

En Logroño, a 13 de noviembre de 2008, el Consejo Consultivo de la Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, don Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros don Antonio Fanlo Loras, don Pedro de Pablo Contreras, doña Carmen Ortiz Lallana y don José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General don Ignacio Granado Hijelmo, siendo ponente don Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**136/08**

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura y Deporte, sobre Proyecto de Decreto por el que se regula la convivencia en los Centros docentes y se establecen los derechos y deberes de sus miembros.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

Por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de La Rioja se ha elaborado un proyecto de Decreto por el que se regula la convivencia en los Centros docentes y se establecen los derechos y deberes de sus miembros.

El procedimiento se inició por Resolución del Director General de Educación, de fecha 22 de noviembre de 2007.

El 27 de noviembre de 2007 se sometió a información pública un primer borrador a través de la página *web* de la Consejería, valorándose las alegaciones formuladas en informe de 21 de enero de 2008, suscrito por el Jefe de Servicio de Atención a la Diversidad, con el visto bueno del Director General de Ordenación e Innovación Educativa, el cual dio lugar a un segundo borrador.

El referido segundo borrador fue remitido, con fecha 15 de enero de 2008, al Consejo Escolar de La Rioja, que emitió su informe el día 31 de dicho mes y año. Las observaciones del Consejo Escolar fueron valoradas pormenorizadamente por el Jefe de Servicio de Atención a la Diversidad, con el visto bueno del Director General de

Ordenación e Innovación Educativa, en informe que, desconocemos si por error, lleva fecha de 21 de enero de 2008.

Mediante Resolución de 18 de junio de 2008, por la Secretaria General Técnica de la Consejería, se formula la oportuna diligencia de formación del expediente, previo informe-propuesta, de la misma fecha, suscrito por el Jefe del Servicio de Normativa y Asistencia Técnica.

Consta en el expediente una Memoria justificativa de la necesidad de la norma, firmada por el Jefe de Servicio de Atención a la Diversidad, con el visto bueno del Director General de Ordenación e Innovación Educativa, con fecha 21 de enero de 2008, a la que van incorporados, como anexo, los ya citados informes, de la misma fecha, sobre alegaciones recibidas en el trámite de información pública y el dictamen del Consejo Escolar de La Rioja.

### **Segundo**

Con fecha 5 de septiembre de 2008, emite su informe la Dirección General de los Servicios Jurídicos, cuyas observaciones dan lugar a un nuevo informe o Memoria de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, de fecha 19 de septiembre de 2008, y a un tercer borrador de la norma proyectada, de fecha 25 de septiembre del mismo año, que es el único que se nos ha remitido con el expediente y al que, en todo caso, tiene que entenderse referido el dictamen de este Consejo Consultivo.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito de 25 de septiembre de 2008, registrado de entrada en este Consejo el día 3 de octubre de 2008, el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

### **Segundo**

Mediante escrito de fecha 3 de octubre de 2008, registrado de salida el día 6 de octubre de 2008, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.**

El artículo 11.a) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, determina que el Consejo deberá ser consultado en relación con “*los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes estatales o autonómicas*”; precepto que viene a reiterar el artículo 12.2.C) del Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero.

Habida cuenta la naturaleza de la norma sometida a nuestra consideración, que se dicta en desarrollo de las Leyes Orgánicas 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la educación, y 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, resulta clara la aplicación de los citados preceptos de nuestra Ley y Reglamento reguladores y, por tanto, la procedencia del presente dictamen.

### **Segundo**

#### **Cumplimiento de los trámites del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.**

Este Consejo Consultivo viene insistiendo con reiteración sobre la importancia de observar las prescripciones establecidas en la ley en lo que se refiere al procedimiento para la elaboración de las disposiciones generales, no sólo como garantía de acierto en su elaboración, sino, además, por cuanto su incumplimiento es susceptible de ser apreciado, por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa y en caso de recurso, como generador de la ineficacia misma de las normas reglamentarias aprobadas.

Es, por ello, necesario someter a enjuiciamiento si se han cumplido los trámites establecidos en los artículos 33 a 41 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que son los siguientes:

### **A) Resolución de inicio del expediente.**

Según el artículo 33.1 de la Ley 4/2005, *“el procedimiento para la elaboración de los reglamentos se iniciará mediante resolución del órgano administrativo competente por razón de la materia”*.

En el presente caso, la Resolución de inicio del expediente fue dictada por el Director General de Educación el 22 de noviembre de 2007, lo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 6.1.4.i) del Decreto 41/2007, de 13 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte y sus funciones, en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Desde el punto de vista de su contenido, la indicada Resolución resulta suficiente. Conforme al artículo 33.2 de la Ley 4/2005, *“la resolución de inicio expresará sucintamente el objeto y finalidad de la norma, las normas legales que en su caso deba desarrollar, así como el fundamento jurídico relativo a la competencia ejercida”*. Todos estos aspectos se enuncian, aunque sea sucintamente, en la resolución.

### **B) Elaboración del borrador inicial.**

A tenor del artículo 34 de la Ley 4/2005:

*“1. El órgano del que emane la resolución de inicio elaborará un borrador inicial integrado por un preámbulo y por el texto articulado del reglamento que incluirá, en su caso, una disposición derogatoria de las normas anteriores que resulten afectadas.*

*2. El borrador inicial irá acompañado de una memoria justificativa acerca de la necesidad de la aprobación de la nueva norma, de su adecuación al objeto y finalidad fijados en la resolución de inicio, la incidencia que habrá de tener en el marco normativo en que se inserte, una relación de las disposiciones afectadas y la tabla de vigencias de las disposiciones anteriores sobre la misma materia, así como una valoración de los efectos previsibles que puedan seguirse de su aplicación. Finalmente, incluirá, en su caso, también los estudios e informes previos que le sirvan de fundamento, así como una relación de aquellos informes o trámites que se consideren necesarios en la tramitación del expediente.*

*3. En los casos de creación de nuevos servicios o de modificación de los existentes, o aquellos en los que de la aplicación del reglamento se prevea que van a derivar derechos y obligaciones de carácter económico, deberá adjuntarse al expediente un estudio del coste y financiación”*.

En este caso, se redactó, en efecto, un primer borrador, que es el que se sometió a información pública el 27 de noviembre de 2007, aunque el mismo no ha sido incorporado al expediente que se ha trasladado a este Consejo Consultivo.

Por lo mismo, desconocemos si dicho primer borrador fue acompañado de la Memoria a que se refiere el citado precepto legal, ya que la que se nos ha remitido lleva fecha de 21 de enero de 2008 y es de redacción posterior a la finalización del trámite de

información pública y la emisión de informe por el Consejo Escolar de La Rioja (aunque éste lleva fecha posterior, 31 de enero de 2008). Con independencia de estas irregularidades, que deben evitarse en el futuro, lo cierto es que la primera Memoria que obra en el expediente del que se ha dado traslado a este Consejo Consultivo cumple, en lo sustancial, en cuanto a su contenido, con los requerimientos del citado precepto legal.

### **C) Anteproyecto de reglamento.**

El artículo 35 de la Ley 4/2005 dispone lo siguiente:

*“1. Una vez elaborado el borrador inicial, así como la documentación complementaria a que se refiere el artículo anterior, el expediente se remitirá a la Secretaría General Técnica de la Consejería, cuyo titular, a la vista de su contenido declarará, en su caso, formado el expediente de anteproyecto y acordará la continuación del procedimiento por la propia Secretaría General Técnica.*

*2. Por la Secretaría General Técnica de la Consejería se determinarán los trámites e informes que resulten necesarios para garantizar el acierto y legalidad del reglamento.*

*3. Cuando se observaran defectos en la formación del expediente por el órgano administrativo que dictó la resolución de inicio el mismo podrá ser devuelto al citado centro a efectos de que se proceda a su subsanación”.*

La declaración de la Secretaría General Técnica a que se refiere este artículo se contiene en la Resolución de la misma de fecha 18 de junio de 2008, a la vista de la cual sólo cabe concluir que lo dispuesto en el citado precepto no ha sido, en este caso, correctamente cumplido, ya que tal declaración de formación del expediente debe ser en, todo caso, anterior a los trámites de información pública, audiencia corporativa y dictamen del Consejo Escolar. Este defecto en la tramitación no creemos pueda considerarse invalidante, pero nos vemos en la obligación de recordar la necesidad de cumplir estrictamente con el procedimiento legalmente requerido para la elaboración de disposiciones de carácter general.

### **D) Trámite de audiencia.**

La Ley 4/2005 regula expresamente este trámite (diferenciándolo del de información pública, del que se ocupa su artículo 37), que no era contemplado en la Ley 3/1995, de 8 de marzo, a la que aquélla viene a sustituir, pero en cuya obligatoriedad —fundada en la Constitución y en la legislación estatal de carácter tanto básico como supletorio, para los casos previstos en ella— había insistido este Consejo en numerosos dictámenes. A este respecto, el artículo 36 de la Ley autonómica vigente dispone lo siguiente:

*“1. El anteproyecto deberá someterse a la audiencia de los interesados, directamente o por medio de las entidades reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen, en los siguientes casos:*

*a) Cuando lo exija una norma con rango de Ley.*

*b) Cuando la disposición afecte a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.*

*2. No será exigible el trámite previsto en el punto anterior respecto de las entidades citadas si han sido consultadas en el procedimiento de elaboración o si han intervenido en él mediante la emisión de informes o participación en órganos colegiados.*

*3. La audiencia no será exigible en relación con los proyectos de disposiciones que regulen la organización del Gobierno, de la Administración General de la Comunidad Autónoma o de los entes integrantes de su Sector Público, salvo que en alguno de estos casos se regule la participación de los ciudadanos o de sus organizaciones y asociaciones representativas en el ejercicio de sus funciones u órganos. Tampoco será exigible el trámite de audiencia en relación a aquellas disposiciones que tengan por objeto exclusivo la regulación de los tributos o ingresos de derecho público.*

*4. El plazo de la audiencia debe ser adecuado a la naturaleza de la disposición, y no inferior a quince días. Por razones justificadas, y mediante acuerdo o resolución debidamente motivado, este plazo podrá reducirse a siete días”.*

En el presente caso, el trámite de audiencia corporativa se ha cumplido correctamente a través del dictamen del Consejo Escolar de La Rioja, tal y como prevé el apartado 2 del precepto legal transcrito, aparte de resultar el mismo plenamente satisfecho al haberse sometido igualmente el Proyecto de norma reglamentaria a información pública.

### **E) Informes y dictámenes preceptivos.**

Según el artículo 39 de la Ley 4/2005:

*“1. Los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen sus disposiciones reguladoras. El plazo para su emisión será el previsto en ellas, y a falta de previsión expresa, el de diez días.*

*2. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la tramitación del reglamento, en cuyo caso podrá interrumpirse la misma en tanto no se emitan e incorporen al expediente. El plazo de espera no podrá exceder en ningún caso de tres meses, salvo disposición legal que determine un plazo menor o establezca otros efectos ante la falta de emisión.*

*3. El anteproyecto de reglamento será informado por la Dirección General de los Servicios Jurídicos una vez cumplimentados todos los trámites y previamente a la emisión de los dictámenes que, en su caso, resulten procedentes”.*

En este caso, se ha cumplido adecuadamente el trámite preceptivo general de informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja.

En cuanto al informe del SOCE a que se refiere el art.4 del Decreto 127/2007, de 26 de octubre, no aparece en el expediente, siendo así que se prevén procedimientos

administrativos, concretamente los relativos a la tramitación de expedientes sancionadores en los Centros docentes, por lo que se estima que debiera recabarse dicho informe.

### **F) Integración del expediente y Memoria final del Anteproyecto.**

Finalmente, según el artículo 40 de la Ley 4/2005:

*“1. Concluidas las actuaciones de instrucción y con carácter previo a la emisión del dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja que en su caso deba emitirse, la Secretaría General Técnica encargada de la tramitación elaborará una memoria sucinta de todo el procedimiento, en la que se reseñarán los antecedentes, los trámites practicados y su resultado, las modificaciones introducidas en el texto del anteproyecto como consecuencia del contenido de los documentos e informes resultantes de los trámites de audiencia, información pública e informes preceptivos, así como una exposición motivada de aquellas que hayan sido rechazadas. La memoria deberá recoger expresamente una declaración motivada de la adecuación al ordenamiento jurídico del texto del anteproyecto.*

*2. El expediente de elaboración del reglamento se ordenará a partir de la resolución de inicio seguido del anteproyecto y documentación correspondiente, así como de los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.*

*3. En aquellos casos en que proceda la emisión de dictámenes por el Consejo Consultivo, y una vez recibido el mismo, se procederá a introducir las modificaciones que procedan en el texto del anteproyecto formulándose por la Secretaría General Técnica correspondiente la memoria final del anteproyecto, en aquellos casos en que la misma resulte necesaria, que precederá en todo caso a la formalización del proyecto de reglamento”.*

La Memoria a que se refiere el artículo 40.1 de la Ley 4/2005 es la suscrita por la Secretaria General Técnica de la Consejería con fecha 19 de septiembre de 2008, cuyo contenido responde a las exigencias impuestas por dicho precepto.

### **Tercero**

#### **Competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para dictar la norma proyectada.**

Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja constituye el primer y esencial presupuesto para la validez de cualquier clase de disposición proyectada, ora sea de rango legal, ora lo sea reglamentaria.

En este caso, la competencia autonómica ejercitada no puede ser otra que la que resulta de lo dispuesto en el artículo 10.1 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, según el cual corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que, conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma, lo desarrollen, y sin

perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la alta inspección para su cumplimiento y garantía.

El propio tenor del precepto estatutario pone de manifiesto la gran complejidad que presenta la delimitación del marco competencial en materia de educación y enseñanza.

El artículo 27 de la Constitución contempla y regula el derecho a la educación como un derecho fundamental. En consecuencia, conforme al artículo 81.1 de la misma, el *desarrollo* de dicho derecho fundamental corresponde a las Cortes Generales mediante Ley Orgánica.

Es, sin embargo, una cuestión discutida y discutible la de si el artículo 81.1 de la Constitución atribuye —implícitamente y más allá de lo que resulta del artículo 149 de la misma— una competencia exclusiva al Estado para llevar a cabo —mediante Ley Orgánica— el *desarrollo* de todos y cada uno de los derechos fundamentales, o si, por el contrario, la competencia estatal ha de determinarse en todo caso conforme a las reglas del citado artículo 149.1 y la reserva de Ley Orgánica se mueve dentro de los contornos del ámbito competencial que en cada caso corresponda al Estado, alcanzando, dentro de él, a lo que deba considerarse *desarrollo* del derecho fundamental de que se trate.

La respuesta del Tribunal Constitucional a esta cuestión no ha sido unívoca. Inicialmente pareció concebir la reserva de Ley Orgánica como atributiva de un ámbito específico de competencia al Estado al margen del artículo 149.1 CE, idea que se trasluce, por ejemplo, en la STC 5/1981, de 13 de febrero, que versaba justamente sobre el desarrollo del derecho fundamental a la educación. Mas tarde, sin embargo, incidiendo en el mismo derecho a la educación, la STC 137/1986, de 6 de noviembre, sustentó justamente la doctrina contraria y estimó que la parte de una Ley Orgánica no amparada en un título competencial de los que al Estado atribuye el artículo 149 de la Constitución (en este caso, en concreto, la regla 30ª del 149.1, a la que enseguida nos referiremos) era disponible para las Comunidades Autónomas con competencia en la materia. Finalmente, la STC 173/1998, de 23 de julio —relativa al derecho de asociación, sobre el que no hay ninguna atribución competencial específica al Estado en el artículo 149.1, aunque sí tiene la que resulta de la cláusula residual del artículo 149.3—, ratificó la doctrina de la STC 137/1986, pero a la vez parece hacer una importante concesión a su doctrina inicial al afirmar que el artículo 81.1 CE reserva a la Ley Orgánica —y, por tanto, al Estado— *“la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o ‘en cuanto tal’, en tanto que se atribuye la regulación de la ‘materia’ sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma”*; y en coherencia con ello señala que *“debe tenerse en cuenta que la Comunidad Autónoma al regular el régimen jurídico de las asociaciones sometidas a su competencia, no puede entrar a regular el desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho fundamental de asociación”*, ya que *“este es un ámbito reservado al Estado ex artículo 81.1 CE y las normas que las*

*Cortes Generales pueden dictar en su ejercicio constituyen un prius del que necesariamente debe partir la Comunidad Autónoma al regular, no el derecho de asociación en cuanto tal, sino el régimen de las asociaciones que surgen del ejercicio de ese derecho”.*

En cualquier caso, esta espinosa cuestión puede obviarse a los efectos de este dictamen si se tiene en cuenta la presunción de constitucionalidad de las leyes, a las que sólo el Tribunal Constitucional puede expulsar del ordenamiento, y que, en lo que respecta al derecho fundamental a la educación, el artículo 149.1.30ª CE atribuye expresamente al Estado la competencia exclusiva de dictar normas básicas para el desarrollo del artículo 27, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia. De este modo, a nuestro juicio, no cabría tachar de inconstitucional una norma autonómica que, respetando escrupulosamente lo establecido por el legislador orgánico, desarrolle lo establecido en la legislación estatal, incluso en la parte orgánica: si se acepta la tesis de la STC 137/1986, porque toda la ley estatal habría de entenderse de carácter básico y dictada al amparo del artículo 149.1.30ª; y, si se acepta el criterio de la STC 173/1998, porque en la regulación por el legislador orgánico acabaría el *desarrollo* del derecho fundamental y las Comunidades Autónomas podrían en lo demás servirse de su competencia sectorial en materia de enseñanza.

En el momento presente, tal desarrollo se contiene en las Leyes orgánicas 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, y 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. La primera no exceptúa ninguno de sus preceptos del carácter orgánico, por lo que todos sus contenidos vigentes han de ser respetados por las normas autonómicas. La segunda, en cambio, atribuye naturaleza de ley orgánica sólo a determinados preceptos, que aparecen enunciados en su Disposición Final Séptima. El resto de su contenido, al decir de su Disposición Final Quinta, “*se dicta con carácter básico al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.1ª* (condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales), *18ª* (bases del régimen jurídico de las administraciones públicas) y *30ª* (normas básicas para el desarrollo del artículo 27, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia) *de la Constitución*”, si bien dicha norma exceptúa de tal carácter básico a determinados preceptos que tampoco son orgánicos, por lo que la competencia del Estado para dictarlos sólo puede ser la residual que resulta de la primera frase del artículo 149.3 de la propia norma fundamental.

Pues bien, analizada la norma proyectada, entendemos que la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para regular la materia que nos ocupa *ex* artículo 10.1 EAR, ampara su contenido, ya que no infringe ninguno de los preceptos de carácter orgánico dictados por el Estado ni tampoco los calificados por éste como básicos y establecidos por él al amparo de las reglas 1.ª, 18.ª y 30.ª del artículo 149.1 de la Constitución. Lo primero tiene relevancia, en particular, en lo que se refiere a los derechos

y deberes de los distintos sectores de la Comunidad educativa que regula el Título IV de la norma proyectada, singularmente los de los alumnos y las familias, que son objeto de regulación en la LO. 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación (arts. 4 y ss., redactados por la LO. 2/2006); y lo segundo, en el resto del contenido del proyecto de Decreto.

Como hemos ya explicado, una norma que respete las prescripciones, orgánicas o no, de la legislación estatal debe entenderse amparada por la competencia autonómica en materia de enseñanza, que comprende, desde luego, la posibilidad de dictar preceptos que, sin innovar el sistema que resulte de aquella, lo perfilen, aclaren y garanticen, como, a nuestro juicio, ocurre en este caso.

Por lo demás, la competencia autonómica resulta corroborada por lo establecido en la Disposición Final Sexta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, a cuyo tenor *“las normas de esta Ley podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Primera, número 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación”*, ya que la materia regulada no se encuentra entre estas últimas ni, por tanto, ni una ni otra Ley Orgánica reservan su eventual regulación reglamentaria al Gobierno de la Nación.

Tal conclusión se reafirma, por lo demás, si se tiene en cuenta que el contenido de la norma proyectada viene a sustituir al del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, cuyo artículo 1 ceñía expresamente su ámbito de aplicación al ámbito territorial de gestión del Ministerio de Educación y Ciencia.

#### **Cuarto**

##### **Respeto al principio de jerarquía normativa**

Un problema distinto al tratado en el fundamento anterior es el de si la norma proyectada puede ser aprobada mediante Decreto adoptado por el Consejo de Gobierno de La Rioja, con rango meramente reglamentario, por tanto.

En principio, como hemos recordado en otras muchas ocasiones, en las materias en la competencia de la Comunidad Autónoma es de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación estatal, si no hay una ley autonómica interpuesta que lo impida, tal desarrollo puede efectuarse indistintamente mediante normas de rango legal o reglamentario. A este respecto, lo único que conviene recordar es que, como en otras ocasiones ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo, la opción por el reglamento implica someter la norma, no ya al principio constitucional de competencia, sino también al de jerarquía normativa, debiendo entonces respetarse la ley estatal desarrollada en su integridad, no sólo en los aspectos de la misma que tuvieren la condición de normas básicas o carácter

orgánico, lo que implica renuncia a la autonomía política y no meramente administrativa de que goza la Comunidad Autónoma.

En este caso, sin embargo, la cuestión resulta no ser tan sencilla por la presencia, al menos, de dos expresas reservas de ley cuya existencia no se ha considerado en el expediente:

a) En primer lugar, y con relación a prácticamente todo el contenido del proyecto de Decreto, la que resulta del artículo 53.1 CE, según el cual el ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo Segundo del Título I (entre los que se encuentra el derecho a la educación) sólo puede regularse por ley, que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial.

Esta reserva de ley conlleva la proscripción absoluta de los reglamentos independientes y la sola viabilidad de reglamentos de ejecución de las leyes, concebidos – como dice, en general, la STC. 83/1984, de 24 de julio– como *“complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley, lo que implica además la necesidad de que la remisión de la ley al reglamento sea expresa y concreta, habilitando al segundo tan sólo para regular aspectos adjetivos o instrumentales”* (cfr., entre otras muchas, Ss. TC. 37/1984, de 16 de noviembre; 37/1987, de 26 de marzo; o 99/1987, de 11 de junio).

En el caso que nos ocupa, la habilitación al reglamento puede entenderse efectuada en las Disposiciones Finales Primera y Sexta de la Leyes Orgánicas 8/1985 y 2/2006, aunque el “desarrollo” de las mismas por las Comunidades Autónomas no incluye remisión tan sólo a normas reglamentarias; y, analizado el contenido del proyecto de Decreto, puede llegar a considerarse que el mismo respeta la función que aquí corresponde al reglamento de “complemento indispensable” de las prescripciones de dichas Leyes Orgánicas. De todos modos, entendemos que sería conveniente la interposición de una ley autonómica que procediera al desarrollo legislativo en la materia que compete a la Comunidad Autónoma y que remitiera expresamente al reglamento para complementar sus prescripciones.

b) La segunda reserva de ley a considerar es mucho más delicada y problemática, y no es otra que la que resulta del artículo 25.1 de la Constitución, que alcanza a la potestad administrativa sancionadora.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional no ha negado que en ese ámbito —a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal, en el que rige sin excepciones el principio de tipicidad legal— no tengan una cierta función las normas reglamentarias. Lo que ha hecho es afirmar que no son conformes con el principio de reserva de ley *“las regulaciones reglamentarias independientes y no claramente subordinadas a la ley”*, de

modo que el artículo 25.1 CE “*resultaría vulnerado si la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones careciera de toda base legal o se adoptara en virtud de una habilitación a la Administración por norma de rango legal carente de todo contenido material propio, tanto en lo que se refiere a la tipificación de los ilícitos administrativos, como a la regulación de las correspondientes consecuencias sancionadoras*” (STC 83/1990, de 4 de mayo, que recoge doctrina reiterada en otras muchas).

Esta reserva de ley afecta de modo muy especial a los Títulos V, VI y VII del Proyecto de Decreto, claramente incardinables en el Derecho administrativo sancionador.

Ciertamente, en una primera etapa, el Tribunal Constitucional pareció excluir de la doctrina antes indicada a las llamadas *situaciones administrativas de sujeción especial*, como es el caso de la situación jurídica en que se encuentran los escolares respecto al Centro y, en general, a la Administración educativa (cfr., así, SSTC 2/1981, de 30 de enero, 2/1987, de 21 de enero, 42/1987, de 7 de abril, 190/1987, de 1 de diciembre, 69/1989, de 20 de abril, y 219/1989, de 21 de diciembre, además del Auto 408/1988, de 18 de abril). Luego, sin embargo, ha afirmado de forma incontestable la necesidad de seguir el principio de legalidad sancionadora también en ese ámbito (desde las SSTC 47/1990, de 20 de marzo, 61/1990, de 29 de marzo, 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio, y 207/1990, de 17 de diciembre), aunque admitiendo cierta flexibilidad —“*nunca supresión*” (STC. 61/1990, de 29 de marzo, fj. 8.º)— en el seguimiento de estos principios en las relaciones de supremacía especial.

En estas condiciones, y a pesar de haberse dictado en su momento por el Gobierno de la Nación el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, y existir hoy otras muchas reglamentarias autonómicas de parecido contenido —similar al que pretende incorporar al ordenamiento riojano el proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración—, la constitucionalidad de la norma reglamentaria proyectada nos parece más que dudosa.

En efecto, sobre no haber ni en la LODE ni en la LOE ninguna norma que claramente habilite al reglamento para regular el régimen disciplinario aplicable a los escolares, ni dichas leyes orgánicas ni ninguna otra ley del ordenamiento educativo contemplan los elementos básicos de las conductas sancionables (ni siquiera de las más graves), ni los principios del procedimiento sancionador a seguir, ni las sanciones mismas que supongan una limitación de los derechos de los alumnos.

De hecho, creemos que ninguna de las citadas Leyes Orgánicas avala la solución adoptada por el Proyecto de Decreto. La cuestión ha sido contemplada en la LOE de un modo diferente: afirmando la autonomía de los centros como parte del *desarrollo* orgánico del derecho a la educación (art. 118.2) e incluyendo en la misma la elaboración de un *proyecto educativo* propio (art. 120.2) del que forma parte el *plan de convivencia* (art. 121.2), término en el que está comprendido el régimen disciplinario aplicable a los alumnos.

Este planteamiento de la LOE nos parece conforme con la Constitución. La afirmación como contenido esencial o nuclear del derecho a la educación de la autonomía de los Centros modula ineludiblemente la aplicación al caso del principio de legalidad en materia sancionadora, puesto que, si dicha autonomía comprende la capacidad de autoordenación en materia disciplinaria —elaboración del *plan de convivencia*—, quíerese decir que la misma se contendrá inevitablemente en normas de naturaleza reglamentaria, en el caso de los Centros públicos, que son órganos de la Administración educativa, y en preceptos o estatutos de autonomía privada, en el caso de los Centros privados, sean concertados o no. Pero, en cualquier caso, el establecimiento de dicho régimen disciplinario es competencia de los Centros.

A las normas jurídicas generales, legales o reglamentarias, les asigna la LOE otra función: la de modular o delimitar la autonomía de los Centros, su capacidad de autonormación y autoorganización. Tal función resulta perfectamente reconocible en su artículo 118.2 (orgánico), según el cual: “*la participación, autonomía y gobierno de los Centros que ofrezcan enseñanzas reguladas en esta Ley se ajustarán a lo dispuesto en ella y en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, y en las normas que se dicten en desarrollo de las mismas*”; como también en su artículo 120.1, a cuyo tenor: “*los Centros dispondrán de autonomía pedagógica, de organización y de gestión en el marco de la legislación vigente y en los términos recogidos en la presente Ley y en las normas que la desarrollen*”, que matiza la afirmación del artículo 120.2 de que “*los Centros docentes dispondrán de autonomía para elaborar, aprobar y ejecutar un proyecto educativo y un proyecto de gestión, así como las normas de organización y funcionamiento del centro*”.

Así pues, tal autonomía puede ser limitada o modulada por normas autonómicas, ya que nuestra Comunidad tiene competencias para ello, pero lo que no cabe es que tales normas se dicten con preterición del principio de legalidad en materia sancionadora, cuyo cumplimiento únicamente están exceptuados —por razones obvias— los Centros docentes de los que se afirma dicha autonomía.

En consecuencia, la afirmación del artículo 121.3 LOE, según el cual “*corresponde a las Administraciones educativas establecer el marco general que permita a los Centros públicos y privados concertados elaborar sus proyectos educativos*”, no puede, a nuestro juicio, ser entendida como una autorización para establecer por vía reglamentaria una ordenación completa de carácter imperativo que, no sólo vincule a los Centros, sino que incluso se imponga a sus propias reglamentaciones internas (cuya aprobación compete al Consejo Escolar de cada centro) y rija necesariamente cuando no tengan ninguna. Unas determinaciones con tal alcance sólo podría establecerlas —dejando, en todo caso, a los centros el margen de autonomía que, sin contenido concreto, les garantiza la LOE— la ley,

colaborando, a partir de ellas, el reglamento en su concreción, aplicación y optimización técnica.

Por todo ello, estimamos que, en cuanto al régimen disciplinario de los estudiantes y en tanto no se produzca la necesaria intermediación de la ley —que puede ser autonómica—, el citado artículo 121.3 LOE sólo autoriza a la Administración educativa para, por vía reglamentaria, establecer el marco general en el que hayan de moverse los proyectos educativos y, en particular, los planes de convivencia a aprobar por los Centros, vinculando, por tanto, a éstos pero no directamente a los alumnos.

En definitiva, a nuestro juicio, la norma reglamentaria proyectada debiera aclarar que tiene por objeto establecer el marco general para que los Centros públicos y privados concertados puedan elaborar sus proyectos educativos y, en concreto, su plan de convivencia, obligando a dichos Centros a aprobar dichos Proyecto y Plan de conformidad con sus prescripciones —incluso mediante el simple Acuerdo de su Consejo Escolar de asumir sin modificaciones las mismas— en el plazo que se fije. Mientras tanto, podría aplicarse supletoriamente —por más que su constitucionalidad sea igualmente cuestionable— la normativa estatal a la que la norma proyectada vendrá a sustituir.

Lo anterior, sin embargo, no sirve para evitar que determinadas cuestiones que contempla la norma proyectada hayan de ser reguladas necesariamente por ley. Ya lo están los derechos y deberes de los estudiantes en los cuales se sustentan las normas de convivencia, aspecto en el que ya hemos dicho que estimamos posible y correcto el desarrollo reglamentario contenido en el Proyecto de Decreto; pero han de estarlo también, sin duda, las habilitaciones precisas para que pueda intervenir en el ejercicio de la potestad sancionadora, aunque sea tan sólo en vía de recurso, la Administración educativa (en concreto, la Dirección General competente, art. 64 del Proyecto de norma reglamentaria), tanto más en lo que se refiere a los Centros privados concertados, que no forman parte de aquélla; también, desde luego, las sanciones que signifiquen restricciones al derecho a la educación de los alumnos; y, por último, aquéllas prescripciones que modifican preceptos generales del ordenamiento, como es el caso de la inclusión de la reparación de daños como parte de la sanción (art. 43.1 del proyecto de Decreto), solución ésta que se dicta con preterición del régimen legal general de la responsabilidad civil y que, por tanto —por más que el Real Decreto 732/1995 también la contenga—, no está al alcance de una mera norma reglamentaria.

Con la autonomía reconocida por Ley Orgánica a los Centros docentes, en particular a los públicos y privados concertados, ocurre, en último término, lo mismo que, al decir del Tribunal Constitucional, sucede con los Ayuntamientos, a los que es la propia Constitución la que les garantiza la autonomía: que se flexibilizan, pero no se anulan, las consecuencias de la reserva de ley en materia sancionadora. Así, la importante STC 132/2001, de 8 de junio, afirmó que, *“del artículo 25.1 CE, derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la*

*tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza municipal- sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las Ordenanzas municipales”.*

Esta misma doctrina nos parece aplicable en nuestro caso a lo que propiamente han de calificarse como verdaderas infracciones y sanciones, pues indudablemente muchas de las correcciones que pueden adoptarse en el ámbito escolar, especialmente a alumnos sin edad suficiente para poder hablar de verdadera imputabilidad, se mueven en el terreno de las medidas educativas y no de las propias sanciones, por lo que, en él, aún debe ser mayor la flexibilidad y la autonomía, no sólo de los Centros docentes, sino aún de los mismos Profesores.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

La Comunidad Autónoma de La Rioja tiene competencia para dictar la norma proyectada.

### **Segunda**

En cuanto a su contenido, aunque una parte del Proyecto de Decreto es conforme con el ordenamiento jurídico, entendemos que el mismo infringe el artículo 25.1 de la Constitución en su regulación del régimen disciplinario de los alumnos, lo que ha de salvarse de acuerdo con las consideraciones contenidas en el último de los Fundamentos Jurídicos de este Dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero