

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
VALLADOLID

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES 2466 /2008 0001

Sobre EDUCACION Y UNIVERSIDADES

De D/ña. _____

Representante: BEATRIZ MORENO GARCIA-ARGUDO

Contra - MINISTERIO DE EDUCACION, CONSEJERIA D EDUCACION

Representante: ABOGADO ESTADO, LETRADO COMUNIDAD

Ilmos. Sres. Magistrados

Don AGUSTÍN PICÓN PALACIO

Doña MARÍA ANTONIA DE LALLANA DUPLÁ

Don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ

Don FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO

En Valladolid, a siete de noviembre de dos mil ocho.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados al margen, ha pronunciado el siguiente

A U T O NÚM. 906/08

En la pieza separada de medidas cautelares del recurso núm. 2466/08, seguido por los trámites especiales y preferentes del Título V, Capítulo I de la LJCA (Procedimiento para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona) interpuesto por Don _____ y D^a _____ Gil representados por la Procuradora Sra. D^a Beatriz Moreno García-Argudo y defendidos por el Letrado Sr. Ramos Vega, contra la Resolución de 27.07.2008 del Consejero de Educación por la que deniega la solicitud de objeción de conciencia respecto de su hijo/a para cursar las asignaturas de Educación para la Ciudadanía, siendo parte demandada la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada y defendida por el letrado de sus Servicios Jurídicos, así como parte codemandada la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Magistrado don Francisco Javier Zatarain y Valdemoro, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el escrito de interposición del procedimiento especial arriba indicado, la parte actora ha interesado la suspensión de la ejecutividad de la Resolución impugnada (**Resolución de 27.07.2008 del Consejero de Educación por la que deniega la solicitud de objeción de conciencia respecto de su hijo/a para cursar las asignaturas de Educación para la Ciudadanía**).

SEGUNDO.- Formada pieza separada de medidas cautelares mediante Diligencia de Ordenación, se dio traslado a la parte demandada y codemandada, quienes se opusieron a la misma.

El ministerio fiscal no ha evacuado escrito alguno.

TERCERO.- En la tramitación de este incidente se han observado, sustancialmente, los requisitos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Posiciones de las partes.

La parte actora interesa la suspensión de la ejecutividad de la Resolución del Consejero de Educación por la que deniega la solicitud de objeción de conciencia para cursar las asignaturas de Educación para la Ciudadanía.

Sus argumentos son: 1) que de no suspenderse el acto administrativo impugnado, el alumno/a puede ser evaluado negativamente por tanto suspendido académicamente, 2) que la ejecución del acto supondría que el alumno/recibiría una enseñanza o adoctrinamiento en unos valores no compartidos por sus progenitores, así como la intromisión del Estado en una educación religiosa y moral perteneciente a un ámbito estrictamente reservado a los padres, 3) que esa enseñanza sería irreversible, 4) que la adopción de la medida cautelar solicitada no causaría daño a terceros ni menos al interés público (sugiere que esas horas podrían dedicarse en otras materias curriculares o al estudio en instalaciones del propio centro) y 5) finalmente, que recordando los pronunciamientos que sobre la materia se han producido en otros órganos jurisdiccionales del Estado, circunstancia que unida al hecho de tratarse de un supuesto de una posible nulidad radical debe entenderse que la apariencia de buen derecho concurre.

La representación de la Junta de Castilla y León, se opone a la adopción de la medida cautelar solicitada argumentando: 1) la naturaleza obligatoria de la asignatura en virtud de la Ley Orgánica de Educación 2/2006, de 3 de mayo y los objetivos educativos marcados por esta, por lo que entiende que la adopción de esta medida cautelar perturbaría los intereses generales imposibilitando la actividad docente necesaria para el cumplimiento de los objetivos de aquella ley orgánica, considera un perjuicio del interés general que se permitiera la existencia de mecanismos que puedan evitar la dación de clases o de áreas educativas o contenidos concretos, la necesidad de implementar una actividad autorizada, con el incremento de docentes necesario, causaría un perjuicio organizativo y económico general, pone de manifiesto también el perjuicio del menor -falta de evaluación, afectación curricular, necesidad de recuperación de la calificación-, 2) que es improcedente la suspensión solicitada por referirse a un acto administrativo de contenido negativo, 3) que no hay "periculum in mora", no acreditado por la actora, 4) que no puede oponerse la objeción de conciencia al cumplimiento de los deberes legalmente establecidos, por lo que se trata de un derecho de exigencia discutible (en verdad opone la inexistencia de una clara apariencia de buen derecho), recordando los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales habidos y que sustenta su postura denegatoria del reconocimiento del citado derecho y 5) advierte que no se

trata en la citada asignatura de imponer los principios democráticos como ética personal sino de su "su perfección, análisis y estudio", no exigiendo una adhesión positiva al ordenamiento.

Finalmente, la Abogacía del Estado se opone a la suspensión solicitada alegando que: 1) el conflicto de intereses existente entre el interés público en el cumplimiento de la legalidad y el interés de la parte actora en que su hijo locus en la asignatura debe salvarse a favor del primero, 2) que se vulneraría el interés académico del menor (pérdida de calificaciones y una posible afectación de la superación recurso), 3) rechaza la existencia de una apariencia de buen derecho, 4) que no se puede suspender un acto administrativo de contenido negativo y 5) que no se ha acreditado por la actora la existencia de un daño real y efectivo.

SEGUNDO.- Marco legal y jurisprudencial.

El actual marco legal diseñado por la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136). El marco general supone: 1) es aplicable a todos los procedimientos (ordinario, abreviado, de protección de los derechos fundamentales). Las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales. 2) Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora* (v. artículo 130.1 LJCA). 3) Exige como contrapeso una valoración o ponderación del interés general o de tercero (v. artículo 130.2 LJCA). 4) La medida cautelar se debe adoptar sin prejuzgar el fondo del litigio. 5) Mantiene su relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). 6) La LRJCA exige la motivación de la resolución que se adopte en relación con la medida cautelar (v. artículo 130.1.1º de la LJCA). 7) Se regula un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo (v. artículo 129.1 LJCA). 8) Salvo excepciones, la solicitud cautelar podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" extendiéndose hasta que recaiga sentencia firme contemplándose, no obstante, la posibilidad de su modificación por cambio de circunstancias y 9) Se permite la adopción de garantías -cualesquiera- para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (v. por todas la STS Sala 3ª, sec. 5ª, S 6-2-2007, rec. 6632/2004. Pte: Fernández Valverde, Rafael).

En lo que ahora interesa y de conformidad con la precitada sentencia hemos de analizar si concurre el "*periculum in mora*" (criterio fundamental), seguidamente ponderar la afectación del interés general o de un tercero y finalmente optar por la medida solicitada, estricto sensu o introducir alguna variación para una mejor salvaguardia de los intereses enfrentados (recuérdese el sistema cautelar de *numerus apertus*). No obstante, resulta necesario advertir, además que:

I) El criterio de la apariencia de buen derecho ("*fumus boni iuris*" según los clásicos) en palabras del ATS Sala 3ª, de 28.04.2006, rec. 47/2006 (dictado por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo), fund. jco. Segundo, penúltimo, párrafo es sólo secundario y accesorio: "En último lugar debe añadirse, también conforme a jurisprudencia de esta Sala dictada aplicando la nueva normativa -Autos de 25 de junio de 2001, 12 de julio de 2002, etc.-, que la doctrina sobre la apariencia de buen derecho puede ser un factor que coadyuve a la adopción de la medida cautelar, pero que, en cualquier caso, su aplicación ha de hacerse con prudencia para no prejuzgar, al resolver el incidente sobre medidas cautelares, la cuestión de fondo.". Como quiera además que en el presente caso los pronunciamientos jurisdiccionales habidos hasta la fecha han sido notoriamente diferentes (cada parte reproduce sólo los que le interesa), la apariencia de buen derecho, en este caso dista mucho de ser clara. Retoma entonces con más fuerza el criterio principal del "*periculum in mora*" y

II) La adopción de la medida cautelar es "eminente casuística", como ha señalado la jurisprudencia (autos del TS de 15 de junio de 1991 y 24 de febrero de 1993, entre otros) y que no es la Administración autora del acto quien tiene que probar la improcedencia de la medida cautelar pedida, sino que, de acuerdo con las

