecto se cite en el escrito de interposición la norma en cuya ilegalidad ha de fundarse, sino sólo el acto de aplicación que se recurre. La ilegalidad de la disposición es sólo un motivo de impugnación que, como tal, no tiene por qué expresarse en el escrito de interposición. Ni es procedente ampliar el recurso contencioso administrativo, dirigido contra el acto, a la disposición general cuya ilegalidad se alega, ya que en la impugnación indirecta el objeto procesal es el acto y no la disposición".

Sin embargo, cuestión diferente será la de si todas las disposiciones impugnadas directamente tienen esa naturaleza o, más bien, algunas son actos administrativos dirigidos a una pluralidad de sujetos. Pues bien, respecto de la Resolución de 11 de marzo de 2005, cuya anulación se pretende porque el modelo oficial de preinscripción aprobado no recoge la pregunta por la lengua habitual del alumno, baste señalar que es innecesario pronunciamiento alguno por lo ya manifestado "supra": esta Resolución, en lo que aquí interesa, ha sido anulada ya por la sentencia de este Tribunal de 14 de mayo de 2008.

OCTAVO.- Procede ahora examinar la petición de la solicitud, que versaba sobre la enseñanza en castellano. Como antes se recogía la actora considera que el sistema de "atención individualizada" al niño que ha de ser enseñado en castellano, en una clase en que la lengua vehicular es el catalán, es aberrante y discriminatorio. Incluso llega a afirmar que es humillante.

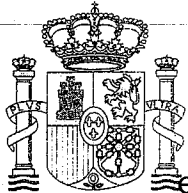


No comparte la Sala esta apreciación un tanto desafortunada. La atención individualizada es corolario del sistema de conjunción lingüística, como también lo es que se evite la separación en grupos por razón de lengua.

En este punto, conviene traer a colación lo declarado en STC 337/1994:

"(...) el contenido del deber constitucional de conocimiento del castellano -ue este Tribunal ha precisado en la STC 82/10986- no puede generar un pretendido derecho a recibir las enseñanzas única y exclusivamente en castellano. Pues tal derecho no se deriva del art. 3 C.E. ni del art. 3.3 del E.A.C. al que se remite el art. 3.2 C.E.. No cabe olvidar, en efecto, que de la cooficialidad de la lengua propia de una Comunidad Autónoma se derivan consecuencias en lo que respecta a su enseñanza, como hemos reiterado en anteriores decisiones (SSTC 87/1983, fundamento jurídico 5.; 88/1983, fundamento jurídico 4 y 123/1988, fundamento jurídico 6), al igual que hemos dicho, en lo que importa al presente caso, que no puede ponerse en duda la legitimidad constitucional de una enseñanza en la que el vehículo de comunicación sea la lengua propia de la Comunidad Autónoma y lengua cooficial en su territorio, junto al castellano (STC 137/1986, fundamento jurídico 1) dado que esta consecuencia se deriva del art. 3 C.E. y de lo dispuesto en el respectivo Estatuto de Autonomía. doctrina que, aunque sentada para un modelo de bilingüismo en la enseñanza basado en la elección de la lengua cooficial en la que aquella ha de recibirse -como es el caso del País Vasco-, es igualmente aplicable a un modelo basado en la conjunción de ambas lenguas cooficiales, como es el que inspira la Ley 7/1983, del Parlamento de Cataluña.

De otra parte, también desde la perspectiva del art. 27 C.E. ha de llegarse a la conclusión de que ni del contenido del derecho constitucional a la educación reconocido en dicho precepto ni tampoco, en particular, de sus apartados 2,5 y 7 se desprende el derecho a recibir la enseñanza en sólo una de las dos lenguas cooficiales en la Comunidad autónoma, a elección de los interesados. El derecho de todos a la educación, no cabe olvidarlo, se ejerce en el marco de un sistema educativo en el que los poderes públicos -esto es, el Estado a través de la legislación básica y las comunidades Autónomas en el marco de sus competencias en esta materia- determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas materias objeto de aprendizaje, organizando asimismo su desarrollo en los distintos Centros docentes; por lo que la educación constituye, en términos generales, una actividad reglada. De este modo, el derecho a la educación que la Constitución garantiza no conlleva que la actividad prestacional de los poderes públicos en esta materia pueda estar condicionada por la libre opción de los interesados de la lengua docente. Y por ello los poderes públicos -el Estado y la Comunidad autónoma. están facultados para determinar el empleo de las dos lenguas que son cooficiales en una Comunidad Autónoma como lenguas de comunicación



en la enseñanza, de conformidad con el reparto competencial en materia de educación".

"(...) si el tenor literal del art. 14.2 -de idéntico contenido al actual artículo 21.2 de la Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística- sólo reconoce el derecho a recibir la enseñanza en la lengua habitual en la etapa de la "primera enseñanza" y establece que la Administración educativa deberá adoptar las medidas convenientes para que "los alumnos no sean separados en Centros distintos por razón de la lengua" (art. 14.5 de la Ley), ello obedece al modelo de bilingüismo integral o de conjunción lingüística que ha inspirado la Ley catalana(...)".

"(...) el modelo de conjunción lingüística que inspira la Ley 7/1983, del Parlamento de Cataluña, es constitucionalmente legítimo en cuanto responde a un propósito de integración y cohesión social en la comunidad Autónoma, cualquiera que sea la lengua habitual de cada ciudadano. al igual que es legítimo que el catalán, en atención al objetivo de la normalización lingüística en Cataluña, sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo, siempre que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la comunidad Autónoma. si al término de los estudios básicos los estudiantes han de conocer suficientemente y poder usar correctamente las dos lenguas cooficiales en Cataluña (art. 14.4 de la Ley), es evidente que ello garantiza el cumplimiento de la previsión del art. 3.1 C.E. sobre el deber de conocimiento del castellano, al exigirse en dichos estudios no sólo su aprendizaje como materia curricular sino su empleo como lengua docente (STC 6/1982). De otro, al ser el catalán material curricular y lengua de comunicación en la enseñanza, ello asegura que su cooficialidad se traduzca en una realidad social efectiva; lo que permitirá corregir situaciones de desequilibrio heredadas históricamente y exclusión que dicha lengua ocupe una posición marginal o secundaria".

En consecuencia, el derecho a la educación, en su aspecto lingüístico, no garantiza ningún derecho de libre opción a recibir la enseñanza exclusivamente en una sola de las lenguas oficiales, como parece ser la aspiración del recurrente. En la primera enseñanza (infantil y primer ciclo de primaria), el repetido art. 21.2 LPL sí garantiza el derecho de elección.

Otro aserto es que el modelo de conjunción lingüística o bilingüismo integral es conforme con el bloque de constitucionalidad, y de él se deriva la no diferenciación de grupo por razón de lengua.

Por último, la enseñanza del catalán y del castellano debe tener garantizada una presencia adecuada en los planes de estudio, de forma que todos los niños cualquiera que sea su lengua habitual al iniciar la enseñanza, han de poder utilizar normal y correctamente las dos lenguas



oficiales al final de la educación obligatoria.

Por lo demás, no se acaba de entender que pueda ser calificada de humillante una praxis escolar que tiende, durante la primera etapa de la enseñanza, a atender en castellano al alumno cuyos padres desean que se le enseñe en esta lengua, al tiempo que se le va introduciendo en catalán para que, al término del primer ciclo de primaria, el alumno (con ocho años) pueda integrarse sin dificultad en el grupo que emplea esta lengua de aprendizaje.

La Resolución de 11 de julio de 2005 por la que se dictan instrucciones para la organización y el funcionamiento de los centros docentes privados de educación infantil y primaria en Cataluña para el curso 2005-2006, a que alude la resolución impugnada de 13 de junio de 2006, establece en su Anexo I, apartado 2; como objetivo:

"Assegurar que els infants d'educació infantil i del cicle inicial d'educació primària, els pares, mares o tutors dels quals sol·licitin que els seus fills o filles rebin l'ensenyament en llengua castellana, seran escolaritzats en aquesta llengua mitjançant atenció individualitzada. Els mestres del cicle s'han d'organitzar per donar aquesta atenció de manera que es faci compatible la pertinença al grup classe amb l'especificitat dels seus aprenentatges. La direcció del centre comunicarà als serveis territorials les necessitats derivades d'aquesta organització que no puguin ésser ateses amb els recursos propis del centre. Els serveis territorials prendran les mesures que considerin oportunes per atendre-les"

En el mismo sentido, la otra Resolución de la misma fecha (1 de julio de 2005)

La parte actora, en justificación de esas fuertes descalificaciones del sistema de "atención y soporte individualizado" se limita a invocar una discriminación por razón de lengua (citando al efecto el art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura). En definitiva, considera inevitable, so pena de discriminación, la formación de grupos o clase diferentes en función de la lengua, pretensión que debe rechazarse por todo lo ya razonado.

Como se decía "supra", la actora cuestiona en qué medida unas instrucciones como las aprobadas en esta Resolución de 1 de julio de 2005, dictadas por el Secretario General del Departamento al amparo del art. 16 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Generalitat, constituyen habilitación suficiente tratándose de un centro docente privado. Y también parece cuestionar si esas instrucciones tienen rango suficiente para



incidir en el desarrollo del derecho a ser escolarizado durante el primer ciclo de enseñanza en la lengua habitual.

Ahora bien, no puede perderse de vista el asunto que se está examinando. Se trata de elementales indicaciones a unos maestros que, sin duda, conocen y dominan el castellano (dato indiscutido y notorio) para que atiendan en esta lengua durante el primer ciclo de enseñanza primaria, siguiendo el currículo previsto en las normas generales para todos los alumnos, confiándose en su profesionalidad y buen sentido, con la previsión de un refuerzo de profesores en caso necesario. No se precisa mayor desarrollo para llevar a cabo este cometido, ni su previsión en normas reglamentarias, entre otros motivos por el escaso número de alumnos que se encuentran en esta situación. Y esas indicaciones, por lo que respecta a la previsión de que el catalán se emplee normalmente como lengua vehicular y de aprendizaje, nada añade a lo ya establecido en LPL.

En consecuencia, procede rechazar la pretensión aquí examinada y la invocada nulidad por vía de impugnación indirecta de la Resoluciones de 1 de julio de 2005, sin necesidad de examinar si son o no una disposición general. En idéntico sentido la impugnación de las Resoluciones de 30 de junio de 2006, sin necesidad de abundar en otros motivos posibles de desestimación.

NOVENO.- De otra parte, respecto de la impugnación indirecta de las disposiciones reglamentarias que se enumeran en el suplico de la demanda, carente de la más mínima fundamentación, procede igualmente su rechazo. Los artículos que cita la actora de los Decretos 75,94 y 95/1992 se refieren al catalán que como lengua propia de Cataluña también lo es de la enseñanza y que se utilizará normalmente como lengua vehicular y de aprendizaje de la educación infantil y de la educación primaria; y a que en cualquier caso, se respetarán los derechos lingüísticos individuales del alumno, de acuerdo con la legislación vigente".

Estas prescripciones son plenamente constitucionales, de acuerdo con lo declarado en STC 337/1994, sin perjuicio de señalar que el Decreto 56/2001 estaba ya derogado cuando se formuló la petición inicial en vía administrativa.

Del mismo modo, en atención a todo cuanto se lleva razonado, tampoco procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que insta la parte actora. Los artículos que indica de LPL son constitucionales a tenor de lo declarado ya por la STC antes citada.

DÉCIMO.- Por lo que se refiere a la pretensión de que todas las



comunicaciones, circulares y cualquier otra documentación, tanto oral como escrita, que les sean dirigidas por el centro docente "Sant Josep de Calasanç-Escolàpies" de Sabadell lo sean en castellano, no puede ser acogida porque se trata de centro privado y no público, recayendo la competencia en esta materia en su titular. En efecto, este Tribunal ya ha tenido ocasión de decir en la sentencia 267/2006, de 22 de marzo de 2006, al resolver una pretensión similar que "(...) el centro (...) es un colegio privado... que tenía suscrito un concierto... con la Administración demandada, a tenor del art. 47 y siguientes de la LODE (L.O.8/85), o del art. 75 y siguientes de la LOCE (L.O. 10/2002), que sustituyeron a los anteriores, de forma que desarrollaba aquél, en los términos del art. 75.1 de la LOCE, una actividad privada de prestación del servicio de interés público en sentido propio, siendo que, con arreglo a los arts. 31.2, 33 y concordantes de la Llei del Parlament 1/98, de 7 de enero, de Política Lingüística, el centro no podía ser compelido en el sentido interesado por el actor, posibilidad que se remite legalmente a la actividad prestacional de servicio público propio. Así pues, el centro podía acogerse al "carácter propio" que refiere el art. 73 de la LOCE, no pudiendo reconocerse, en este caso el derecho que postula el actor"; doctrina reiterada en sentencia del pasado 19 de diciembre de 2008.

Por lo demás, incurre la actora en error cuando cita en defensa de su pretensión lo resuelto por este Tribunal en un supuesto similar (fundamento jurídico tercero, penúltimo párrafo), porque en ese caso se refería a un alumno de educación primaria, no infantil como aquí ocurre.

UNDÉCIMO- No se aprecian méritos especiales para hacer una declaración sobre las costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Quinta, ha decidido :

1º.- Rechazar la inadmisibilidad parcial del presente recurso planteada por la Administración demandada

2º.- Estimarlo parcialmente en cuanto al fondo y, en consecuencia, anular por no ser conforme a Derecho la resolución de el Conseller d'Educació,



de 13 de junio de 2005, en la medida que rechaza la petición contenida en la solicitud presentada por la recurrente el 16 de febrero de 2006, relativa a que "le sea facilitado el correspondiente impreso oficial de solicitud de preinscripción que incluya la pregunta por la lengua habitual de su hijo (debe decir hija)".

3º.- Desestimar todas las restantes pretensiones del actor.

4º.- No hacer declaración sobre las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley.

Así por esta sentencia, de la que unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. D. José Manuel de Soler Bigas, Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta), en la Sentencia dictada en los **Recursos acumulados nsº 486/2006 y 503/2006**.

Con el debido respecto al sentir mayoritario que se contiene en la Sentencia dictada en el Recurso de referencia, manifiesto mi disconformidad parcial con la misma, en base a los siguientes razonamientos.

PRIMERO - Se aceptan los FFJJ 1º a 5º de la sentencia, que ponen de manifiesto el objeto del proceso y las solicitudes y alegaciones formuladas por las partes, contenidas en sus sucesivos escritos.

Se acepta también el FJ 6º, donde se razona la estimación parcial del recurso, y el FJ 7º, que razona el rechazo de la inadmisibilidad de aquél.

SEGUNDO - Mi respetuosa discrepancia con la Sentencia de la mayoría,



atañe al contenido del FJ 8º de aquélla, esto es, a los razonamientos en base a los que se desestima en el fallo la petición formulada en el apdo. b) del suplico de la demanda, en el sentido de que, "para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada...(se declare) el carácter discriminatorio del procedimiento denominado de atención individualizada, (y se) obligue a la administración a proporcionar la primera enseñanza al hijo del actor en su lengua habitual, el castellano, junto al resto de los escolares de la misma lengua en su clase y centro, por el mismo procedimiento que se efectúa ese derecho en el caso de los catalanohablantes".

Entiendo que la solicitud debe desestimarse pero por fundamentos distintos, que son los que siguen a continuación y que ya se expusieron en el voto particular formulado en la Sentencia de esta Sala y Sección nº 1289/2008, de 30 de diciembre de 2008, resolutoria de un recurso, el nº 412/2005, con un objeto asimilable, salvo que aquí el centro de enseñanza concernido es privado y allí era público.

TERCERO - El cuadro normativo y jurisprudencial a considerar, en relación con la transcrita pretensión formulada por la parte actora en este proceso, es en esencia el siguiente.

a) El derecho de los niños a recibir la primera enseñanza en su lengua habitual, ya sea ésta el catalán o el castellano, reconocido en el art. 21.2 de la Llei del Parlament (LP) 1/98, de 7 enero, se extiende, como cuestión indisputada, al segundo ciclo de educación infantil (P-3, P-4 y P-5), y al primer ciclo -esto es, a los dos primeros cursos- de la educación primaria (sentencias de esta Sala y Sección, de 14 de septiembre de 2004, rec. 469/2000; 24 de noviembre de 2005, rec. 1807/2002 ; y 14 de mayo de 2008, rec. 328/2005).

b) El antedicho derecho debe relacionarse con otras previsiones contenidas en el mismo precepto legal, a saber: Que el catalán debe utilizarse normalmente como lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza no universitaria (apdo. 1) ; Que la enseñanza del catalán y del castellano debe tener garantizada una presencia adecuada en los planes de estudio, de forma que todos los niños, cualquiera que sea su lengua habitual al iniciar la enseñanza, han de poder utilizar normal y correctamente las dos lenguas oficiales al final de la educación obligatoria (apdo. 3); Y que el alumnado no debe ser separado en centros ni en grupos clase distintos por razón de su lengua habitual (apdo. 5).

c) La STC 337/94, de 23 de diciembre, declaró que "no son contrarios a la constitución", el art. 14.2 y 4 y el art. 20 de la LP 7/83, de 18 de abril, teniendo el primer precepto (art. 14.2), la misma redacción que el art. 21.2 LP 1/98, de 7 de enero, y estableciendo el último (art. 20) que "*los centros de enseñanza deben hacer de la lengua catalana vehículo de expresión normal, tanto en las actividades internas, incluyendo las de carácter administrativo, como en las de proyección externa*".



La STC 337/94 declaró asimismo, en su FJ 10ª, que *“(el) modelo de conjunción lingüística que inspira la Ley 7/83, del Parlamento de Cataluña es constitucionalmente legítimo en cuanto responde a un propósito de integración y cohesión social en la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea la lengua habitual de cada ciudadano. Al igual que es legítimo que el catalán, en atención al objetivo de la normalización lingüística en Cataluña, sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo, siempre que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma”*.

d) Si bien el derecho a recibir la primera instrucción en la lengua habitual o materna, es de configuración legal y “no es conté a la Constitución”, como se alega en la contestación a la demanda, también es cierto que su regulación debe tener en consideración principios constitucionales, como el de cooficialidad lingüística (arts. 3 CE), y los derechos al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), y a la educación, que tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana (art. 27.2 CE).

Y a su vez, tales derechos deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales (art. 10.2 CE), determinando específicamente el art. 39.4 CE, que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

e) Los derechos reconocidos en los arts. 10.1, 14 y 27 CE, tienen su correlato, con interdicción específica de discriminación en razón del idioma: en los arts. 2.1, 7 y 26.2 y 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Asamblea General de la ONU, de 10 de diciembre de 1948; en el art. 14 y en el art. 2 del Protocolo nº 1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas; en los arts. 1, 3 y 5 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobado en la Conferencia General de la ONU para la Educación, la Ciencia y la Cultura, de 15 de diciembre de 1960; en los arts. 2, 24, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; en los arts. 2, 4, 5, 8 y 28 a 30 de la Convención de la ONU de 20 de noviembre de 1989, sobre Derechos del Niño; en el art. 8 de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, de 5 de noviembre de 1992; y en los arts. 21.1 y 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

f) En fin, sin rango normativo, pero como referencia trascendente por proceder de quien procede, en el Documento “La educación en un mundo plurilingüe” (2003), de la UNESCO, se contienen entre otras las siguientes afirmaciones:



- *"Derechos lingüísticos. La lengua no es sólo un instrumento de comunicación, sino además un atributo fundamental de la identidad cultural y la realización del potencial individual y colectivo. Así pues, el respecto a las lenguas de las personas pertenecientes a comunidades lingüísticas diferentes es esencial para una convivencia pacífica".*

- *"Principio I. La UNESCO apoya la enseñanza en la lengua materna como medio de mejorar la calidad de la educación basándose en los conocimientos y la experiencia de los educandos y los docentes. La enseñanza en la lengua materna es esencial para la instrucción inicial y la alfabetización y recomendamos que se extienda el empleo de la lengua materna en la enseñanza hasta el grado más avanzado posible".*

- *"Principio II. La UNESCO apoya la educación bilingüe y/o plurilingüe en todos los niveles de la enseñanza como medio de promover a un tiempo la igualdad social y la paridad entre los sexos y como elemento clave en sociedades caracterizadas por la diversidad lingüística".*

- *"Principio III. La UNESCO apoya los idiomas como componente esencial de la educación intercultural a fin de fomentar el entendimiento entre distintos grupos de población y garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Se deben adoptar medidas para eliminar la discriminación en la educación en todos los niveles por motivos de género, raza, idioma, religión, origen nacional, edad o discapacidad, o cualquier otra forma de discriminación".*

CUARTO - El reconocimiento del derecho a recibir la primera enseñanza en la lengua habitual, contemplado en el art. 21.2 LP 1/98, de 7 de enero, debe ponerse en relación, según se ha señalado en el FJ anterior, con los restantes principios contenidos en el mismo precepto, y entre ellos, el de interdicción de la separación de los alumnos "en centros ni en grupos clase diferentes por razón de su lengua habitual" (apdo. 5).

Esta última previsión se contenía en el art. 14.5 a) de la LP 7/83, de 18 de abril, pero referida tan sólo a "centros" y no "grupos clase", y en la segunda versión se ha incorporado - no así el derecho reconocido en el art. 21.2 LP 1/98, de 7 de enero - al art. 35.3 de la L.O. 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatut d'Autonomia.

Con arreglo al art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobado en la Conferencia General de la ONU para la Educación, la Ciencia y la Cultura, de 15 de diciembre de 1960, "en el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente...b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o



tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado particularmente para la enseñanza del mismo grado”.

En este caso, la LP 1/98, de 7 de enero, y el nuevo Estatut, han optado por no admitir la posibilidad de la indicada separación, tampoco en “grupos clase” en lo que se refiere a la lengua habitual, con fundamento en los principios de integración y cohesión social.

La doble opción del legislador, a tenor de los apartados 2 y 5 del art. 21 LP 1/98, de 7 de enero, puede plantear problemas de no fácil resolución, cuando se trata de llevar a la práctica el derecho a recibir la primera enseñanza en la lengua habitual, habida cuenta que en la población catalana, como hecho notorio que corroboran los datos estadísticos obrantes en autos, la lengua habitual se reparte aproximadamente en un 50 %, con variaciones dependiendo de las zonas, entre las dos lenguas oficiales (sin que ello quiera decir que la opción de los padres o tutores, en relación con la previsión legal de referencia, deba corresponderse necesariamente con la lengua habitual del menor).

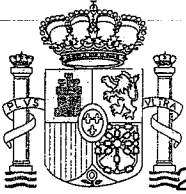
La Administración demandada entiende satisfacer este derecho, en lo que se refiere a los alumnos cuyos padres o tutores optan por la lengua castellana, mediante la atención individualizada, en los términos - transcritos en el FJ 8º de la Sentencia - previstos en el Anexo I.2 de la Resolució de 1 de julio de 2005, del Secretari General del Departament d'Educació, por la que se dan instrucciones a los centros docentes privados, en relación con la educación infantil y primaria (y también la especial), para el curso 2005-2006 (y resoluciones equivalentes, para los cursos anterior y posteriores).

La parte actora alega en su demanda :

a) Que la Resolució de 1 de julio de 2005, dictada por el Secretari General del Departament d'Educació, es nula de pleno derecho, debido a que dicho órgano es incompetente y no está legalmente habilitado para dictar instrucciones a los centros docentes privados, como aquél en que cursa sus estudios la hija de la actora ; y

b) Que no obstante, el Tribunal “debe necesariamente entrar en el fondo del asunto”. Que la atención individualizada es “la confesión palmaria de la desigualdad en el trato y por tanto de discriminación de los niños castellanohablantes por razón de lengua”, constituyendo un tratamiento “discriminatorio y humillante”, así como “aberrante”, quedado los niños sujetos a dicha atención “marginados y atendidos “individualmente”...en un tiempo mínimo, que queda a voluntad del docente”.

QUINTO - Respecto de la nulidad formal de la Resolució de 1 de julio de



2005, resulta que el Secretari General del Departament d'Educació la dicta, a tenor del preàmbulo, "en virtud de les atribucions conferides per l'article 16 de la Llei 13/1989, de 14 de desembre, d'organització, procediment i règim jurídic de l'Administració de la Generalitat de Catalunya".

Con arreglo al invocado precepto legal, "Los Secretarios Generales y Directores Generales podrán dictar circulares e instrucciones para dirigir la actividad de sus subordinados con relación a la organización interna de los Departamentos. Dichas circulares e instrucciones podrán publicarse en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya», pero en ningún caso constituirán una manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria".

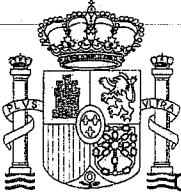
La Resolució de 1 de julio de 2005, en cuanto pretende regular, por sí misma, un derecho de configuración legal, cual es el de recibir la primera enseñanza en la lengua habitual contemplado en el art. 21.1 LP 1/98, de 7 de enero, constituye materialmente una norma de naturaleza reglamentaria, que el art. 16 LP 3/89, de 14 de diciembre, veda expresamente al órgano autor de aquélla.

Por demás, no cabe considerar a los titulares y directivos de los centros docentes privados, concertados o no, "subordinados" del Secretari General del Departament, ni integrados en la "organización interna" de este último, sino sujetos en todo caso, en el desarrollo de su proyecto educativo, al "marco general" establecido por la Administración educativa (art. 5.2 L.O. 9/95, de 20 de noviembre; art. 68.2 LOCE, L.O. 10/2002, de 23 de diciembre; art. 121.3 LOE, L.O. 2/2006, de 3 de mayo), mediante normas de rango legal o reglamentario, y no en virtud de instrucciones, que tienen obligadamente el alcance limitado que les atribuye el art. 21 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, y la doctrina jurisprudencial (por todas, STS, Sala 3ª, de 30 de julio de 1996, rec. 593/93, FJ 2º y 3º; 14 de mayo de 2001, rec. 8320/95, FJ 3º; y 21 de junio de 2006, rec. 3837/00, FJ 3º y 4º).

Y en el ámbito catalán, la potestad reglamentaria corresponde al Govern de la Generalitat, o en todo caso al Conseller, en los términos de los art. 12 d) y 61 de la LP 13/89, de 14 de diciembre.

Al Secretari General le compete por su parte, conforme al art. 13 LP 13/89, de 14 de diciembre, "tramitar las disposiciones generales y en su caso, elaborarlas y realizar su estudio e informe" (apdo. h)), pero no aprobarlas, y también, realizar funciones de inspección (apdo. b)), que consisten en velar por el cumplimiento de las normas, pero no en su creación.

Así pues, la Resolució de 1 de julio de 2005, en tanto que dictada por órgano manifiestamente incompetente con arreglo al propio precepto que invoca en su preàmbulo - el art. 16 LP 13/89, de 14 de diciembre -, debe tenerse por nula de pleno derecho conforme al art. 62 b) de la Ley 30/92,



de 26 de noviembre.

21/26

SEXTO - El art. 21.2 LP 1/98, de 7 de enero, por el que se reconoce el derecho a recibir la primera enseñanza en la lengua habitual del menor, contiene un mandato específico, dirigido por el legislador a la Administración demandada, a saber: que esta última debe “garantizar” este derecho, y “poner los medios necesarios para hacerlo efectivo”, pudiendo los padres o tutores instar su aplicación.

Entiendo que, por la relevancia del derecho contemplado en el art. 21.2 LP 1/98, de 7 de enero, el desarrollo de la previsión del legislador, mediante la atención individualizada, requería de la elaboración y aprobación, por la Administración demandada, de las correspondientes normas reglamentarias, dictadas por órgano competente, y debidamente publicadas (en el DOGC), según lo previsto en el art. 37.4 del primer Estatut, L.O. 4/79, de 18 de diciembre, y en el art. 68.5 de su reforma, L.O. 6/2006, de 19 de julio, conforme al principio de publicidad de las normas que establece el art. 9.3 CE.

Sirva de ejemplo de cumplimiento de lo antedicho, la Resolució EDU/3072/2008, de 17 de octubre, del Hble. Conseller d'Educació (DOGC de 23 de octubre de 2008), reguladora del “espais de benvinguda educativa”, que tienen como destinatarios “als infants i joves nouvinguts d'entre 8 i 16 anys” (art. 4).

La Resolució de 1 de julio de 2005, como la anterior correspondiente al curso 2004-2005 (“Full de disposicions i actes administratius del Departament d'Educació, num. 1013, any XXII, juliol 2004), o las posteriores de la misma naturaleza y contenido, no cumple los referidos requisitos.

En tal sentido, la antes citada Sentencia de esta Sala y Sección nº 1289/2008, de 30 de diciembre de 2008, rec. 412/2005, no dejó de poner de manifiesto en su FJ 10ª (mención que no se reitera en la presente), que “podría cuestionarse en qué medida unas instrucciones como las aprobadas en esta Resolución de 23 de junio (1 de julio) de 2005, dictadas por el Secretario General del Departamento al amparo del art. 16 de la Ley 13/89, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Generalitat, tienen rango suficiente para incidir en el desarrollo del derecho a ser escolarizado durante el primer ciclo de enseñanza en la lengua habitual”.

Y en lo que se refiere a su contenido material, el principio de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE exige igualmente una regulación mínimamente detallada de la atención individualizada, como garantía para los menores destinatarios de la misma y para sus padres o tutores, así como para el debido control jurisdiccional de la actividad prestacional educativa, no bastando al respecto, con depositar la confianza (FJ 8º de la Sentencia) en la “profesionalidad y buen sentido” del profesorado.



En relación con lo antedicho, la Administración demandada alega, a tenor de informe obrante en autos (fol. 157) a instancias de la parte actora (respuesta a :“k) Documentos de los que dispone la Administración escolar sobre las características del procedimiento de la atención individualizada”), que el Departament d'Educació “ha orientat els inspectors i inspectores” en el sentido que allí se relaciona.

Siendo evidente que los actos verbales invocados, de ínfimo rango en cuanto tales (art. 55.2 Ley 30/92, de 26 de noviembre), resultan inapropiados como referencia reguladora de un derecho de la trascendencia del contemplado en el art. 21 LP 1/98, de 7 de enero, cabe extraer no obstante del informe, los criterios mínimos que, a juicio de la propia Administración demandada, deberían configurar normativamente la atención individualizada, a saber: comunicación directa del profesor con el alumno en lengua castellana; utilización de material didáctico curricular y complementario en lengua castellana; determinación de un estándar de dedicación, así como de los supuestos en que proceden las medidas de refuerzo y la utilización de los allí denominados “altres espais específics”; e igualdad en relación con los contenidos trabajados, el conjunto de las actividades docentes - pudiendo realizar las individuales en castellano - y los criterios de evaluación.

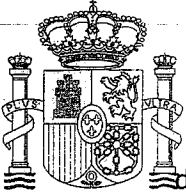
SÉPTIMO - Se debe enjuiciar así en este proceso, una práctica educativa, la atención individualizada, como medio de implementación del derecho previsto en el art. 21.2 LP 1/98, de 7 de enero, indicada por la Administración demandada, carente de la regulación normativa necesaria - en un ámbito, como el educativo, caracterizado por lo prolijo de dicha regulación -, que la parte actora solicita que se declare discriminatoria.

Este Tribunal, mediante sentencia de la Sección 2ª de 24 de febrero de 1994, rec. 2260/93 (FJ 9º), estimó no probada la insuficiencia o ineficacia del sistema (FJ 9º). La STS, Sala 3ª, de 17 de abril de 1996, rec. 2941/94, al confirmar la anterior, tuvo por no probada la “crueldad” invocada del sistema (FJ 16º).

La Sentencia de esta Sección 5ª de 23 de marzo de 1999, rec. 1550/99, que devino firme al ser inadmitido el recurso de casación formulado contra la misma, se pronunció igualmente en sentido desestimatorio (FJ 6º: “No acepta el Tribunal, al no estar debidamente acreditado, que la educación recibida haya sido causa de desórdenes psicológicos o que haya conducido a un aislamiento de los menores en el entorno escolar”).

No obstante, el criterio de que la carga de la prueba incumbe a la parte actora (art. 217.2 LEC en relación con la DF 1ª LJCA), debe ponderarse en este caso, con el de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC).

Y ello, señaladamente a la luz de la doctrina del TEDH, derivada de sus sentencias de 5 de junio 2008, demanda 32526/2005, FJ 70, y 17 de julio



de 2008, demanda 157/2003, FJ 64, donde al enjuiciar supuestos relacionados con el art. 14 ("Prohibición de discriminación") y el art. 2 del Protocolo 1 ("Derecho a la instrucción") del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se determina que :

"En cuanto a la carga de prueba en este ámbito, el Tribunal ha dispuesto que una vez que el demandante ha demostrado una diferencia en el trato, corresponde al Gobierno demostrar que estaba justificada" (FJ 64 de la segunda, con cita de otras).

El autor de este voto particular ha sostenido el criterio minoritario de que, en este proceso y en otros de objeto similar, resultaba pertinente la práctica de pruebas a acordar de oficio, como diligencias finales o para mejor proveer, con fundamento en las previsiones del art. 61.1 y 2 LJCA, comenzando por el interrogatorio del actor (art. 301 y siguientes LEC) y de otros recurrentes en recursos asimilables.

Se hubiera tratado de conocer: la realidad de la atención individualizada recibida por los menores concernidos, y si el contenido de la misma se corresponde con los criterios relacionados en el FJ anterior in fine; los resultados pedagógicos y académicos de la atención individualizada, reflejados en los alumnos que la han recibido; y en fin, la idoneidad psico-pedagógica del método, si el mismo ha resultado contrastado en otros sistemas educativos, y si se trata del único método pedagógico posible para implementar adecuadamente el derecho reconocido por el legislador.

OCTAVO - Conforme a la referida sentencia del TEDH de 5 de junio de 2008, demanda 32526/2005, FJ 84, con cita de otras :

"El Tribunal recuerda que una distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido".

En este caso, el trato diferenciado, mediante la atención individualizada, que existe en la aplicación del art. 21.2 LP 1/98, de 7 de enero, respecto de los alumnos cuyos padres o tutores optan por la primera enseñanza para ellos en castellano, lo justifica la Administración demandada en la integración de ese derecho de opción, con las restantes previsiones del precepto, señaladamente la contenida en su apdo. 5, que prohíbe la separación de los alumnos en centros y en grupos clase en razón de la lengua habitual, y en la doctrina constitucional, que a tenor de la antes citada STC 337/94, ha admitido, con fundamento en los principios de integración y cohesión social, que la lengua catalana pueda ser (FJ 10º) *"el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo, siempre que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma"*.



Partiendo de tales premisas legales y jurisprudenciales, la atención individualizada, sería discriminatoria si se constata su insuficiencia para que los alumnos a quienes se aplica alcancen los objetivos pedagógicos del resto del alumnado; o bien, produce en dichos alumnos perjuicios psicológicos y trastornos en sus relaciones con los demás alumnos.

Con los datos en presencia y a falta de las actuaciones a que se ha hecho referencia en el FJ anterior in fine, no cabe efectuar la declaración que postula la parte actora.

NOVENO - Se solicita también en el suplico de la demanda; como impugnación indirecta (y a ello se contrae el FJ 9º de la Sentencia), la declaración de nulidad del art. 3 del Decret 75/92, de 9 de marzo, del art. 6 del Decret 94/92, de 28 de abril, y del art. 5 del Decret 95/92, de 28 de abril, debe entenderse que por las menciones que comparten, a saber: que el catalán, como lengua propia de Cataluña también lo es de la enseñanza y se utilizará normalmente como lengua vehicular y de aprendizaje de la educación infantil y de la educación primaria ; y que "en cualquier caso, se respetarán los derechos lingüísticos individuales del alumno, de acuerdo con la legislación vigente".

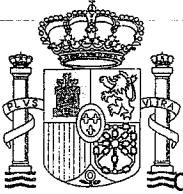
Pero ambas menciones relacionadas no son inconstitucionales ni ilegales, conforme al marco normativo y a la doctrina jurisprudencial que se han puesto de manifiesto, y en concreto, interpretadas con arreglo a la STC 337/94.

No procede realizar declaraciones en este proceso, en relación con otras disposiciones que se mencionan en el suplico de la demanda, por cuanto la resolución aquí directamente impugnada, de 13 de junio de 2006, no constituye acto de aplicación de las mismas ni cabe aquí por ende su impugnación indirecta, con arreglo al art. 26 LJCA.

Y en cuanto al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con los preceptos de la LP 1/98, de 7 de enero, que, con alguna contradicción, se indican por la parte actora en la demanda y en el escrito de conclusiones, no se aprecia que concurra en este caso el requisito sine qua non previsto en el art. 35.1 LOTC, esto es, que el sentido del fallo dependa de la validez de aquéllos preceptos legales.

Por último, en lo que se refiere al régimen lingüístico de las comunicaciones entre el centro privado concernido y la actora, estoy de acuerdo con el criterio de la mayoría, expresado en el FJ 10º de la sentencia, con fundamento en la Sentencia de esta Sala y Sección nº 267/2006, de 22 de marzo de 2006, rec. 1883/2002, que se asienta a su vez, en un principio de intervención mínima, en esa materia, en las relaciones entre personas privadas.

DECIMO - No es de apreciar especial temeridad ni mala fe a los efectos



de imposición de costas, conforme a lo previsto en el art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

Mi voto particular respetuosamente discrepante, lo es pues en el sentido de que debía de dictarse sentencia en este proceso, con el siguiente fallo:

1º.- RECHAZAR la inadmisibilidad parcial del presente recurso planteada por la Administración demandada.

2º.- ESTIMARLO PARCIALMENTE en cuanto al fondo y, en consecuencia, anular por no ser conforme a Derecho la resolución del Conseller d'Educació, de 13 de junio de 2006, en la medida en que rechaza la petición contenida en la solicitud presentada por la recurrente el 16 de febrero de 2006, relativa a que "le sea facilitado el correspondiente impreso oficial de solicitud de preinscripción que incluya la pregunta por la lengua habitual de su hijo (debe decir hija)".

3º.- ANULAR la Resolució de 1 de julio de 2005, del Secretari General del Departament d'Educació, que contiene instrucciones dirigidas a los centros docentes privados, en relación con la educación infantil y primaria (y también la especial), para el curso 2005-2006, publicadas en el Full de Disposicions i Actes Administratius del Departament d'Educació núm. 1060, de agosto de 2005.

4º.- DESESTIMAR las restantes pretensiones de la actora.

5º.- NO HACER especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

En Barcelona, a nueve de febrero de dos mil nueve.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia y voto particular, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.