

**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.: 00.01.3-07/002638

Procedimiento: **Medid.cautelares 1957/07-2** Sección: **2-erc**

Demandante: LUIS FERNANDO ABAD TESTA Y OTROS

Representante: JAVIER ORTEGA AZPITARTE

Demandado: ADMINISTRACION GENERAL DE LA

COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO .

Represent. LETRADO DEL GOBIERNO VASCO

ACTUACIÓN RECURRIDA:

DECRETO 175/2007 DE 16 DE OCTUBRE PUBLICADO EN EL B.O.P.V. Nº 218 DE 13-11-07
POR EL QUE SE ESTABLECE EL CURRÍCULO DE LA EDUCACION BASICA Y SE IMPLANTA
EN LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO. ***

AUTO

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE: DÑA. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS: D. ANGEL RUIZ RUIZ

D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

Siendo Ponente D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA.

En BILBAO, a catorce de febrero de dos mil ocho.

Los anteriores escritos presentados con fechas 10.1.08 y 14.1.08 por el Ministerio Fiscal y por el Sr. Letrado del Gobierno Vasco respectivamente, únense 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 y al Ministerio Fiscal se evacuó el trámite con el resultado que consta en la Pieza.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Que por D. Luis Fernando Abad Testa y otros se recurre, por vía del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, el Decreto 175/2007, de 16 de octubre, que establece el currículo de la Educación Básica y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en relación con la asignatura de "Educación para la

Ciudadanía y los Derechos Humanos" en Primaria y Secundaria y la asignatura "Educación Ética Cívica" en 4º curso.

Se solicita por los recurrentes la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de las disposiciones recurridas, alegando al respecto que la aplicación de las disposiciones impugnadas suponen la implantación obligatoria de una asignatura cuya finalidad es la formación de todos los alumnos de Primaria, Secundaria y Bachillerato en una conciencia ética y moral inspirada, entre otros, en la ideología de género, que puede o no ser compartida por los padres y que, en cualquier caso, vulnera el derecho fundamental de los padres a elegir la formación religiosa y moral de los hijos, o a que no reciban dicha formación, y a la libertad religiosa, y que para su evaluación implica necesariamente una declaración ideológica, cuando menos, de los propios alumnos. Se añade que, si no se adopta la medida cautelar, estará impartiéndose a los alumnos durante la sustanciación del recurso, con lo que se atentaría de forma evidente, inmediata e irreversible contra derechos fundamentales.

La representación del Gobierno Vasco se opone a la medida cautelar de suspensión instada por los recurrentes aduciendo al respecto que, en este ámbito, el Decreto 175/2007, de 16 de octubre, se dicta en aplicación y desarrollo de la normativa básica, L.O. 2/2006 y Reales Decretos 1513/2006 y 1631/2006, junto con el Real Decreto 806/2006, que fija el calendario para la implantación de las etapas, que se iniciará el curso 2007/2008.

Se trata de un articulado básico, con lo que la suspensión afectaría a normas estatales básicas con rango de Ley.

Por su parte, el Ministerio Fiscal se opone a que la Sala acceda a adoptar la medida cautelar instada por la parte actora.

SEGUNDO.- La tutela cautelar responde a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional e integra el derecho a la tutela judicial efectiva, y, aun partiendo de la regla general de ejecutividad del acto administrativo o de las disposiciones reglamentarias, autoriza su suspensión o la adopción de otra medida paliativa si concurre un auténtico peligro para los intereses del recurrente en la demora del proceso –periculum in mora- que, ponderado junto a los intereses públicos y de terceros que exijan su ejecución, resultara prevalente y digno de tutela.

El régimen jurídico de la tutela cautelar introducido por las Ley 29/98, de 13 de julio, tiene como condición necesaria, aunque no suficiente la pérdida e la finalidad legítima del recurso en el caso de no adoptarse la medida cautelar que se interese, medida que ya no tiene por qué ser necesariamente la de suspensión del acto, sino cualquiera, positiva o negativa, que sea necesaria para preservar el efecto útil de la sentencia, ya que como reza literalmente el art. 130.1 LJCA "*la medida cautelar podrá acordarse*

únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

Es por ello que todo análisis de una pretensión de tutela cautelar ha de comenzar necesariamente por verificar la concurrencia de dicha condición necesaria aunque no suficiente, puesto que de no concurrir procede su denegación y deviene ocioso todo otro análisis, pese a que, con una deficiente técnica legislativa, el art.130.1 LJCA parece dar a entender que resulta previa la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, conclusión errónea, ya que es manifiesto que dicha ponderación de intereses es ociosa si no concurre la condición necesaria de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, y por tanto dicho juicio de ponderación de intereses, por exigencias de la lógica y razones de economía, debe seguir necesariamente a la verificación de la condición necesaria.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso ha sido equiparada por la doctrina jurisprudencial (STS de 18 de noviembre de 2002 y las que en ella se citan) a la creación de situaciones irreversibles con merma del principio de identidad entre lo dispuesto en el fallo y la ejecución posible del mismo, o bien a la causación de perjuicios irreparables o difíciles de reparar.

Justificada la pérdida de la finalidad legítima del recurso han de ponderarse los intereses en conflicto, pudiendo ser denegada la medida cuando con ella se cause grave perturbación de los intereses generales o de tercero que el Tribunal debe ponderar circunstanciadamente.

Resta por decir que el *fumus boni iuris*, pese a que el Proyecto de reforma de la ley de la Jurisdicción de 1995 manifestó expresamente su oposición al juego de dicho principio, y pese a que el Proyecto de 1998 lo incluía expresamente en su art. 124 y sin embargo desapareció durante la tramitación parlamentaria y en el proyecto definitivamente aprobado, constituye, una técnica a la que, si bien el legislador de 1998 no le ha reservado un papel determinante, seguramente, porque como dice la STS de 7 de julio de 2004 con cita de numerosas sentencias precedentes no es el incidente de suspensión el lugar idóneo para decidir la cuestión de fondo, no queda excluida del proceso de decisión cautelar, y ello porque: a) no está expresamente excluido en el texto legal - ni en su Exposición de motivos-; b) cabe reconocerlo como principio general del derecho, en cuanto ha sido reconocido expresamente por la Jurisprudencia, por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y ha sido positivizado en el art.56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) es de preceptiva aplicación cuando se trata de aplicar el Derecho comunitario -sentencia Factortame, del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990 (TJCE 1990/12)-; d) el propio art. 136 lo recoge en los supuestos de los arts. 29 y 30 de la Ley; y e) lo reconoce y aplica la doctrina jurisprudencial más reciente (STS 7 de julio de 2004).

Ahora bien el juego del criterio del *fumus*, queda limitado a supuestos de ilegalidad palmaria y evidente como en los supuestos de disposiciones o actos previamente anulados por sentencia firme, o de actos contrarios a una doctrina jurisprudencial consolidada, en los que se aprecia sin necesidad de complejas argumentaciones jurídicas.

Como expresa el auto TS Sala 3ª de 12 julio 2004 (Pte: González Rivas, Juan José) "*Es doctrina de esta Sala que la apariencia de buen derecho, al margen de que sólo puede ser un factor importante, como han indicado los Autos de esta Sala de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998 y la sentencia de 10 de julio de 1998, para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños o perjuicios acreditados, por quien solicita la suspensión, exige, según reiterada jurisprudencia, su prudente aplicación y significa que sólo quepa considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, por cuanto que cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución, al no ser el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito*".

En suma la nulidad del acto ha de manifestarse de forma terminante, clara y ostensible, sin que sea consecuencia de complejos y discutibles razonamientos puesto que ello equivale siempre a prejuzgar.

TERCERO.- Que en el presente caso la Sala considera que no cabe acceder a la medida cautelar instada, por las razones que a continuación se expresarán.

En primer lugar, porque la suspensión solicitada afectaría, de hecho, a normativa básica estatal, que afectaría, al menos en parte, a la L.O. 2/2006, cuyo control no corresponde a la jurisdicción ordinaria sino al Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, porque, desde el punto de vista de los perjuicios que puedan sufrir los recurrentes, hemos de indicar, por un lado, que realmente no se generan por la implantación de la asignatura en sí misma considerada sino por los contenidos concretos o textos que se utilicen para su impartición, y que, en su caso, podrán ser controlables en los actos de aplicación correspondientes (p.e.: la aprobación de los libros de texto por las Autoridades educativas); por otra parte, porque no es previsible que en los pocos meses que puede durar la tramitación del recurso se generen situaciones irreversibles que pudieran lesionar el efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria.

En tercer lugar, al pretenderse la exclusión global de una signatura, ello supondría que la misma no pudiera impartirse para alumnos que podrían estar interesados en recibirla,

con los trastornos para terceros que ello ocasionaría y con los problemas organizativos que se causarían a la Administración educativa.

En este sentido, esta petición difiere de la que fue solicitada ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de Asturias, que dictó auto de fecha 3 de diciembre de 2.007, en el que entendió aplicable la medida cautelar de suspensión, pues en ese caso se trataba de una solicitud de objeción de conciencia de unos alumnos que no querían cursar la signatura, con lo que no se afectaba más que a los mismos pero no a terceros ni al interés público, como ocurre en este caso.

Por cuanto se ha expuesto, la Sala no accedera a la adopción de la medida cautelar solicitada por los recurrentes.

CUARTO.- Que no se aprecian motivos que justifiquen efectuar expresa imposición de las costas de este incidente (art. 139 Ley 29/98).

LA SALA ACUERDA:

No acceder a la adopción de la medida cautelar solicitada. No se hace especial pronunciamiento en costas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE SÚPLICA, por escrito presentado en esta Sala en el plazo de CINCO DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación, no obstante lo cual se llevará a efecto la resolución impugnada (artículo 79.1 LJCA).

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.

RECURSO: Medid.cautelares 1957/07-2

SECCIÓN: 2-erc

DOCUMENTO QUE SE NOTIFICA: Auto de 14.2.08

DILIGENCIA DE COMUNICACIÓN FUERA DE SEDE TRIBUNAL **CON EFECTO ART. 151.1 LEC 1/2000**

En BILBAO, a _____

La extiendo yo, el/la Auxiliar de la Administración de Justicia, para hacer constar que me constituyo en la sede del SR. LETRADO DEL GOBIERNO VASCO y en la del MINISTERIO FISCAL, con objeto de llevar a efecto el acto de comunicación acordado en las actuaciones de referencia.

Teniéndole presente, le hago entrega del documento que se indica en el encabezamiento de esta diligencia, en el que consta el recurso que cabe contra el mismo, el plazo y el órgano ante el que debe interponerse.

Realizado el acto de comunicación expresado, firma conmigo el receptor.

Firma del receptor

Firma del funcionario

RECURSO: Medid.cautelares 1957/07-2

SECCIÓN: 2-erc

DOCUMENTO QUE SE NOTIFICA: Auto de 18.2.08

DILIGENCIA DE COMUNICACIÓN EN SEDE TRIBUNAL

En BILBAO, a _____

La extiendo yo, el/la Funcionario de la Administración de Justicia, para hacer constar que teniendo a mi presencia en la sede del Tribunal a JAVIER ORTEGA AZPITARTE, quien se identifica, le hago entrega del documento que se indica en el encabezamiento de esta diligencia, en el que consta el recurso que cabe contra el mismo, el plazo y el órgano ante el que debe interponerse. Realizado el acto de comunicación expresado, firma conmigo el receptor.

Firma del receptor

Firma del funcionario