



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 2 / 1 9 9 5

La Laguna, a 5 de junio de 1995.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *el Proyecto de Decreto por el que se regulan los derechos y deberes del alumnado de los centros docentes no universitarios (EXP. 54/1995 PD)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

La norma reglamentaria propuesta pretende ser ejecutiva de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (LODE), calificándose por ello de preceptiva la intervención de este Consejo Consultivo conforme disponen los arts. 10.6 de la Ley 4/1984, del Consejo Consultivo, y 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Ahora bien, en puridad, la norma proyectada pretende efectuar el desarrollo reglamentario de la legislación estatal existente en la materia, desarrollo que no tiene la condición estricta de ser ejecutivo de la Ley estatal supuestamente de cobertura (la LODE), pues ésta habilita al Gobierno del Estado -no podemos olvidar que nos encontramos en un ámbito material de actividad donde confluye materia orgánica y básica- para que por vía reglamentaria ejecute la Ley, su Ley de cobertura. La concreción ejecutiva de la LODE es, pues, responsabilidad del Estado no de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de que ésta con base en sus competencias pueda, en efecto, proceder al desarrollo de aquella legislación, con las limitaciones que resultan del bloque de la constitucionalidad aplicable en este caso. De ello es expresivo la disposición adicional primera.1 de la LODE, que contempla la posibilidad de que la misma pueda ser "desarrollada por las Comunidades Autónomas que tengan reconocida competencia para ello en sus respectivos Estatutos de Autonomía o, en su caso, en las correspondientes Leyes Orgánicas de transferencias de competencias" -

---

\* **PONENTE:** Sr. Fernández del Torco Alonso.

exceptuándose aquellas materias cuya regulación encomienda la LODE al Gobierno del Estado- lo que reconduce al art. 34.a).6 del Estatuto de Autonomía (EAC), norma que contempla las competencias legislativas y de ejecución de la Comunidad Autónoma en materia de enseñanza.

En suma, técnicamente, la norma reglamentaria propuesta no es ejecutiva de la LODE, sino de desarrollo de la misma, por lo que la solicitud de Dictamen en este caso pudiera no ser preceptiva -dado el tenor con que se halla formulado el art. 22.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que es la que, por remisión de la Ley autonómica, define los supuestos preceptivos de consulta sobre proyectos de normas reglamentarias-, aunque materialmente pudiera cumplir la función. Al respecto, debe recordarse que el Tribunal Constitucional, en la STC 204/1992, no dedujo, a efectos consultivos, mayores consecuencias de la distinción entre reglamento autonómico ejecutivo de Ley estatal o ejecutivo de Ley autonómica, cuestión en la que no entró por no ser sustancial a los efectos de la resolución del indicado proceso constitucional, que era, por cierto, la presunta inconstitucionalidad del art. 23, párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

## II

El precepto contenido en el art. 19.1 del Estatuto -conforme al cual "el Gobierno de la Comunidad cesa tras la celebración de elecciones"- no es exclusivo de nuestro Estatuto, ni una originalidad de otros textos estatutarios, pues es simplemente la mera reproducción del art. 101 del texto constitucional, norma calificada por la doctrina especializada como técnicamente imperfecta al no precisar inequívocamente el momento a partir del cual el Gobierno adquiere la condición de cesante, es decir, en funciones. La práctica parlamentaria ha identificado el comienzo de tal condición con el instante de la finalización del proceso de emisión de voto, es decir, el cierre de los colegios electorales. Por lo que atañe al procedimiento electoral recientemente realizado, el Gobierno autónomo canario entró en funciones a la 20 horas del 28 de mayo de 1995, situación en la que permanecerá hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno que, conforme dispone el art. 19.2 del Estatuto de Autonomía, tendrá lugar "en el plazo máximo de quince días, a contar de la fecha de nombramiento de Presidente". Durante tal período, como con casi general unanimidad ha precisado la doctrina especializada, las actuaciones del Ejecutivo deben quedar reducidas a la gestión de los asuntos de

trámite, estando únicamente legitimado para adoptar medidas de conservación pero no de disposición que pudieran comprometer la libertad configuradora del futuro Gobierno; excepción a la que deben añadirse aquéllas conexas a motivos de urgencia o cuyo mantenimiento podría generar daños irreparables. Consecuentemente, antes de la indicada fecha el Gobierno podía interesar Dictamen sobre el asunto referenciado, debiendo por ello este Consejo entrar a conocer y dictaminar el Proyecto de norma reglamentaria que se le ha remitido, aunque puede dudarse que por la naturaleza de la indicada norma el actual Gobierno, que está en funciones, pueda aprobarla con carácter definitivo.

No podemos olvidar que un Gobierno en funciones, privado como está de un Parlamento que le otorgue la confianza política, ve sustancialmente limitado su poder de dirección política, de forma que sólo le resta en su integridad el poder de administración ordinaria; es decir, la mera ejecución de las leyes existentes y un poder de intervención en casos de urgencia para evitar daños irreparables al interés público.

Las leyes existentes pueden atribuir al Gobierno poderes de ejecución rigurosamente determinados en el modo y en el tiempo o poderes ampliamente discrecionales que le dejan un amplio margen de apreciación sobre cuándo y cómo actuar. En el primer caso, el contenido político de los actos de ejecución es mínimo, porque la Ley deja un margen de decisión nulo o escaso al Gobierno. En el segundo caso, cuanto más amplia sea la discrecionalidad que la Ley deje al Gobierno, tanto más amplio será el contenido político de sus actos, por lo que, salvo los supuestos en que la inactividad gubernamental origine un daño irreparable, el Gobierno en funciones no los puede adoptar.

En el presente supuesto, se trata de aprobar un Reglamento de desarrollo de la LODE, la cual (disposición adicional primera.1) deja un espacio de creación normativa a las Comunidades Autónomas que les permite desarrollar políticas propias. Esto significa que un Reglamento de desarrollo, de la LODE en este caso, plasma la política propia de la Comunidad Autónoma en el ámbito educativo, lo cual, ciertamente, excede de lo que puede revisar un Gobierno en funciones que, por razones obvias, no puede desarrollar política alguna propia, sino limitarse a la administración ordinaria de los asuntos públicos.

Con tales consideraciones, se emite el presente parecer, ciertamente de forma sucinta, motivado fundamentalmente por poderosas razones de legalidad formal que a continuación procedemos a exponer.

### III

El Proyecto de Reglamento contiene una regulación de los derechos y deberes de los alumnos y tipifica las infracciones de éstos y sus correspondientes sanciones. Esto significa que pretende regular una materia reservada a Ley, conforme a los arts. 53.1 y 25.1 CE.

En cuanto a los derechos de los alumnos, salvo el de asociación, se puede entender que esa regulación primaria legal que impone la reserva a ley está cumplida por el art. 6.1 LODE, por lo que el Reglamento autonómico de desarrollo puede complementar la regulación básica del art. 6.1 sin necesidad de Ley autonómica. En cuanto al derecho de asociación de los alumnos, el art. 7.1 LODE dispone que "los alumnos podrán asociarse, en función de su edad, creando organizaciones de acuerdo con la Ley y con las normas que, en su caso, reglamentariamente se establezcan". Como no se trata aquí del derecho de asociación que se reconoce a todo ciudadano mayor de edad, sino de un derecho de asociación de los menores de edad que se ha de desarrollar en el interior de los centros, como resulta del art. 7.2 LODE, es obvio que la regulación primaria en esta materia corresponde a la Ley formal a la que remite el art. 7.1 LODE, cuyo tenor reconoce que no contiene una regulación de la materia a la cual baste como complemento un reglamento que la concrete, sino que precisa de una Ley formal de desarrollo. En consecuencia, el derecho de asociación de los alumnos no puede ser regulado por un reglamento autonómico independiente, sino que necesita de una Ley autonómica que vincule y habilite la potestad reglamentaria en esa materia.

En cuanto a las infracciones y sanciones administrativas que tipifica el Reglamento, hay que tener en cuenta que el principio de legalidad del art. 25.1 CE se traduce en un derecho subjetivo de carácter fundamental (SSTC 77/1983 y 3/1988) y que dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto en el ámbito penal como en el del Derecho administrativo sancionador, consistente en la existencia de normas previas que predeterminen con suficiente precisión (*lex certa*) las conductas prohibidas y sus correspondientes sanciones; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una

norma de rango legal que determine los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (STC 3/1988), de modo que la remisión que opere en favor del Reglamento para completar su normación impida una regulación independiente no claramente subordinada a la Ley. Esta exigencia de legalidad formal y tipicidad en el campo administrativo sancionador el Tribunal Constitucional la entiende aplicable a las denominadas relaciones de sujeción especial (STC 61/1990).

La LODE, respecto a los deberes de los alumnos, a las conductas que suponen infracción de éstos y a las correspondientes sanciones, no contiene más que el art. 6.2, cuyo tenor genérico ("Constituye un deber básico de los alumnos, además del estudio, el respeto a las normas de convivencia dentro del centro docente") no determina los elementos esenciales de las infracciones administrativas de los alumnos ni la naturaleza y límites de sus correspondientes sanciones; de modo que todo Reglamento que con base en él pretenda dictarse con el fin de tipificar infracciones y sanciones administrativas en el ámbito docente, contendrá necesariamente una regulación independiente y no subordinada a la Ley por ausencia de parámetro legal. De ahí que en esta materia, por imperativo del art. 25.1 CE, sea necesaria la existencia de una previa Ley autonómica que predetermine y habilite al Reglamento.

Ciertamente, que el Estado, sin más base que el art. 6.2 LODE, dictó el RD 1.543/1988, de 28 de octubre, regulando el régimen de faltas y sanciones de los alumnos no universitarios; y que la STS, de 9 de mayo de 1994, hace suya un fundamento de derecho de la Sentencia apelada donde se rebate la alegación de que aquel RD 1.543/1988 vulnera el art. 25.1 CE con la cita del FJ 14 de la STC 77/1985, de 27 de junio, donde se admite la colaboración normativa del Reglamento con la Ley Orgánica. Pero el que el Reglamento pueda colaborar con la Ley en la regulación de las materias reservadas a ésta por la Constitución sólo lo admite el Tribunal Constitucional "siempre, como es claro y exigible para cualquier caso de reservas, que la remisión a Reglamento no suponga deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado" (STC 77/1985, de 27 de junio). Por otro lado, ese pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la legalidad del RD 1.548/1988 es un *obiter dicta* contenido en una única Sentencia dictada en apelación, no en casación, que, además, no puede oponerse (art. 123.1 CE, art. 5.1 LOPJ) a la doctrina

constitucional contenida en las SSTC 18/1981; 159/1986; 2, 42 y 133/1987; 3 y 101/1988; 29, 69, 150 y 219/1989; y 61/1990, que se ha resumido arriba.

El Proyecto de Reglamento regula en su art. 40, sin nombrarlo así expresamente, un derecho de inasistencia a clase en los centros donde se impartan enseñanzas de nivel superior a la educación primaria. La regulación de ese derecho a inasistencia a clase es simultáneamente una regulación del derecho fundamental a la educación y del deber de estudio (art. 6.2 LODE) y del derecho fundamental a la creación de centros docentes el cual comprende el derecho a establecer su régimen interno y normas de convivencia (art. 25 LODE). Es patente que la regulación de todos estos derechos está reservada a la Ley (art. 53.1 CE), por lo que sin un pronunciamiento previo de ésta admitiendo un derecho de inasistencia a clase y trazando su disciplina fundamental un Reglamento no puede reconocerlo ni regularlo.

Por último, los arts. 63 y siguientes del Proyecto de Reglamento se dirigen a regular la figura del Defensor del Estudiante atribuyéndole en sus arts. 63 y 64 unas funciones que son subsumibles en las que, con carácter general, los arts. 1 y 11, en relación con el art. 16.1 y 26 y 27 de la Ley 1/1985, de 12 de febrero, atribuyen al Diputado del Común. Sin previa habilitación legal, un Reglamento no puede sustraer a una institución autonómica funciones atribuidas por su Ley constitutiva, que tiene, además, carácter institucional.

## CONCLUSIONES

1. Un Gobierno en funciones no puede adoptar un Reglamento como el proyectado, conforme se argumenta en el Fundamento I.

2. La proyectada regulación reglamentaria de los derechos de los alumnos, además de reproducir indebidamente normas estatales que de tal suerte devienen autonómicas, contraviene la reserva de Ley a la que se halla afecta la regulación del derecho de asociación de los alumnos y de la inasistencia colectiva a clase, materias que, por consistir en regulación de derechos reservados a ley, necesita de una ley previa que establezca su disciplina fundamental y habilite la potestad reglamentaria en esa materia.

3. La regulación de infracciones y sanciones administrativas sin más base que la genéricamente deducida del art. 6.2 LODE vulnera la reserva de ley del art. 25.1 CE. Sin una ley previa que determine los elementos esenciales de las conductas reprochables y sus correspondientes sanciones, es imposible que por Reglamento se regulen estas materias.

4. Por medio de Reglamento no se pueden sustraer, en el ámbito de la Administración educativa, funciones que con carácter general le atribuye la Ley al Diputado del Común. Por ello, por vía reglamentaria, sin previa habilitación legal, no se puede crear la figura del Defensor del Estudiante.