



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Recurso núm. 715 de 2.001

Toledo

SENTENCIA N° 96

SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2^a.

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Vicente Rouco Rodriguez

Magistrados:

D^a. Raquel Iranzo Prades

D. Jaime Lozano Ibáñez

En Albacete, a trece de Febrero de dos mil dos.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos Número 715 de 2.001 del recurso contencioso administrativo seguido por el Procedimiento Especial de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, a instancia de DON [REDACTED] y DOÑA [REDACTED],

representados por la Procuradora D^a. Pilar González Velasco y dirigidos por el Letrado D. Felix Planscencia Sanchez-Caro, contra la CONSEJERIA DE EDUCACION Y CULTURA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA, que ha estado representado y dirigido por los Servicios Jurídicos de la misma, emitiendo el preceptivo dictamen el Ministerio Fiscal, sobre Denegación presunta de adecuación de una menor a su nivel académico; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Lozano Ibáñez; y



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- D. [REDACTADO] y Dña [REDACTADO],

actuando en nombre y representación de su hija menor [REDACTADO], interpusieron recurso contencioso-administrativo, al amparo del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, mediante escrito presentado el 2 de agosto de 2001, y contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de fecha 6 de julio de 2001 (sello de entrada 9 de julio) de que la menor fuese incorporada, en el curso 2001-2002, a 3º de Educación Primaria, en lugar de a 1º de Educación Primaria (como en principio le correspondería), debido a su situación de sobredotación intelectual.

Segundo.- En su escrito de demanda, los recurrentes alegaron que el derecho fundamental a la Educación comprende el derecho a ser tratado el alumno de acuerdo con sus necesidades educativas personales y particulares, las cuales en el caso de autos exigen, de acuerdo con el dictamen psicológico presentado, el adelanto en dos cursos, hasta 3º de Primaria, en especial considerando que en su momento ya se solicitó, para el curso 2000/2001, el adelanto desde 2º de Infantil a 1º de Primaria, y que el mismo fue denegado por razones puramente formales. Terminaron solicitando la anulación de la resolución recurrida que se acuerde que la menor sea incorporada, para el curso 2001-2002, a 3º de Educación Primaria, en lugar de a 1º.

Tercero.- Por escrito presentado el 20 de agosto de 2001, los recurrentes pusieron en conocimiento de la Sala que la Administración había dictado resolución de 14 de agosto de 2001, por la que acordó la incorporación de la menor a 2º de Primaria, en lugar de a 1º como le correspondía y a 3º como solicitaban los padres. Por providencia de 30 de agosto de 2001 se tuvo por ampliado el recurso contencioso-administrativo a este última resolución.

Cuarto.- Dado traslado para contestación a la demanda, la Administración demandada interesó se dictase sentencia en el mismo sentido de lo acordado en el auto de medidas cautelares, mientras que el Ministerio Fiscal consideró que no concurría vulneración del derecho fundamental alegado

Quinto.- Por error se efectuó señalamiento para el día 4/10/01; revocado el mismo, se recibió el pleito a prueba, y se practicó la correspondiente, con el resultado que obra en autos.

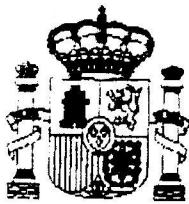
Sexto.- Presentados que fueron escritos de conclusiones, se dio traslado al Abogado del Estado a fin de que contestase a la demanda, por apercibirse el Tribunal de que se encontraba en cuestión la legalidad y constitucionalidad de una norma estatal, la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 24 de abril de 1996.

Septimo.- Para votación y fallo se señaló el día 12 de Febrero de 2.002; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia

Octavo.- En la presente causa se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Los padres de la menor [REDACTED] han interpuesto recurso contencioso-administrativo al amparo del procedimiento especial sumario de protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) para conseguir que se revoque la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de que la menor fuese incorporada, en el curso 2001-2002, a 3º de Educación Primaria, en lugar de a 1º de Educación Primaria (como en principio le correspondería), debido a su situación de sobredotación intelectual. El recurso se amplió posteriormente a la resolución de 14



de agosto de 2001 por la que se acordó la flexibilización de modo que la menor accediera a 2º de primaria, no a 3º, como se solicitaba.

Se utiliza el procedimiento especial mencionado por entenderse que se encuentra en juzgo, y vulnerado, el derecho a la educación contenido en el art. 27 de la Constitución Española, en su aspecto de derecho a recibir educación. En este sentido, debe recordarse que, por lo que ahora interesa, el art. 27 mencionado establece lo siguiente: "Todos tienen derecho a la educación (...) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (...) La enseñanza básica es obligatoria y gratuita (...) Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes". Por su parte, el art. 2 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establece que "A nadie se puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asumirá en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas". En fin, el art. 29.1.a del Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, establece que "Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades".

Debe afrontarse primeramente la cuestión de si una decisión (o falta de decisión) administrativa en esta materia relativa a la adaptación de las enseñanzas a las necesidades especiales de una alumna es apto para afectar al mencionado derecho a la educación. En opinión de la Sala, la cuestión hay que ponerla en relación con el caso concreto que se examine, sin que sea posible afirmar o negar de forma general.

De ningún modo cabe afirmar que cualquier problema relativo a la correcta



fundamental a la educación, sino que es preciso analizar el supuesto concreto que se plantea. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1993, citada por el Ministerio Fiscal, ciertamente denegó que un caso de solicitud de aceleración de cursos afectase al derecho en cuestión; pero debe destacarse que lo hizo sobre la base de que en el concreto supuesto que analizaba no había "ningún indicio", es decir, ninguna prueba, de que se fuese a frustrar en ese caso la debida orientación del sistema educativo al pleno desarrollo de la personalidad; también señalaba el Tribunal Supremo en dicha sentencia que en ese concreto caso lo único que estaba en juego era "una simple obligación de recapitular conocimientos adquiridos" por parte del alumno, y nada más. Ahora bien, siendo ello así en casos como el analizado por la sentencia en cuestión, es posible que en otros la situación que se plantea sea de una naturaleza tal, o se presente con tal intensidad (y ello es problema probatorio en buena medida) que resulte que se demuestre que, por las circunstancias particulares del menor afectado, la decisión al respecto sí afecta al normal desarrollo intelectual y emocional del niño y por tanto sí afecta directamente al núcleo esencial del derecho a la educación, que no es otro que la protección del libre desarrollo de la personalidad garantizada por el art. 10.1 de la C.E. Por eso la sentencia del Tribunal Supremo de 13-10-95, también citada por el Ministerio Fiscal, aunque señaló que los requisitos y condiciones de la impartición de la enseñanza son cuestiones de legalidad ordinaria, dijo expresamente que ello era así "*en principio*" (F.J.1º); lo que prueba que no puede cerrarse la puerta incondicionalmente a que cuestiones relativas a la concreta forma de impartir la educación puedan llegar a afectar, en determinados casos, al derecho de cuya prestación se trata.

Como hemos visto, el art. 27.2 C.E. establece que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana. En el mismo sentido, la exposición de Motivos de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo señala que "el objetivo primero y fundamental de la educación es el de proporcionar a los niños y a las niñas, a los jóvenes de uno y otro sexo, una formación plena que les permita conformar su propia y esencial identidad", y su art. 1 establece, como primero de los fines del sistema educativo español, "el pleno desarrollo de la personalidad del alumno". Pues bien, existiendo una ligazón tan íntima entre el derecho fundamental a la educación y el libre desarrollo de la personalidad,

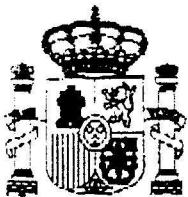


entendemos que, aun siendo *en principio* las cuestiones sobre asignación del curso correcto cuestiones de legalidad ordinaria, es posible que, si se demuestra que tal cuestión incide de forma directa en la estabilidad personal, desarrollo intelectual y social, maduración afectiva y, en general, libre y normal desarrollo de la personalidad del alumno, tal problema sí incide en el núcleo esencial del derecho a la educación protegido constitucionalmente y, por tanto, en tales casos la utilización del presente procedimiento estaría justificada. Todo ello supone, desde luego, en buena medida, remitir el problema a un problema probatorio, pues habrá que probar la afectación al libre desarrollo de la personalidad, sin que pueda darse por supuesto (o como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 13/10/95: sin que pueda darse por sentado, como la parte hacía en aquél caso).

Pues bien, como se argumentará seguidamente, la Sala considera que en los presentes autos se plantea real, efectiva y demostradamente un conflicto que está afectando real y directamente al libre y correcto desarrollo de la personalidad de la alumna [REDACTADA]; y que, siendo ello así, como lo vamos a ver, no puede negarse que el caso de autos afecte al núcleo esencial del derecho a la educación.

Segundo.- Antes de seguir, debemos no obstante detenernos inexcusablemente en la cita que, en la última fase del procedimiento, se ha hecho de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24/9/2001, en la cual se niega que el procedimiento previsto en la Ley 62/1978 fuera apto para tratar un asunto de naturaleza similar al presente. Al respecto la Sala desea indicar lo siguiente:

1º.- En primer lugar, esta sentencia no viene a formar jurisprudencia. No puede entenderse que esta sentencia reitere un criterio anterior ya sentado por el Tribunal Supremo. Las sentencias anteriores del Tribunal Supremo que trataron problemas como el presente, y que ya han sido citadas más arriba, no cerraron la puerta a la posibilidad de que una cuestión de esta clase pudiera llegar a afectar al derecho a la educación del artículo 27 C.E.; simplemente declararon que "en principio" se trataba de cuestiones de legalidad ordinaria y que en el concreto caso examinado no había "indicio" de que afectase al desarrollo de la personalidad del alumno, reduciéndose la cuestión, en tal caso, a si éste debía recapitular o no conocimientos. Como veremos, en el presente caso sí concurre tal indicio, y, más que



eso, prueba, de que el caso puede afectar y está afectando al libre desarrollo de la personalidad de [REDACTED], sin que desde luego todo se reduzca, en nuestro caso, a una inocua recapitulación de conocimientos.

2º.- En segundo lugar, lo que el Tribunal Supremo pretende evitar, es, como la misma sentencia dice, que el derecho fundamental a la educación se pueda extender "a cualquier supuesto de adelanto o pérdida de un curso escolar o, incluso, a la discusión de calificaciones negativas, que obligasen a cursar una o varias asignaturas, y que el alumno, o su representante legal, considerasen no ajustadas a derecho"; y añade que "el pleno desarrollo de la personalidad humana, que el texto constitucional conecta con el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, tiene un alcance más profundo que el que se circscribe a la superación de un curso de E.G.B. o a la alteración del orden y ritmo de las previsiones de cursos escolares". Pero queda por saber qué sucede en un caso en el que la prueba obrante en autos pone de manifiesto que lo que está en juego no es la adquisición más pronta o tardía de los correspondientes conocimientos, ni el interés que pueda haber en terminar antes de tiempo los estudios, sino el evitar que se produzca en la persona "un freno a su desarrollo intelectual, escolar y creativo, que repercutirá en su madurez afectiva oprimiendo el desarrollo y expansión emocional a todos los niveles", de modo que "la falta de adopción de las medidas adecuadas implicaría, con mucha probabilidad, un aumento de la ansiedad con respuestas de evitación y escape frente a la situación académica, lo cual es un estímulo de alta frustración" (citamos hechos que se dan por probados en ulteriores pasajes de esta sentencia). Si esto es así, entendemos que no puede negarse que la cuestión, aunque sea excepcionalmente, afecta al libre desarrollo de la personalidad, pues "frustrar" equivale precisamente a truncar un desarrollo, y si ese desarrollo es el de las aptitudes intelectuales y emocionales de la persona, entonces es, creemos, el de la personalidad misma. De este modo, no extendemos el ámbito del derecho del art. 27 C.E. a "cualquier supuesto de adelanto o pérdida de un curso escolar", sino a un supuesto muy cualificado.

3º.- La sentencia del Tribunal Supremo se dictó en relación con la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Sin embargo, nuestro caso se tramita por la vía de los artículos 114 y siguientes de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-



administrativa. La exposición de motivos de dicha Ley señala: "Se trae al texto de la Ley Jurisdiccional la regulación del proceso especial en materia de derechos fundamentales, con el mismo carácter preferente y urgente que ya tiene y con importantes variaciones sobre la normativa vigente, cuyo carácter restrictivo ha conducido, en la práctica, a un importante deterioro de esta vía procesal. La más relevante novedad es el tratamiento del objeto del recurso -y, por tanto, de la sentencia- de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico. La Ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos". En este sentido, consideramos que es posible admitir que en casos límite en los que un aspecto determinado de la educación de un menor, que en principio pudiera ser problema de mera legalidad ordinaria, se plantea con intensidad o caracteres específicos que ponen en entredicho el cumplimiento pleno por el sistema educativo de los fines esenciales que le son propios, no hay impedimento real para que pueda tramitarse el recurso contencioso-administrativo por esta vía especial regulada en la nueva Ley de la Jurisdicción.

Tercero.- Antes de entrar en el análisis jurídico del asunto traído a la vista es preciso realizar, como punto de partida, un análisis de los hechos que deben servir como sustrato de la decisión que se adopte. A este respecto hemos de comenzar por decir que la prueba aportada por los demandantes para acreditar las afirmaciones que realizan es, fundamentalmente, un informe pericial aportado con la demanda (art. 336.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que ha sido ratificado, comentado, explicado y ampliado por su autor, D. Francisco Gaita Homar, a presencia judicial y de las partes (art. 347). Este dictamen ha de ser valorado conforme a los dictados de la sana crítica (art. 348). Pues bien, debemos comenzar por poner de manifiesto, respecto de este dictamen, que, aunque ha sido emitido por perito designado por la parte y no judicialmente, presenta, por las razones que vamos a exponer



seguidamente, las máximas consideraciones a efectos probatorios. Las razones que llevan a esta conclusión son las siguientes:

1º.- El minusvalor que tradicionalmente se ha venido aplicando a los dictámenes emitidos por perito no judicial viene determinado no por la menor preparación o prestigio de quienes los emiten, sino por la desconfianza respecto a la influencia que el interés particular de la parte que encarga y paga el trabajo haya podido ejercer sobre la objetividad del profesional. Sin necesidad de entrar en la cuestión de si la nueva regulación de la prueba de peritos introducida por la Ley de Enjuiciamiento Civil debe hacer replantear la consideración que hay que dar a este tipo de prueba, consideramos que no es imaginable que en el supuesto de autos los padres de la menor hayan pretendido obtener un dictamen que no responda a la opinión sincera y científicamente meditada, no torcida ni mediatisada por intereses espúreos, de quien lo emite. Nos hallamos ante un asunto y materia peculiar, en el que no es pensable que los demandantes (ni, desde luego, ninguna de las demás partes que intervienen en autos) tengan otro objetivo o interés que el de la menor de cuya educación se trata. Por ello, aunque esté en juego, sin duda, el interés *particular* de la menor y de sus padres en su desarrollo, este interés *particular* no puede merecer la desconfianza que en otros casos generan tales intereses respecto de los informes que vienen a avalar la pertinencia de satisfacerlos, dado que es incompatible con la satisfacción del interés que se persigue el satisfacerlo a través de dictámenes que no respondan a una voluntad de aportar una opinión rigurosa y objetiva. Por otro lado, en este especial caso, tal interés *particular* en la adopción de la medida más correcta se identifica y confunde precisamente con el interés público, pues si los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad son siempre fundamento del orden político y la paz social (art. 10 C.E.), lo son especialmente cuando afectan a un menor, ya que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada).

Estas reflexiones, pues, unidas a lo que indicaremos a continuación, nos animan decididamente a dar al informe pericial aportado una consideración similar

a la que tendría el emitido por perito designado con las debidas garantías.

2º.- La ratificación, explicación y ampliación de su dictamen que D. Francisco Gaita Homar prestó a presencia judicial, y la cumplida y seria respuesta que ofreció a cuantas cuestiones le fueron planteadas, todo ello realizado con respeto escrupuloso del principio de inmediación judicial, confirma en el ánimo del Tribunal la conclusión a la que se acaba de llegar, y lo lleva a la convicción de que el perito ha actuado con todo el rigor y objetividad que cabe exigir, guiado únicamente por los conocimientos adquiridos en su dilatada carrera y por el interés superior del menor. En el mismo sentido, D. José Antonio Cerozo Aledo, pedagogo del Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica, que leyó el informe mencionado y estuvo presente en el acto de ratificación del mismo, no puso objeción alguna en cuanto al respeto que le merecía el dictamen. Su valoración será realizada, pues, según hemos dicho, de forma similar a la que tendría el dictamen emitido por perito designado judicialmente.

3º.- En realidad ninguna de las partes intervenientes ha hecho cuestión o ha negado los hechos esenciales alegados por los demandantes (lo cual sería por sí sólo argumento suficiente para hacerlo), sin perjuicio de que hayan opuesto reparos legales para aceptar la pretensión formulada. Así, aparte de la falta de negación de los hechos en los escritos de contestación a la demanda, véase también el comportamiento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la pieza de medidas cautelares, donde no se opuso a lo intercado por los demandantes hasta que entró en conocimiento del contenido de la Orden de 24 de abril de 1996.

Cuarto.- Pues bien, dicho lo anterior hemos de señalar ya que de la prueba obrante en autos, apreciada según las reglas de la sana crítica y en conciencia, podemos dar por probados los hechos siguientes:

1º.- La niña [REDACTADO] posee condiciones de sobredotación intelectual que hacen precisa la debida flexibilización del periodo obligatorio de escolarización, reduciéndolo. Con una edad fisiológica de 6 años posee una edad mental de 9.

2º.- Ya con vistas al curso 2000/2001, el Director del Colegio Público



Fernando de Rojas, a instancia de los padres, remitió a los órganos competentes de la Consejería de Educación solicitud de anticipación de la escolarización en el primer curso de Educación Primaria, con todos los informes favorables del Director, Tutora, Equipo Psicopedagógico e Inspección Educativa. La solicitud fue desestimada por el Director General de Política Educativa, principalmente por determinadas carencias de la documentación remitida, sin dar posibilidad para su subsanación.

3º.- Como consecuencia de tal denegación, en el curso 2000/2001 [REDACTED] cursó tercero de Educación Infantil. Se da por probado, a la vista de los informes que se emitieron antes del inicio del curso 2000/2001, puestos en relación con los emitidos posteriormente y que obran en autos, y con la diligencia de ratificación y ampliación del informe pericial emitido por D. Francisco Gaita, que hubiera sido más adecuado y conveniente para las necesidades de la menor el que en ese momento se hubiera aceptado la solicitud de adelanto de la Educación Primaria.

4º.- En el curso 1999/2000, en concreto en enero de 2000, [REDACTED] se encontraba integrada y sin problemas de ansiedad o comportamientos disruptivos en clase. Sin embargo, al finalizar el curso 2000/2001 se manifestaba ya una situación de desadaptación, con desmotivación, baja autoestima y comportamientos de intolerancia. En el colegio la niña se aburría y llegó a mentir para no tener que afrontar su asistencia a clase. Estaba cansada de tener que hacer siempre lo mismo, y con sus compañeros en ocasiones presentaba comportamientos pasivos, ocultando su verdadera capacidad intelectual y talento. Todo ello puede suponer un freno a su desarrollo intelectual, escolar y creativo, que repercutirá en su madurez afectiva oprimiendo el desarrollo y expansión emocional a todos los niveles. La falta de adopción de las medidas adecuadas implicaría, con mucha probabilidad, un aumento de la ansiedad con respuestas de evitación y escape frente a la situación académica, lo cual es un estímulo de alta frustración. La falta de adopción de medidas adecuadas sólo puede provocar un freno a su desarrollo intelectual, escolar y creativo, que además repercutirá en su madurez afectiva, oprimiendo el desarrollo y expansión emocional a todos los niveles.

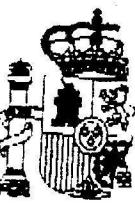
5º.- Con vistas al corriente curso 2001/2002, los padres solicitaron nuevamente la flexibilización en cuestión. Se produjo inicialmente una denegación presunta, que es el acto recurrido; después aparece en el expediente una



denegación expresa de fecha 31 de julio de 2001 (véase el último folio del expediente administrativo), resolución que no consta que llegara siquiera a ser notificada, y a la que ninguna de las partes hace alusión; por fin, se aceptó la flexibilización por resolución de 14 de agosto de 2001, pero en un solo curso; es decir, se acordó que la alumna cursase 2º de Educación Primaria en lugar de 1º, pero no se admitió que cursase 3º según se solicitaba. Esta decisión la tomó la Administración sin realizar nuevos estudios, recabar nuevos informes o emitir nuevos dictámenes adicionales a los que emitió en enero de 2000; es decir, lo hizo simplemente sobre la base de los mismos estudios, informes y dictámenes que en su momento habían motivado la denegación de la flexibilización que ahora sin embargo se acordaba, aunque en un solo curso; véase, a este respecto, como prueba de lo dicho, la comunicación a la Sala por telefax de 7/9/2001, obrante en autos, donde se indica que la decisión de 14 de agosto de 2001 se tomó sin que conste documentación adicional alguna a la ya incorporada al expediente remitido a la Sala el 7 de agosto de 2001.

6º.- [REDACTADO] pertenece al tipo de niño sobredotado de tipo "convergente". Es decir, su edad mental converge con su madurez socioafectiva, a diferencia de los niños sobredotados "divergentes", en los que la edad intelectual diverge de su madurez afectiva y social. En este último caso (niños sobredotados divergentes), la adecuación del curso a la estricta edad mental no resulta conveniente, por los desequilibrios que se podrían producir en el aspecto de madurez socioafectiva. Sin embargo, en el caso de los niños sobredotados convergentes es posible una aceleración educativa de más calado, pues la misma no supone ocasionar una divergencia o inadecuación acusada entre el nivel socioafectivo de los compañeros que la rodeen en el nuevo curso y los de la menor, sino al contrario.

7º.- En cuanto al nivel de competencias curriculares de la niña, el Sr. Gaita Homar remarcó la necesidad de estudiarlo, si bien puso de manifiesto que debería tenerse en cuenta lo que supone su rápida capacidad de aprendizaje. Pues bien, en el estudio de competencias curriculares realizado por el D. José Antonio Cerezo con fecha 10 de octubre de 2001 (es decir, al principio del curso) resultó que en cuanto a los objetivos del primer curso de Primaria, que aún no había cursado, obtuvo un cumplimiento de los mismos del 76,9 % en el grado máximo y del 15,3 % en grado



suficiente; sólo un 7,6 % de los objetivos, que además aparecían circunscritos a un área específica (educación musical), aparecía como no alcanzado en todas las capacidades previstas, pero con apreciación de madurez y posibilidades de progreso. En cuanto a segundo nivel de Primaria, que obviamente tampoco había cursado aún, tenía el grado máximo de cumplimiento de los mismos en un 66,6 %, en un grado suficiente en el 17,9 %, y en un 25,6 % de los objetivos no había alcanzado todas las capacidades previstas, pero con apreciación de madurez y posibilidades de progreso (en este caso se centran estos supuestos en las áreas de educación musical y artística y matemáticas, teniendo una aptitud sobresaliente en todas las demás).

Si se pone en relación este grado de competencia curricular con la capacidad de aprendizaje y adaptación que ha quedado demostrada a través de la prueba pericial, se concluye que la afirmación categórica del Sr. Gaita Homar de que el nivel que resulta más adecuado es el de 3º no puede sino compartirse por esta Sala, pues resulta que en la niña mencionada convergen los tres elementos precisos, a saber: la edad mental adecuada a tal curso, la madurez socioafectiva suficiente y la competencia curricular bastante, sin perjuicio de que pudiera realizarse una adaptación curricular para facilitarle el progreso en las muy concretas áreas en las que manifiesta un menor grado de competencia curricular pero con apreciación de madurez y posibilidades de progreso. Frente a ello, no se ha aportado el más mínimo elemento probatorio que obligue a llegar a otra conclusión.

Quinto.- Así pues, la Sala ha alcanzado la convicción, a partir de los elementos probatorios obrantes en autos, apreciados de forma motivada y conforme a la sana crítica, de que el nivel escolar que la personalidad y capacidades de [REDACTED] está demandando para evitar la frustración de un desarrollo íntegro de sus capacidades, aptitudes y madurez emocional, es el de tercero de Educación Primaria. Por ello entendemos que otra solución pone en peligro el libre e íntegro desarrollo de su personalidad y afecta por tanto al núcleo esencial de su derecho a la educación.

como normativa básica en el materia, y que regula las condiciones y procedimiento para flexibilizar excepcionalmente la duración del período de escolarización obligatoria de alumnos con condiciones de sobredotación intelectual, establece, en su artículo 3.2, lo siguiente: "*Podrá autorizarse la flexibilización, con carácter excepcional, del período de escolarización obligatoria, reduciéndolo un máximo de dos años. En ningún caso podrá aplicarse la reducción de los dos años en el mismo nivel o etapa educativa*". Además, el artículo 4.2 reitera la imposibilidad de privar al alumno de más de un curso de la Educación Primaria.

Esta Orden vino a llenar un vacío que con respecto a las necesidades especiales de este tipo de niños existía en nuestro sistema educativo. Puede comprobarse en la declaración del Sr. Cerezo cómo la atención específica a este tipo de niños es cosa reciente, y existen algunas sentencias de Tribunales Superiores que han abordado el problema de este tipo de niños en relación con períodos anteriores a la existencia de regulación específica sobre la materia (así, ss. de la Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S.J. de Canarias -sede Las Palmas- de 28/10/97 y 23/9/98 o de la Sala de Sevilla del T.S.J. de Andalucía de 25/1/99).

La Ley Orgánica 1/90, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, reguló en su Capítulo V del Título I la llamada "educación especial", estableciendo en su art. 36 que "El sistema educativo dispondrá de los recursos necesarios para que los alumnos con necesidades educativas especiales, temporales o permanentes, puedan alcanzar dentro del mismo sistema los objetivos establecidos con carácter general para todos los alumnos". Esta previsión alcanza, pues nada se dice en contra, tanto el caso de los niños infradotados como el de los sobredotados. Antes, el art. 3, tras regular los tipos de enseñanzas, dispone, en su párrafo 5, que "Las enseñanzas recogidas en los apartados anteriores se adecuarán a las características de los alumnos con necesidades especiales". Por su lado, el art. 36.3 dispone que "La atención al alumnado con necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización y de integración escolar", y el 37.2, que "La atención a los alumnos con necesidades educativas especiales se iniciará desde el momento de su detección. A tal fin, existirán los servicios educativos precisos para estimular y favorecer el mejor desarrollo de estos alumnos". La Ley de Ordenación General del Sistema Educativo contiene pues una regulación de principios que no



atención personalizada y plena al alumno que hemos visto más arriba, existen otros, como el de normalización o integración (art. 36.3 de la L.O.G.S.E.), que podrían legítimamente ser potenciados o considerados de importancia singular por la Administración educativa, que es quien toma la decisión de dictar la Orden con el contenido que tiene. Ahora bien, la Sala considera que si bien la potenciación de un principio legal por el aplicador de la norma puede dejar parcialmente en sombra otro, lo que no puede hacerse es potenciarlo de tal modo que dé lugar a una regulación completamente rígida que impida la plena aplicación, cuando se demuestre la procedencia de hacerlo, del otro principio en juego, el de la formación personalizada que propicie una educación integral al máximo de las capacidades, e impida el examen pleno e íntegro de las necesidades reales del caso específico. Especialmente cuando resulta que la falta de atención personalizada puede afectar directamente, y afecta en este caso, al libre desarrollo de la personalidad.

La Ley, como expresión de la voluntad soberana, podría haber establecido los límites, con el rigor que el cuerpo legislativo hubiera considerado procedente, de la flexibilización. No lo hizo así, sino que estableció simplemente un grupo de principios de actuación. Pues bien, siendo ello así, sin duda es legítima y necesaria la actuación de la Administración educativa en la determinación de las condiciones de la atención a este tipo de niños. También es legítima la decisión de potenciar ciertos principios de los señalados por la Ley, entre ellos el de integración social. Pero no lo es el establecer límites infranqueables cuando se demuestra que el principio de atención personalizada del alumno puede exigir, aunque sea en casos especiales, el franquear, de forma controlada y revisable, tales límites.

Es evidente que un cociente intelectual determinado no es título que habilite para realizar adaptaciones desaforadas de nivel, en un intento de adecuar a cualquier costa la edad mental al nivel escolar. Ha quedado claro en autos que una cosa es el cociente intelectual, otra el nivel de madurez afectiva y social y una tercera el nivel de competencia curricular. Nada parece que pudiera objetarse al establecimiento por la Orden de límites estrictos a pretensiones de adelantamiento que no tuvieran en consideración todos elementos mencionados. No es admisible una adecuación al nivel intelectual si el niño se va a encontrar socioafectivamente desplazado, o si va



currículo del curso correspondiente. Pero cuando, como se ha demostrado por los demandantes, los tres factores convergen de forma más que razonable y ello lleva a que un experto emita una opinión rotunda y clara, frente a la que no se opone de contrario más que el tenor de una decisión de la Administración educativa (la Orden) que regula de forma radical e indiferenciada una materia que por definición reclama la individualización y la matización, no cabe sino concluir que la Orden se ha excedido de las habilidades implícitas o explícitas que la legitiman, y ha establecido una regulación que, válida en principio, resulta ilegal en cuanto que impone límites incondicionalmente rígidos y no adaptables a las necesidades personalizadas del alumno. Una medida de tal calibre requeriría de una habilitación legal clara en tal sentido, que no hallamos en nuestro Ordenamiento. Por tanto, la Orden resulta ilegal en el punto en que establece los límites de flexibilización con carácter incondicionadamente obligatorio.

Sexto.- Está claro que el derecho a la educación incorpora, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho (s. Tribunal Constitucional de 10-07-1985, núm. 86/1985; s. 27-11-1989, núm. 195/1989); y que en dicha procuración deberán tener una margen de discreción y decisión, sin que los usuarios del sistema y titulares del derecho puedan exigir una prestación del mismo a su capricho: "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 CCAA 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 o materias objeto de aprendizaje, organizando así mismo 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]" (s. 23-12-1994, núm. 337/1994). En similar



del derecho a conveniencia o capricho, sin sencillamente poniendo de manifiesto que el caso de autos demuestra, a nuestro juicio de forma palmaria, que en el ejercicio de una discreción legítima y de facultades de organización del sistema también legítimas y necesarias, la Administración educativa ha tomado una decisión que por lo radical de su modo de aplicación entra en conflicto con su obligación de satisfacer adecuadamente el derecho de que se trata, y ello sin poseer una habilitación legal suficiente y dañando principios legales que deben ser observados. La ya antes citada sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Las Palmas, a falta de regulación específica, llegó a conclusión parecida a la nuestra cuando indicó, con palabras que hacemos nuestras, que "Si el derecho a la educación tiene como finalidad el desarrollo de la personalidad del alumno, y el referido desarrollo requiere, a falta de Centros de Educación Especial u otros medios idóneos, el adelanto del mismo en uno o más cursos, la Administración ha de acceder a ello, no sólo porque así da cumplimiento a un precepto constitucional, sino porque así cumple a su vez con el propio presupuesto legal que, no olvidemos ha de ser interpretado conforme a la Constitución, y ello aunque se considere que faltan normas escritas que expresamente prevengan el acceso a los cursos superiores, por cuanto éstas puedan considerarse suplidadas, tanto por otras más generales, como por el propio precepto constitucional y, en último término, por los principios generales del derecho, valores superiores del ordenamiento jurídico, ya que el Derecho no es un fin en sí mismo sino un medio para alcanzar un fin de interés general".

Séptimo.- Todo lo anterior nos conduce a la necesidad de ordenar a la Administración educativa que proceda a verificar el acceso inmediato de la menor

[REDACTED] al segundo nivel del primer ciclo de la Educación Primaria. En el acto de ratificación del informe el perito Sr. Gaita Homar manifestó la inexistencia, a su juicio, de impedimentos a la adaptación pese a que el curso esté comenzado, siempre que se haga bajo el debido control y de forma progresiva.

También debemos recordar que la orden que damos no debe considerarse incompatible con la realización de adaptaciones curriculares que permitan suplir determinadas carencias concretas que en ciertas áreas específicas se puedan manifestar. Debemos igualmente recordar que el carácter esencialmente revisable



de este tipo de medidas establecido en la Orden Ministerial, a la vista del resultado de las mismas, debe entenderse aplicable a la presente, revisión que en cualquier caso habrá de hacerse de forma motivada y que podrá ser fiscalizada en ejecución de sentencia.

En fin, debe recordarse igualmente que, caso de no interponerse recurso de casación contra la sentencia por ninguna de las partes, esta Sala procederá a plantear seguidamente la cuestión de ilegalidad en relación con el específico aspecto de la Orden que ha sido considerado ilegal, para la revisión definitiva de su legalidad por el tribunal competente, que en este caso es la Audiencia Nacional.

Octavo.- El art. 104 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa permite el establecimiento por el Tribunal de un plazo especial para el cumplimiento de la sentencia cuando de otro modo se haga ineficaz la misma o se cause grave perjuicio. En el presente caso, la evitación de tales consecuencias impone necesariamente que el fallo proceda a ejecutarse de inmediato y sin dilación alguna, como se ordenará.

Noveno.- En cuanto a las costas del proceso, el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa permite su imposición a la parte que litigue con temeridad o mala fe, sin que en el presente caso concurra ninguna de las mencionadas circunstancias, por lo que no procede la imposición de las mismas.

Vistos los preceptos legales y demás de aplicación,

F A L L A M O S

1º.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo planteado;

2º.-Anulamos la desestimación por silencio administrativo de la solicitud formulada por los padres de [REDACTED] de que dicha niña fuese incorporada, para el curso 2001-2002, a tercer nivel de primer ciclo de Educación Primaria, así como la resolución de 14 de agosto de 2001 por la que se acordó la



flexibilización de modo que la menor accediera a segundo, pero no a tercero, como se solicitaba;

3º.- Declaramos que [REDACTED] debió ser escolarizada al inicio del curso 2001/2002 en el tercer nivel del primer ciclo de Educación Primaria, y declaramos asimismo y condenamos a la Administración a que proceda de inmediato a llevar a cabo su adaptación a dicho nivel bajo el control del Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica, que propondrá en su caso las adaptaciones curriculares que procedan; remítase el correspondiente oficio a los efectos mencionados;

4º.- No hacemos imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación para ante el tribunal Supremo en el plazo de 10 días.

A su tiempo , y con certificación de la presente para su cumplimiento, devuélvase el expediente al lugar de su procedencia.

En caso de quedar firme la presente sentencia por no haberse preparado o formalizado recurso de casación, dése cuenta de inmediato a fin de proceder a plantear ante el Tribunal competente la cuestión de ilegalidad sobre la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 24 de abril de 1996.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.