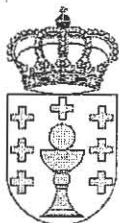


10/727



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

TSX DE GALICIA CON/AD SEC. 1
A CORUÑA

- 5 DIC. 2012

SENTENZA: 01329/2012

RELATOR: DON JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

RECURSO NÚMERO: PROCEDEMENTO ORDINARIO NÚMERO 589/2010

RECORRENTE: SINDICATO DOS TRABALLADORES DO ENSINO DE GALICIA-
STEG

ADMINISTRACIÓN DEMANDADA: CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E
ORDENACIÓN UNIVERSITARIA

NO NOME DO REI

A Sección 1 da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de
Xustiza de Galicia, pronunciou a

SENTENZA

ILMOS. SRES./ ILMAS. SRAS.:

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA - PTE.

JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

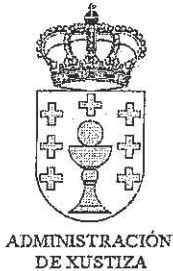
MARÍA DOLORES GALINDO GIL

A Coruña, vinte e oito de novembro de dous mil doce

No recurso contencioso administrativo que co número 589/2010 pende de
resolución ante esta Sala, interposto polo **SINDICATO DOS TRABALLADORES DO
ENSINO DE GALICIA-STEG**, representado polo procurador **DON XULIO XABIER
LÓPEZ VALCÁRCEL** e dirixido polo letrado **DON ALEJANDRO LÓPEZ
GONZÁLEZ**, contra o Decreto 79/2010, do 20 de maio, para o plurilingüismo no
ensino. É parte a Administración demandada, a **CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E
ORDENACIÓN UNIVERSITARIA**, representada e dirixida polo letrado da Xunta de
Galicia.

É relator o Ilmo. Sr. **JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES**.

ANTECEDENTES DE FEITO



PRIMEIRO. Unha vez admitido a trámite o presente recurso contencioso administrativo, practicáronse as dilixencias oportunas e, recibido o expediente, déuselle traslado á parte recorrente para formular a oportuna demanda, o cal se fixo mediante escrito, no que en síntese, tras expoñer os feitos e fundamentos de dereito que se consideraron pertinentes, se acabou solicitando que se ditase unha sentenza pola cal "acollendo o presente o recurso se acorde a nulidade do Decreto 79/2012, do 20 de maio, para o plurilingüismo no ensino non universitario de Galicia (DOG núm. 97, do 25 de maio de 2010), polos motivos expresados no corpo do presente escrito e outros que a Sala estime aplicables neste caso".

SEGUNDO. Logo de conferido traslado á parte demandada, solicitouse o rexeitamento do recurso, de conformidade cos feitos e fundamentos de dereito consignados na contestación da demanda.

TERCEIRO. Declarado concluso o debate escrito, quedaron as actuacións sobre a mesa para resolver.

CUARTO. Na tramitación do recurso observáronse as prescricións legais; a súa contía é a de indeterminada.

FUNDAMENTOS XURÍDICOS

PRIMEIRO. O obxecto do presente recurso contencioso administrativo vén constituído polo Decreto 79/2010, do 20 de maio, para o plurilingüismo no ensino non universitario en Galicia.

O SINDICATO DOS TRABALLADORES E TRABALLADORAS DO ENSINO DE GALICIA (en diante STEG) fundamenta a impugnación directa da disposición regulamentaria nos seguintes motivos:

1º. Vulneración do principio de legalidade e xerarquía normativa por entender que contravén: a) a Carta europea de linguas rexionais e minoritarias, ratificada por España no 2001 e que opta polo nivel de protección máis elevado para as linguas oficiais, comprometéndose a establecer o ensino nas linguas minoritarias, polo que entende que só cabe o sistema de inmersión lingüística, polo que despois de referir que o art. 5 vulnera a Carta ao supeditar o ensino en galego ao criterio das maiorías, refire que a avaliación do comité de expertos indica que o modelo de bilingüismo estruturado non se corresponde cos compromisos asumidos polo Estado español, máxime cando se establece o tope máximo dun 50% de ensinanzas en galego, o que supón reiterar o modelo asumido no decreto anterior a 2007 que foi moi negativamente avaliado polo comité de expertos en 2004; b) os arts. 13 a 15 da Lei de normalización lingüística de 1983, por entender que ao impoñerse nesta norma a obriga da promoción progresiva do galego no ensino, o decreto ao reducir a cota a un máximo do 50%, inferior ao que promovía o Decreto 124/2007, incumpre o mandato de progresividade. Entende o sindicato recorrente que na mesma



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

vulneración incorre o art. 12.3 do Decreto ao permitir que o alumnado utilice nas súas manifestacións orais e escritas o idioma da súa preferencia, con independencia da lingua na que se imparta a materia, que á marxe de supoñer unha lesión á autoridade do docente, vai reducir as habilidades dos alumnos na súa segunda lingua, normalmente o galego, e ademais incorre nun exceso respecto da norma que tería que desenvolver porque esta opción tan só se prevé na lei para o ensino universitario; polo que atinxe ao art. 5 refire que vulnera o art. 13 da Lei que establece o dereito a recibir o primeiro ensino na lingua materna, que non pode quedar determinada por unha consulta aos pais, polo que entende que a norma regulamentaria está desvirtuando un dereito legalmente configurado, denunciando que a realización da enquisa reviste aspectos de enorme ambigüidade xeradores de inseguridade xurídica.

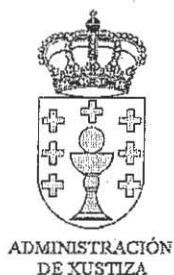
2º. En segundo lugar o sindicato recorrente sinala que a disposición regulamentaria impugnada entraña unha vulneración do dereito fundamental á educación do art. 27 da CE ao entender que non cabe someter o contido do dereito fundamental a votación, con abandono da programación xeral do ensino que compete aos poderes públicos, referindo que conforme a Lei orgánica 2/2006, de educación, a participación das familias na educación se limita á súa participación nas vías orgánico-participativas previstas na propia lei, sen que caiba establecer un modelo no que a responsabilidade da elección do idioma corresponda aos proxenitores.

3º. Vulneración do principio de igualdade do art. 14 da CE por entender que tratar igualitariamente dúas situacións diferentes, como é a que afecta ao galego en relación co castelán, supón un acto de desigualdade contrario á Constitución, despois de referir a doutrina do TC das SS 37/1987, 337/1994 e 87/1993, sinala que o mapa sociolingüístico de Galicia elaborado polo Seminario de Sociolingüística da Real Academia Galega reflicte a clara desigualdade do galego, polo que non cabe establecer unha igualdade formal que haberá de producir un incremento da desigualdade nos resultados.

En atención ao exposto, remata solicitando que se dite unha sentenza pola que, con acollemento do recurso, se acorde a nulidade do Decreto 79/2010, do 20 de maio, para o plurilingüismo no estudo non universitario de Galicia.

SEGUNDO. A Administración demandada solicitou o rexeitamento da demanda, sinalando que se existe un modelo que ten o referendo do TC é o de conxunción lingüística fronte ao que se basea na exclusión total ou cualificada dalgunha das linguas conforme as sentenzas 337/1994 e 31/2010, referindo que polo que atinxe á Carta europea de linguas rexionais e minoritarias se respecta o que nela se recolle, cal é que nas distintas fases da educación estea presente o ensino na lingua rexional e minoritaria.

En segundo lugar sinala que resulta inviable declarar contrario á Lei de normalización lingüística o decreto en atención ás súas previsións, advertindo que



nun xuízo de legalidade só cabería declarar a súa nulidade de resultar contrario ás disposicións normativas e non en función da opción lexitimamente elixida.

Polo que respecta á previsión contida no art. 12.3 do decreto, este opta por procurar que o alumno utilice a lingua de impartición da clase pola vía do fomento e non pola impositiva ou coercitiva.

Polo que se refire á educación infantil, o decreto opta por atender á lingua predominante con atención individualizada, tendo en conta a prohibición de separación en centros ou en aulas en función da lingua, establecida no art. 13 da Lei de normalización lingüística, polo que o precepto vén a pormenorizar a regulación legal na que se fundamenta.

Polo que atinxe á consulta, refire o letrado da Xunta a existencia de precedentes xurisprudenciais nos que se estableceu a procedencia da consulta pola vía do documento de preinscrición.

TERCEIRO. Con carácter previo ao estudo dos motivos de impugnación que se deixaron expostos convén poñer de relevo que o sindicato recorrente pretende a declaración de nulidade da totalidade do decreto impugnado sen concretar os preceptos que incorren nos vicios de ilegalidade e infracción do principio de igualdade que aduce ou facéndoo de forma tanxencial ao fío dos fundamentos que esgrime, polo que debe ser a Sala, a través do exame das razóns esgrimidas en cada un dos motivos e valéndose da cita dos preceptos regulamentarios contidos na demanda, a que realice o labor de determinar os preceptos concretos ao que a crítica contida na demanda se refire.

Asentado o anterior, e polo que se refire á suposta vulneración da Carta europea de linguas rexionais e minoritarias de 1992, esta foi ratificada polo Estado español no ano 2001 e vincula nos seus positivos termos cara á tutela das linguas cualificadas como minoritarias polo seu ámbito territorial, sendo o seu artigo 8 o que, logo de salvagardar a "ensinanza das linguas oficiais do Estado", impón aos estados asinantes a adopción de medidas de fomento do emprego de tales linguas rexionais ou minoritarias, e asegurando unha parte substancial das ensinanzas nesa lingua ou medidas de efecto equivalente. Pois ben, tal carga é formulada en termos amplos e como directrices vinculantes, deixando espazo para a súa concreción aos Estados, que se ve cumprida nas condicións do decreto impugnado, especialmente cando a demanda, como se dixo, tampouco realiza unha análise crítica e cotexada dos preceptos regulamentarios que cuestiona en relación coa concreta vulneración suposta da Carta europea, que poida conducir á conclusión contraria, limitándose que dado o nivel de vinculación asumido por España na súa ratificación non cabe outro sistema que o da inmersión lingüística para o cumprimento dos obxectos da Carta cando, por unha banda, en materia de ensino as obrigas asumidas son as establecidas nas alíneas i) das letras a), b), c) e d), que obrigan a que os Estados asinantes prevexan un ensino nas linguas rexionais ou minoritarias nas etapas de educación preescolar, primaria, secundaria e técnica e profesional garantido nelas, o que non pode afirmarse que se incumpra coas medidas establecidas no decreto

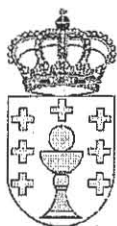


impugnado, máxime cando no instrumento de ratificación se salvagarda o ensino na lingua oficial do Estado e, pola outra banda, postulado pola demandante o modelo de inversión como único posible para cumprir coa Carta, resulta claramente da doutrina do TC e do TS que a adopción deste modelo con exclusión da consideración do castelán como lingua vehicular no ensino supoñería unha perversión do modelo de conxunción lingüística ou bilingüismo integral deseñado pola Constitución (STS do 9 de decembro de 2010) polo que se impón o rexeitamento deste primeiro motivo de impugnación.

CUARTO. O segundo motivo de impugnación fundamenta o sindicato recorrente na vulneración do principio de xerarquía normativa por vulneración da Lei de normalización lingüística pero, como antes se advertía, non concreta os preceptos concretos que contraveñen a disposición legal, mais dos razoamentos esgrimidos debe entenderse que se trata do art. 4.1 e 2, e da concreción do dito principio contido nos arts. 6 a 10 para cada unha das etapas ou ciclos de formación, en canto establece a docencia en porcentaxes equilibradas nas dúas linguas cooficiais, o art. 5.2 en canto prevé a realización dunha enquisa para a determinación da lingua materna predominante na aula e o art. 12.3 en canto permite que os alumnos utilicen nas súas expresións orais ou escritas o idioma da súa preferencia con independencia daquel no que se imparta a materia.

Polo que atinxe ao primeiro dos aspectos impugnados, de suposto incumprimento do mandato de progresividade, dado que converte en tope máximo da docencia o 50% que no Decreto 124/2007 era o tope mínimo, cómpre lembrar que, como advertiamos na sentenza do 21 de novembro de 2012 recaída no recurso 447/2010, no presente recurso, como naqueloutro, temos que levar a cabo unha fiscalización negativa da disposición impugnada que ten que quedar á marxe de criterios de oportunidade ou conveniencia que poida entrañar o lexítimo exercicio do dereito de opción política en materia lingüística, pois no labor de control xurisdiccional da Administración respecto do mencionado decreto, esta resolución xudicial debe contemplar exclusivamente parámetros de constitucionalidade ou legalidade, tendo en conta así mesmo a doutrina do Tribunal Constitucional e a xurisprudencia do Tribunal Supremo interpretativa na materia.

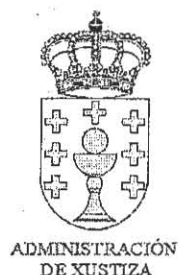
Pois ben, asentado o precedente, cómpre lembrar que a lei 3/1985, do 15 de xuño, de normalización lingüística, non establece cota ou porcentaxe ningún para a impartición de docencia nunha das dúas linguas cooficiais, senón que se limita a esixir que o galego sexa a lingua oficial no ensino en todos os niveis educativos, habilitando a Xunta para que proceda á súa regulamentación e que en toda esta materia a actuación da Administración ten que estar encamiñada á consecución dun logro que é que ao remate dos ciclos do ensino obrigatorio os alumnos coñezan o galego, no seu nivel oral e escrito, en igualdade de competencia co castelán (art. 14.3). Certo que o art. 13.2 sinala que a promoción do uso do galego ten que ser progresivo, pero esa progresividade non vén determinada pola vinculación a anteriores normativas, como parecen pretender os recorrentes, porque do contrario se petrificaría o ordenamento, senón pola implantación existente no momento do

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIAADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

ditado da norma e as necesidades que se pretendan atender nese momento, polo que sen descoñecer que unha ou outra porcentaxe poden determinar unha maior ou menor prontitude no logro do obxectivo previsto na disposición legal, tampouco podemos esquecer que de acordo coa xurisprudencia do TS toda desproporción a favor dunha das linguas debe ser razoable, non excesiva e transitoria en tanto a normalización da lingua de menor implantación non sexa completa, correspondendo á autoridade educativa determinar a proporción que corresponde a cada unha das linguas cooficiais como lingua vehicular no ensino, *"de modo que se crese que o obxectivo de normalización lingüística estivese xa conseguido, ambas as linguas cooficiais deberían ser vehiculares na mesma proporción, e se, pola contra, se estimase a existencia dun déficit nese proceso de normalización en detrimento da lingua propia da Comunidade Autónoma, debería ser outorgarlle a esta un trato diferenciado sobre o castelán nunha proporción razoable"* (sentenzas do TS do 20 de outubro e 9 de decembro de 2010), polo que temos que concluír que debendo admitirse unha marxe de apreciación ao poder público educativo autonómico de modo que se, como no caso presente, se move nunhas marxes de racionalidade e proporción lóxicas, á hora de distribuír horarios e materias que teñen que impartirse nunha e noutra lingua, non pode ser considerada contraria a Dereito, polo que se impón o rexeitamento deste motivo de impugnación.

QUINTO. Polo que se refire á vulneración da Lei de normalización lingüística polo art. 5 do decreto, referido á educación infantil en canto que contravén o dereito a recibir o ensino en lingua materna ao sometelo á predominante entre os alumnos —sen prexuízo do que se dirá respecto á realización dunha enquisa para a determinación da lingua materna predominante— debe sinalarse que neste caso o que dispón a Lei de normalización lingüística é que os nenos teñen dereito a recibir *"a primeira ensinanza"* en lingua materna e que terá que evitarse a separación dos menores en centros por razón da lingua, cabendo a separación en aulas só cando o aconsellen excepcionais razóns pedagóxicas.

Do anterior resulta, por unha banda, que a opción do executivo de equiparar a primeira ensinanza coa etapa de educación infantil resulta conforme coa división dos ciclos actualmente vixentes consonte a Lei orgánica 2/2006, de educación, e, por outra, que o respecto ao dereito á recepción da educación na lingua materna vén determinado pola atención personalizada do menor que prevé o apartado 3 do art. 5 do decreto impugnado. Resultando esa atención individualizada unha consecuencia ineludible tanto do sistema de conxunción lingüística como da prohibición da separación dos nenos por centros e aínda por aulas por razón do idioma, porque como dixemos na sentenza do 21 de novembro, recaída no recurso 594/2010, no decreto óptase por unha integración dos menores en cursos académicos en función das idades, á marxe de calquera separación pola súa lingua materna e o respecto ao dereito a recibir a ensinanza en lingua materna determinado pola atención individualizada, de xeito que terá que ser o bo criterio dos profesionais docentes os cales, con utilización preferente da lingua predominante, terían que empregar o idioma minoritario na aula de educación infantil, en todo caso, cos menores para os



que constituía a súa lingua materna e, de forma paulatina, gradual e progresiva en relación co conxunto para que poida acadarse a finalidade que prevé tanto a lei como o decreto, cal é que os alumnos acaden unha competencia en igualdade nas dúas linguas cooficiais nesta Comunidade, polo que tamén este motivo de impugnación ten que ser rexeitado.

SEXTO. Polo que atinxe á suposta vulneración da Lei de normalización por lles outorgar aos alumnos a facultade de opción de emprego dun dos idiomas cooficiais, con independencia daquel no que se imparta a materia, establecido no art. 12.3 do decreto, temos que reiterar o que mantivemos na sentenza do 21 de novembro deste ano, ditada no recurso 447/2010, en relación coa impugnación do mesmo decreto.

O precepto dispón *"En todas as áreas, materias ou módulos, agás nas sinaladas no parágrafo anterior e nas materias de lingua(s) estranxeira(s), o alumnado poderá utilizar nas manifestacións oral e escrita a lingua oficial da súa preferencia. Non obstante o anterior, procurarase que o alumnado utilice a lingua en que se imparte a área, materia ou módulo"*.

Para o exame da legalidade da dita disposición partiamos de que a sentenza do Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de xuño, seguida polas sentenzas da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo dos días 9, 13 e 16 de decembro de 2010, as do 10 e 19 de maio de 2011 e 12 de xuño de 2012, das que se desprende que o castelán, xunto á lingua propia da Comunidade Autónoma (no caso das ditas sentenzas tratábase do catalán porque o litixio se refería á Comunidade Autónoma de Cataluña, pero é perfectamente extrapolable a Galicia), ten que ser considerada tamén como lingua vehicular ou docente do ensino, malia que a lingua galega poida servir de vehículo de comunicación con carácter xeral no ensino e centro de gravidade do modelo de bilingüismo (sentenzas do Tribunal Constitucional 137/1986 e 337/1994) e concluíamos que o precepto contravén a disposición legal que desenvolve por un triplo motivo.

A) Desde o momento en que, segundo a LNL e a doutrina do Tribunal Constitucional, a lingua galega será con carácter xeral o vehículo de comunicación no ensino non universitario, o mencionado artigo 12.3 é ilegal, ao deixar liberdade ao alumnado para utilizar nas manifestacións oral e escrita a lingua oficial da súa preferencia, o que entraña que, aínda que a área, materia ou módulo se imparta nunha lingua, o alumno pode expresarse nunha diferente.

É certo que seguidamente, no seu segundo inciso, o artigo 12.3 engade que se procurará a coincidencia entre a lingua que o alumno empregue e a da área, materia ou módulo, mais o feito de que se procure que iso suceda nada garante de cara a que finalmente se logre, porque aquela expresión non é imperativa, senón meramente indicativa ou de tendencia, o que se traduce na incoherencia interna do precepto, que, por un lado, deixa liberdade de opción ao alumnado, e por outro indica a conveniencia daquela coincidencia entre a lingua utilizada polo alumno e a



propia da área, materia ou módulo, pero non a reforza con ningún mandato, co que acaba sendo unha proclamación baleira.

B) Por outra parte, se tanto a xurisprudencia do Tribunal Supremo como a doutrina do Tribunal Constitucional se amosan contrarias a que esta materia da lingua no ensino estea condicionada pola liberdade de opción dos interesados, non resulta lóxico que se outorgue a dita liberdade ao alumnado para empregar nas súas manifestacións oral e escrita a lingua oficial da súa preferencia, mesmo aínda que non coincida coa lingua de impartición da área, materia ou módulo.

C) Outro argumento que conduce á mesma conclusión de ilegalidade do artigo 12.3 do decreto impugnado na súa actual redacción é que resulta contrario ao fomento do uso progresivo do galego no ensino que, como mandato imperativo, se contén no artigo 13.2 da LNL, porque a liberdade ao alumnado no emprego da lingua oficial da súa preferencia nas súas manifestacións oral e escrita, permitíndolle a utilización do castelán malia que sexa o galego a lingua en que se imparte a área, materia ou módulo, contradí aquel mandato, xa que non facilita a adquisición da destreza esixida ao alumno na lingua propia desta Comunidade Autónoma desde o momento en que se lle permite que non fale ou escriba na lingua galega cando é esta a propia da área, materia ou módulo. Ademais, non chega a explicarse o trato diferente en relación coas linguas estranxeiras, respecto ás que se exclúe aquela liberdade de opción por parte do alumnado.

O anterior levábanos a concluír entón que a liberdade de opción que se outorga ao alumnado no artigo 12.3 supón unha innovación sobre o previsto na LNL, cuxo artigo 15 soamente a prevé respecto aos profesores e alumnos no nivel universitario, o que conduce a que se teña que acoller o recurso neste aspecto, declarando a nulidade desa previsión regulamentaria.

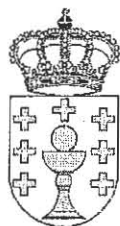
SÉTIMO. Outro dos motivos de impugnación esgrimido polo sindicato recorrente é que non cabe someter o dereito á educación na lingua materna a votación, en clara referencia ao que dispón o art. 5.2 do Decreto, por entender que este vulnera o dereito fundamental á educación do art. 27 da CE.

En concreto, o art. 5.2 do decreto, logo de sinalar que na etapa de educación infantil o profesorado usará a lingua materna predominante entre o alumnado, dispón que *"2. A lingua materna predominante do alumnado será determinada polo centro educativo de acordo co resultado dunha pregunta que se efectuará aos pais, nais, titores/as ou representantes legais do/a alumno/a antes do comezo do curso escolar acerca da lingua materna do seu fillo ou filla"*.

Tamén neste caso temos que reiterar o resolto na sentenza referida no anterior fundamento; dixemos na sentenza recaída no recurso 447/2010, e que agora temos que reiterar, que a referida disposición, en canto se reputa determinante a consulta aos familiares para determinar a lingua materna predominante, vulnera a configuración do dereito fundamental á educación, que se recolle no artigo 27.5 da Constitución, posto que os poderes públicos teñen



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

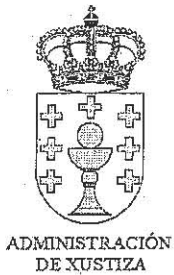
encomendada a programación xeral do ensino, de cuxa potestade a Administración, neste caso educativa, non pode abdicar, sometendo a votación un aspecto tan fundamental como a lingua a empregar na etapa de educación infantil, á que a LNL lle dedica especialmente o artigo 13.1 establecendo que "*Os nenos teñen dereito a recibir o primeiro ensino na súa lingua materna*", encomendado seguidamente ao Goberno galego a adopción das medidas necesarias para facer efectivo este dereito, sen posibilidade de intermediación ningunha dos familiares.

Non cabe dúbida de que a dita abdicación da potestade de ordenación xeral do ensino ten lugar cando se establece que o profesorado usará na aula a lingua materna predominante entre o alumnado, reputando decisivo para determinala o resultado dunha pregunta que se lles efectuará aos pais, nais, titores/as ou representantes legais dos alumnos antes do comezo do curso escolar acerca da lingua materna da súa filla ou fillo.

O sometemento a votación da determinación da lingua materna predominante que o profesorado debe usar na aula non pode encontrar apoio na "participación dos sectores afectados", a que se refire o mesmo artigo 27.5 da Constitución, pois a dita participación máis ben ten que poñerse en contacto coa declaración xeral do Preámbulo da LO 2/2006, de educación, cando proclama, como un dos principios fundamentais que a presiden, o da necesidade de que todos os compoñentes da comunidade educativa colaboren para conseguir o obxectivo de mellorar o nivel educativo de todo o alumnado, conciliando a calidade da educación coa equidade da súa repartición, salientando que a responsabilidade do éxito escolar de todo o alumnado non só recae sobre o alumnado individualmente considerado, senón tamén sobre as súas familias, o profesorado, os centros docentes e as Administracións educativas. Pola súa parte, o artigo 118 da LO 2/2006 sitúa a sede da participación e corresponsabilidade das familias na educación dos seus fillos nos centros educativos, garantindo e establecendo mediante o mecanismo da participación, a súa participación nos órganos de goberno destes, facendo así realidade o dereito que proclama o artigo 4 da Lei orgánica 8/1985, reguladora do dereito á educación, a participar no proceso de ensinanza e aprendizaxe dos seus fillos.

Mais iso non pode dar pé a que a consulta aos familiares dos alumnos determine, con carácter vinculante, a lingua que se empregará, porque ese aspecto entra dentro da potestade de ordenación do ensino que corresponde á Administración educativa en exclusiva. Neste sentido, unha cousa é que as familias deban colaborar para lograr unha educación de calidade e outra moi distinta é que a Administración educativa poida abdicar da súa potestade de ordenación xeral do ensino, que lle corresponde en exclusiva, abandonando a súa responsabilidade á hora de garantir que os nenos reciban o primeiro ensino na súa lingua materna.

Tanto a xurisprudencia do Tribunal Supremo como a doutrina do Tribunal Constitucional teñen resaltado aquela obriga dos poderes públicos e a imposibilidade



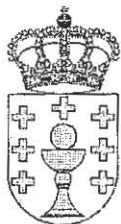
de que as decisións destes poidan estar condicionadas pola libre opción dos interesados da lingua docente.

Na súa sentenza de 28 de abril de 2000 (decidindo en relación co Decreto 247/1995, do 14 de setembro, no que se contiña a regulación da materia de que agora tratamos), a Sala Terceira do Tribunal Supremo resaltou que teñen que ser os poderes públicos os que determinen o emprego das dúas linguas cooficiais desta Comunidade Autónoma, e para desbotar que o dereito recollido no artigo 27 da Constitución poida incluír o dereito a recibir o ensino en só unha das dúas linguas cooficiais na Comunidade Autónoma, á elección dos interesados, argumenta: *"o dereito de todos á educación exerceuse no marco dun sistema educativo no que os poderes públicos, de acordo coas súas competencias, poden determinar o emprego das dúas linguas cooficiais nunha Comunidade Autónoma, cando existan, en atención aos obxectivos de normalización lingüística e aos propios da educación, e poden organizar o ensino que ten que recibirse nunha ou outra lingua en relación coas distintas áreas de coñecemento obrigatorio nos diferentes niveis educativos para alcanzar un resultado acorde coas devanditas finalidades"*.

Pola súa parte, na sentenza do Tribunal Constitucional 337/1994, do 23 de decembro, proclámase que *"non se pode poñer en dúbida a lexitimidade constitucional dun ensino no que o vehículo de comunicación sexa a lingua propia da Comunidade Autónoma e lingua cooficial no seu territorio xunto ao castelán (STC 137/1986, fundamento xurídico 1), dado que esta consecuencia se deriva do artigo 3 da Constitución e do disposto no respectivo Estatuto de autonomía"* e que *"o dereito de todos á educación, non cabe esquecelo, exerceuse no marco dun sistema educativo no que os poderes públicos —isto é, o Estado a través da lexislación básica e as Comunidades Autónomas no marco das súas competencias nesta materia— determinan os currículos dos distintos niveis, etapas, ciclos e graos de ensino, as ensinanzas mínimas e as concretas áreas ou materias obxecto de aprendizaxe, organizando así mesmo o seu desenvolvemento nos distintos centros docentes; polo que a educación constitúe, en termos xerais, unha actividade regrada. Deste xeito, o dereito á educación que a Constitución garante non leva consigo que a actividade prestacional dos poderes públicos nesta materia poida estar condicionada pola libre opción dos interesados da lingua docente. E por iso os poderes públicos —o Estado e a Comunidade Autónoma— están facultados para determinar o emprego das dúas linguas que son cooficiais nunha Comunidade Autónoma como linguas de comunicación no ensino, de conformidade coa repartición competencial en materia de educación"*. A mesma sentenza do TC noutro lugar aclara: *"na sentenza do TC 195/1989 declarouse que ningún dos múltiples apartados do artigo 27 da Constitución Española —nin o primeiro, ao recoñecer o dereito de todos á educación, nin o segundo ou o sétimo, nos que aparecen claramente mencionados os pais dos alumnos (...)— inclúe, como parte ou elemento do dereito constitucionalmente garantido, o dereito dos pais a que os seus fillos reciban educación na lingua de preferencia dos seus proxenitores no centro docente público da súa elección"*.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

STEC

O artigo 27.3 da Constitución soamente recoñece unha esfera de elección aos pais no caso da formación relixiosa e moral, para que a reciban consonte coas súas propias conviccións, co que implicitamente deixa fóra da dita posibilidade a relativa á lingua no ensino.

Do anterior despréndese que coa regulación que se contén no artigo 5.2 do decreto impugnado, esta norma non cumpre a función de desenvolver os preceptos da LNL, malia que esa é a súa finalidade segundo o seu preámbulo, posto que no dito aspecto se desvía do que establece a normativa de rango superior, e tampouco constitúe complemento indispensable que poida asegurar a correcta aplicación e efectividade da propia lei. En definitiva, o decreto impugnado non dispón de apoio legal nin posúe rango suficiente para a atribución do protagonismo vinculante aos familiares á hora de determinar a lingua que se debe empregar na aula na etapa de educación infantil, nin para a inclusión *ex novo* dun instrumento para exteriorizar o parecer daquelas.

Para manter a legalidade da regulación contida no artigo 5.2, o letrado da Xunta, tamén neste recurso, trata de equiparala ao suposto presentado no caso resolto pola sentenza da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 14 de setembro de 2004, na que se acolle o recurso e se declara o dereito á incorporación no impreso de preinscrición do dereito dos nenos a recibir o primeiro ensino na súa lingua habitual, xa sexa esta a propia da Comunidade Autónoma ou o castelán, sentenza que foi confirmada pola do 12 de decembro de 2008 do Tribunal Supremo. Non obstante, non se trata de casos asimilables, posto que naquela sentenza do TSX de Cataluña se trataba de que a Administración fixese efectivo o dereito dos nenos a recibiren o primeiro ensino na súa lingua habitual, recollido na Lei catalá de política lingüística, para o cal está obrigada a incluír aquela referencia no formulario oficial destinado á preinscrición, antes do inicio do período de matriculación, sen que a Administración tivese que abdicar da súa potestade de programación xeral do ensino, senón todo o contrario. Porén, no caso do presente litixio consúltanse os familiares próximos do alumnado sobre a lingua materna predominante, e o resultado da enquisa determina, con carácter vinculante, a que ten que usar o profesorado na aula da etapa de educación infantil, co cal se deixa en mans dos devanditos familiares tal determinación, en contra daquel deber da Administración de ordenar o ensino en todos os seus aspectos.

Polo que tamén neste aspecto cómpre acoller o recurso e decretar a nulidade do art. 5.2 do decreto impugnado por contravención do dereito fundamental á educación.

OITAVO. Por último, resta por examinar o motivo de impugnación relativo á suposta vulneración do dereito de igualdade, por entender o sindicato recorrente que non cabe tratar igualitariamente dúas situacións desiguais como son a implantación da lingua castelá e o galego no ensino non universitario.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



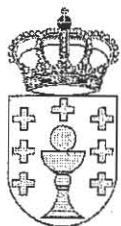
ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Este motivo impugnatorio, utilizado a modo de cláusula de peche da demanda, non deixa de incidir noutro motivo xa tratado, como é que, a xuízo dos recorrentes, non cabe tratar de xeito igualitario, en canto a porcentaxes, as dúas linguas cooficiais porque iso supoñería o incumprimento da obriga de promoción e progresividade que se lle impón á Administración na Lei de normalización lingüística, pois ben dicíamos máis arriba ao tratar esta cuestión que como sinala o TS toda desproporción a favor dunha das linguas debe ser razoable, non excesiva e transitoria en tanto a normalización da lingua de menor implantación non sexa completa, correspondendo á autoridade educativa determinar a proporción que corresponde a cada unha das linguas cooficiais como lingua vehicular no ensino, *"de modo que se crese que o obxectivo de normalización lingüística estivese xa conseguido, ambas as linguas cooficiais deberían ser vehiculares na mesma proporción, e se, pola contra, se estimase a existencia dun déficit nese proceso de normalización en detrimento da lingua propia da Comunidade Autónoma, debería selle outorgar a esta un trato diferenciado sobre o castelán nunha proporción razoable"* (sentenzas do TS do 20 de outubro e 9 de decembro de 2010), polo que temos que concluír, por unha banda, que existe unha marxe de apreciación por parte da Administración para a determinación das porcentaxes nas que debe utilizarse unha ou outra lingua no ámbito educativo, que no caso de que en exercicio desa marxe de apreciación se mova en ámbitos de razoabilidade ou proporcionalidade lóxica non cabe que as súas determinación poidan declararse contrarias a dereito, máxime se temos en conta que non cabe que os órganos xurisdiccionais substitúan as administracións no exercicio das súas potestades que levan consigo certa marxe de discrecionalidade, por llo impedir o art. 71.2 da LRXCA.

Pero ademais, o que parece estar reclamando o sindicato recorrente é que se establecesen no decreto maiores supostos de discriminación positiva que faciliten a consecución do obxectivo de que ao remate da educación obrigatoria os alumnos posúan a mesma competencia nos dous idiomas cooficiais. En relación con esta cuestión convén lembrar que o TS, con ocasión da impugnación da obriga de películas exclusivamente en catalán no ámbito da Comunidade autónoma de Cataluña, na sentenza de 2 de xuño de 1988 (ref. El derecho 1988/4733) sinalou que *"A igualdade tanto na lei (ou na norma regulamentaria) como na súa aplicación non supón o tratar todos os casos ou supostos de feito con carácter absolutamente igualitario, senón, como se di na sentenza do Tribunal Constitucional 144/1998, do 12 de xullo, "tratar de modo igual a todos aqueles que se atopen na mesma situación...". Do mesmo xeito, na sentenza 209/1988, do 10 de novembro, díse que "as diferenciacións normativas, para que poidan considerarse non discriminatorias, resulta indispensable que exista unha xustificación obxectiva e razoable de acordo con criterios e xuízos de valor xeralmente aceptados, cuxa esixencia debe aplicarse en relación coa finalidade e efectos da medida considerada, debendo estar presente, por iso, unha razoable relación de proporcionalidade entre os medios empregados e a finalidade perseguida..."*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



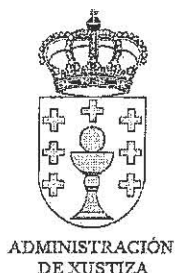
ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Por outra parte, non podemos deixar de considerar que conforme a recente sentenza do TC do 15 de outubro de 2012, aínda que referido a supostos distintos do fenómeno lingüístico pero con doutrina xeral aplicable, conclúe en que *"o principio de igualdade non pode fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación"* (por todas, sentenzas do TC 164/1995, do 13 de novembro, FX 7; e 117/2006, do 24 de abril). Esta última sentenza do TC resumía: *"a) A igualdade constitucionalizada no art. 14 da CE é "a que impón que ante situacións non disímiles a norma debe ser idéntica para todos, comprendéndoo nas súas disposicións e previsións coa mesma concesión de dereitos que eviten as desigualdades", polo que, realmente, "o que este precepto constitucional impide é a distinción infundada ou a discriminación" (sentenzas do TC 75/1983, do 3 de agosto, FX 2; e 88/2001, do 2 de abril, FX 2; por todas). (...) c) Resulta allea, porén, e tal e como xa se avanzou, ao núcleo de protección do art. 14 da CE a denominada "discriminación por indiferenciación". Temos sinalado, en efecto, que o principio de igualdade "non consagra un dereito á desigualdade de trato (STC 114/1995, do 6 de xullo, FX 4), nin ampara a falta de distinción entre supostos desiguais, polo que non existe "ningún dereito subxectivo ao trato normativo desigual" (STC 16/1994, do 20 de xaneiro, FX 5)" (SSTC 181/2000, do 29 de xuño, FX 11; 88/2001, do 2 de abril, FX 2; 257/2005, do 24 de outubro, FX 4; por todas)" polo que no presente caso temos que concluir que se a Lei de normalización ofrece vigoroso amparo á lexítima aspiración á consecución da meta final da normalización e equiparación de ambas as linguas non pode amparar un dereito subxectivo a esixir, *hic et nunc*, no decreto examinado ou en determinados preceptos deste, un concreto trato normativo de plena, matemática e completa equiparación entre a lingua castelá e a galega, senón que o camiño ou modo de acadalo está supeditado á marxe de discrecionalidade política inherente á potestade de goberno, polo que se o executivo autonómico considerou que para conseguir o obxectivo legalmente marcado de lograr a competencia lingüística en igualdade dos educandos resulta suficiente unha distribución equilibrada dos horarios docentes, pois ben, na dita apreciación non pode ser substituído, polas devanditas razóns, por esta Sala cando a súa opción resulta razoable, lóxica e, o que é definitivo, non supón unha infracción da norma de aplicación, o que determina o rexeitamento deste último motivo de impugnación.*

NOVENO. De conformidade co establecido, con carácter xeral, no artigo 139 da vixente LRXCA, en primeira instancia imponse á parte que sostivese a acción ou interpuxese os recursos con mala fe ou temeridade.

Vistos os preceptos citados e demais disposicións de xeral e pertinente aplicación,

DECIDIMOS que debemos **acoller e acolleemos en parte** o recurso interposto polo procurador dos tribunais don XULIO XABIER LÓPEZ VALCÁRCEL no nome e representación do **SINDICATO DOS TRABALLADORES E TRABALLADORAS DO ENSINO DE GALICIA** contra o Decreto 79/2010, do 20 de maio, para o plurilingüismo no ensino non universitario en Galicia, e, en consecuencia, **anulamos** os **artigos 5.2 e 12.3** da dita norma por seren contrarios a dereito, e **rexeitamos** o



recurso respecto a todos os demais preceptos impugnados, sen facermos imposición das custas.

Notifíqueselles ás partes e comuníqueselles que contra esta sentenza cabe o recurso de casación ordinario establecido no artigo 86 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso administrativa, dentro do prazo de dez días computados desde o seguinte ao da súa notificación, que se preparará ante esta Sala, por medio de escrito cos requisitos do artigo 89 da dita lei, ante a Sala Terceira do Tribunal Supremo. Así mesmo, poderán interpoñer contra ela calquera outro recurso que estimen axeitado á defensa dos seus intereses. Para admitir a trámite o recurso, ao interpoñerse deberá constituírse na conta de depósitos e consignacións deste Tribunal (1570-0000-85-0589-10-24) o depósito ao que se refire a disposición adicional décimo quinta da Lei orgánica 1/2009, do 3 de novembro (BOE núm. 266 do 04.11.09); e, no seu momento, devólvase o expediente administrativo á súa procedencia, con certificación desta resolución.

Así o pronunciamos, mandamos e asinamos.

PUBLICACIÓN. A sentenza anterior foi lida e publicada o mesmo día da súa data polo Ilmo. Sr. Maxistrado relator don **JULIO CÉSAR DÍAZ CASEALES** ao estar celebrando audiencia pública a Sección 001 da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. Dou fe. A Coruña, vinte e oito de novembro de 2012.

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIAADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

recurso respecto a todos os demais preceptos impugnados, sen facermos imposición das custas.

Notifíqueseles ás partes e comuníqueseles que contra esta sentenza cabe o recurso de casación ordinario establecido no artigo 86 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso administrativa, dentro do prazo de dez días computados desde o seguinte ao da súa notificación, que se preparará ante esta Sala, por medio de escrito cos requisitos do artigo 89 da dita lei, ante a Sala Terceira do Tribunal Supremo. Así mesmo, poderán interpoñer contra ela calquera outro recurso que estimen axeitado á defensa dos seus intereses. Para admitir a trámite o recurso, ao interpoñerse deberá constituírse na conta de depósitos e consignacións deste Tribunal (1570-0000-85-0589-10-24) o depósito ao que se refire a disposición adicional décimo quinta da Lei orgánica 1/2009, do 3 de novembro (BOE núm. 266 do 04.11.09); e, no seu momento, devólvase o expediente administrativo á súa procedencia, con certificación desta resolución.

Así o pronunciamos, mandamos e asinamos.

PUBLICACIÓN. A sentenza anterior foi lida e publicada o mesmo día da súa data polo Ilmo. Sr. Maxistrado relator don **JULIO CÉSAR DÍAZ CASEALES** ao estar celebrando audiencia pública a Sección 001 da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. Dou fe. A Coruña, vinte e oito de novembro de 2012.