

Dictamen nº: **412/17**

Consulta: **Consejero de Educación e Investigación**

Asunto: **Proyecto de Reglamento Ejecutivo**

Aprobación: **11.10.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 11 de octubre de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 5.3.c) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por la que se somete a dictamen el Proyecto de Decreto del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 52/2015, de 14 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo del Bachillerato. Formula voto particular el letrado-vocal D. Carlos Yáñez Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El consejero de Educación, Juventud y Deporte, por escrito firmado el 1 de septiembre de 2017, que ha tenido entrada en este órgano el día 4 de septiembre de 2017, formuló preceptiva consulta a esta Comisión Jurídica Asesora y correspondió su ponencia al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por mayoría, en la reunión del Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora, en su sesión de 11 de octubre de 2017.

SEGUNDO.- Contenido del proyecto de decreto.

Tal y como señala la parte expositiva del proyecto, se pretende modificar el contenido del Decreto 52/2015, de 21 de mayo, del consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo del Bachillerato con un triple objetivo.

En primer lugar, se trata de acomodar el texto del citado Decreto a lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en cuanto a las enseñanzas de religión de segundo curso.

En segundo lugar adaptar el currículo de Bachillerato a lo dispuesto en las Leyes 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid y 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid.

Por último, se ha considerado oportuno incluir, como elemento transversal, la prevención de la violencia en el deporte.

El proyecto normativo sometido a dictamen consta de una parte expositiva y de una parte dispositiva integrada por un artículo único por el que se modifican los siguientes apartados del Decreto 52/2015, de 21 de mayo, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo del Bachillerato:

- Artículo 8 apartado 4.h

Se añade que la religión es de oferta obligada por los centros.

-Artículo 10.1

Se añaden dos párrafos relativos a la sensibilización en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos y los principios de

igualdad y no discriminación, incluidos los concernientes a la orientación sexual y la identidad de género. Asimismo los centros adoptaran medidas para evitar y, en su caso, eliminar, contenidos que impliquen discriminación o violencia física o psicológica o pueda inducir a la comisión de delitos de odio basados en la diversidad sexual y de género.

La programación docente deberá contener pedagogías adecuadas para el reconocimiento y respeto de las personas LGTBI y sus derechos.

Asimismo, se añade otro párrafo incluyendo en el currículo que se fomentarán acciones y valores de respeto, deportividad y trabajo en equipo en todas las actividades deportivas a fin de prevenir actitudes y conductas antideportivas.

-Anexo III

En el horario lectivo del segundo curso de Bachillerato se añade un “signo de llamada” con el siguiente tenor: «“(*)” al objeto de recordar que se trata de una materia de oferta obligada en todas las modalidades, como expresa la correspondiente nota a pie de página».

Completa el proyecto de Decreto una disposición final única que establece la entrada en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- Contenido del expediente remitido.

El expediente objeto de remisión a esta Comisión Jurídica Asesora consta de los siguientes documentos:

1. Texto del proyecto de decreto (documento nº1 del expediente administrativo).

2. Memorias abreviadas del Análisis de Impacto Normativo de 19 de julio de 2017 y 22 de agosto de 2017, elaboradas por el director general de Educación Infantil, Primaria y Secundaria (documento nº 2 del expediente administrativo).

3. Dictamen nº 13/2017 de la Comisión Permanente del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, aprobado en la sesión de 17 de mayo de 2017 en el que se recogen diversas observaciones de mejora de la redacción al proyecto normativo. Se recoge un voto particular de dos consejeras en el que consideran que el proyecto no cumple correctamente las previsiones de las Leyes 2/2016 y 3/2016 y destacan que no se ha dado audiencia a las organizaciones y colectivos LGTBI en contra de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 3/2016. Consta otro voto particular de dos consejeros en el que se oponen al contenido transversal y consideran que debería modificarse el contenido curricular específico.

4. Dictamen nº 36/2017 de la Comisión Permanente del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, aprobado en la sesión de 27 de julio de 2017 en el que no se hacen observaciones al proyecto. No constan votos particulares al mismo.

5. Informe de 11 de abril de 2017 de la Dirección General de la Mujer, sobre el impacto por razón de género.

6. Informe sin fecha de la Dirección General de la Familia y el Menor, sobre el impacto en materia de familia, infancia y adolescencia en el que no se hacen observaciones al considerar que no tiene impacto en esa materia.

7. Informe sobre el análisis y valoración de impacto por razón de orientación sexual e identidad y expresión de género firmado el 10 de

abril de 2017 por el director general de Servicios Sociales e Integración Social.

8. Escritos por los que no se formulan observación al proyecto de las Secretarías Generales Técnicas de Economía, Empleo y Hacienda (28 de abril de 2017), Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio (18 de abril de 2017), Políticas Sociales y Familia (27 de abril de 2017), Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno (12 de abril de 2017) y Transportes, Vivienda e Infraestructuras (24 de abril de 2017).

9. Escrito de 27 de abril de 2017 de la Secretaría General Técnica de Sanidad en el que considera que el proyecto debería citar los artículos de las leyes que pretende desarrollar y propone una redacción alternativa.

10. Escrito de alegaciones presentadas por un ciudadano el 31 de julio de 2017 en el trámite de audiencia e información pública tras la publicación del proyecto normativo en el Portal de Transparencia, en el que propone que se incluya en los contenidos curriculares una previsión sobre las principios en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

11. Informe del secretario general técnico de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de 28 de julio de 2017.

12. Informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid de 2 de agosto de 2017.

13. Certificado del secretario general del Consejo de Gobierno, de 29 de agosto de 2017, relativo a la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid sobre el proyecto de decreto.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.c) de la Ley 7/2015 de 28 de diciembre, que dispone que “*la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: [...] c) Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, y sus modificaciones*”; y a solicitud del consejero de Educación, Juventud y Deporte, órgano legitimado para ello de conformidad con el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA): “*Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la comisión Jurídica Asesora, este será recabado: a) Las solicitudes de la Administración de la Comunidad de Madrid, por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros*”.

La naturaleza de reglamento ejecutivo de las disposiciones reguladoras de los currículos y organización de enseñanzas no ha resultado pacífica, como ya tuvo ocasión de expresar el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen nº 573/13, de 27 de noviembre en el que, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2010 (recurso nº 3980/2008), concluía que no cabía sino considerar que los proyectos de decreto que versasen sobre dicha materia eran reglamentos ejecutivos, lo que determinaba que era preceptivo el dictamen de ese órgano consultivo.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la importancia del Dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico en el procedimiento de elaboración de los reglamentos ejecutivos. Así la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de mayo de 2013, recogiendo la jurisprudencia de la Sala sobre la materia, señala que “*es unánime la opinión acerca de la trascendental importancia que, desde el punto de vista de técnica jurídica, posee esa consulta al Consejo de Estado en este procedimiento. Las razones son las ya conocidas del secular prestigio que posee el supremo Órgano consultivo del Gobierno en el desempeño de esa función consultiva, y su acrisolada independencia funcional*”. En el caso analizado en la citada sentencia, el Alto Tribunal falló declarar nula la norma impugnada y acordó la retroacción de las actuaciones en el procedimiento de elaboración del mismo para que el Consejo de Estado se pronunciara con carácter preceptivo, “*cumpliendo así con la alta labor consultiva encomendada constitucional y legalmente a favor de la actuación del Gobierno para que de ese modo se proporcione a la norma la necesaria seguridad jurídica y se produzca un pronunciamiento sobre una cuestión de indudable interés general*”.

Corresponde al Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, a tenor de lo previsto en el artículo 16.3 del ROFCJA dictaminar sobre la modificación reglamentaria proyectada.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- Habilitación legal y competencial.

La educación es una materia sobre la que el Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.30^a de la Constitución Española, ostenta competencias exclusivas de legislación básica, pudiendo las Comunidades Autónomas, dentro del marco de dicha legislación, dictar su normativa de ejecución y desarrollo.

Sobre el concepto de legislación básica se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional, cuya doctrina puede resumirse en lo expresado en la Sentencia 39/2014, de 11 de marzo:

«Esta doble vertiente de lo básico ha sido objeto de especial atención desde el pronunciamiento de la STC 69/1988, de 19 de abril, en cuyo fundamento jurídico 5 se hace hincapié en que la esfera material de lo básico responde al propósito de evitar “que puedan dejarse sin contenido o constitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas”, en tanto que con la vertiente formal se trata de “velar porque el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas, como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario al margen de cuál sea su rango o estructura”.

A la satisfacción de la primera de estas finalidades responde la noción material de lo básico, acuñada por la doctrina constitucional desde la temprana STC 1/1982, de 28 de enero (RTC 1982, 1) , FJ 1, conforme a la cual «la definición de lo básico por el legislador estatal no supone que deba aceptarse que, en realidad, la norma tiene ese carácter, pues, en caso de ser impugnada, corresponde a este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto» (STC 69/1988, FJ5).

La dimensión formal de lo básico se traduce en la preferencia por la ley formal, pues “sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará (...) una determinación cierta y estable de los ámbitos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y reglamentarias autonómicas”; preferencia que se completa con la posibilidad excepcional de que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno regule “alguno de los preceptos básicos de una materia, cuando resulten, por la competencia de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia sobre las bases”.

En el ejercicio de su competencia exclusiva legislativa en la materia, el Estado aprobó la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en lo sucesivo, LOE), parcialmente modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (en adelante, LOMCE), que en su artículo 6.bis.2 reconoce competencias a las Administraciones educativas en relación con las asignaturas troncales, específicas y de libre configuración autonómica. En concreto, en su apartado c) indica:

“c) Dentro de la regulación y límites establecidos por el Gobierno, a través del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de acuerdo con los apartados anteriores, las Administraciones educativas podrán:

1.º Complementar los contenidos del bloque de asignaturas troncales.

2.º Establecer los contenidos de los bloques de asignaturas específicas y de libre configuración autonómica.

3.º Realizar recomendaciones de metodología didáctica para los centros docentes de su competencia.

4.º Fijar el horario lectivo máximo correspondiente a los contenidos de las asignaturas del bloque de asignaturas troncales.

5.º Fijar el horario correspondiente a los contenidos de las asignaturas de los bloques de asignaturas específicas y de libre configuración autonómica.

6.º En relación con la evaluación durante la etapa, complementar los criterios de evaluación relativos a los bloques de asignaturas troncales y específicas, y establecer los criterios de evaluación del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica.

7.º Establecer los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los contenidos del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica”.

En idéntico sentido se expresa también el artículo 3.1.c) del Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato, y en cuyo artículo 25 se describen los objetivos del Bachillerato, recogiéndose, entre otros, una serie de objetivos que encajan con los objetivos del presente proyecto de decreto. En concreto, los apartados:

b) “*Consolidar una madurez personal y social que les permita actuar de forma responsable y autónoma y desarrollar su espíritu crítico. Prever y resolver pacíficamente los conflictos personales, familiares y sociales*”;

c) “*Fomentar la igualdad efectiva de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, analizar y valorar críticamente las desigualdades y discriminaciones existentes, y en particular la violencia contra la mujer e impulsar la igualdad real y la no discriminación de las personas por cualquier condición o*

circunstancia personal o social, con atención especial a las personas con discapacidad”

m) “*Utilizar la educación física y el deporte para favorecer el desarrollo personal y social.”*

Estas son pues las normas básicas a las que debe atenerse la Comunidad de Madrid en la regulación que es objeto del proyecto remitido, en cuanto que las mismas se constituyen como el límite al que debe circunscribirse en el ejercicio de sus competencias en la materia y, por ende, como el marco de enjuiciamiento de la norma proyectada.

En el ámbito autonómico, el concreto título competencial que habilita el proyecto de decreto lo constituye la competencia de la Comunidad de Madrid en materia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza, en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, que le confiere el artículo 29 del Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, en desarrollo del artículo 27 de la Constitución Española y de las distintas leyes orgánicas que lo desarrollen.

La Comunidad de Madrid en virtud de dicha atribución competencial aprobó el Decreto 52/2015, de 21 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo del Bachillerato.

El citado Decreto fue aprobado con la fórmula de oído el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid puesto que no se siguieron las observaciones esenciales que realizó el citado órgano consultivo en su Dictamen 267/15, de 20 de mayo.

Prosiguiendo con el análisis del proyecto normativo que nos ocupa, la competencia para su aprobación corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.g) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid.

El rango normativo -Decreto del Consejo de Gobierno- es el adecuado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 50.2 de la citada Ley 1/1983.

TERCERA.- Cumplimiento de los trámites del procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general.

El procedimiento aplicable para la elaboración de normas reglamentarias no se encuentra regulado de una manera completa y cerrada en el ordenamiento de la Comunidad de Madrid, por lo que habrá que recurrir al ordenamiento estatal sin perjuicio de las especialidades dispersas del ordenamiento autonómico en la materia.

Por ello ha de acudirse a lo dispuesto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante, Ley del Gobierno) tal y como ha sido modificada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya disposición final tercera apartado doce ha añadido un artículo 26 relativo al procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos. Regulación que ha de completarse con lo dispuesto en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo (en lo sucesivo, Real Decreto 1083/2009) y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) teniendo presentes además, como antes apuntábamos las diversas especialidades procedimentales dispersas en la normativa madrileña, las cuales han

sido recogidas en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2016, si bien el mismo no tiene carácter normativo.

1.- Por lo que se refiere a los trámites previos ha de destacarse que tanto el artículo 132 de la LPAC como el artículo 25 de la Ley del Gobierno establecen que las Administraciones aprobarán anualmente un Plan Anual Normativo que se publicará en el Portal de la Transparencia. En el caso de la Comunidad de Madrid, no existe ese instrumento de planificación por lo que se refiere al año 2017, aunque sí se ha aprobado mediante Acuerdo de 25 de abril de 2017, del Consejo de Gobierno, el Plan Anual Normativo para el año 2018 que no alude a ningún decreto específico de modificación del currículo de Bachillerato.

Al aprobarse en abril de 2017 el Plan Anual Normativo para el año 2018 en una aplicación literalista de lo establecido en el artículo 132.1 LPAC, ello determina que durante el resto del año 2017 no existe ninguna planificación normativa. Por ello deberá justificarse ese hecho en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, según exige el artículo 25.3 de la Ley del Gobierno.

2.-Igualmente el artículo 133 de la LPAC establece que, con carácter previo a la elaboración del proyecto normativo, se sustanciará una consulta pública a través del portal web de la Administración competente recabando la opinión de los sujetos y organizaciones más representativas potencialmente afectadas por la norma que se pretende aprobar. La memoria del análisis de impacto normativo recoge que se ha considerado oportuno prescindir de este trámite toda vez que la propuesta normativa no tiene un impacto significativo en la actividad económica, por incardinarse en la práctica docente regular y no requerir más recursos que aquellos materiales y humanos con los que cuentan los centros de partida.

Se ha cumplido lo establecido en el artículo 133.2 de la LPAC al concederse un trámite de audiencia a los ciudadanos afectados mediante la publicación del proyecto en el portal de la transparencia.

En este sentido, un ciudadano ha presentado un escrito planteando la inclusión en el currículo de Bachillerato de previsiones respecto a la transparencia y el buen gobierno. La sugerencia no ha sido acogida por no considerarse “*oportuno*” según recoge la memoria del análisis de impacto normativo.

3.- La norma proyectada es propuesta por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte (actualmente, Consejería de Educación e Investigación en virtud del Decreto 80/2017, de 25 de septiembre), que ostenta competencias en materia de enseñanza, según lo dispuesto en el Decreto 25/2015, de 26 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid modificado por Decreto 80/2017, de 25 de septiembre y los Decretos 72/2015, de 7 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid y 100/2016, de 18 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte.

4.- De conformidad con el artículo 26.3 de la Ley del Gobierno, el centro directivo competente elaborará con carácter preceptivo una Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Esta memoria es un documento esencial en la elaboración de toda disposición normativa que encuentra su regulación en el citado artículo 26.3 de la ya citada Ley del Gobierno que es desarrollado por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

Como tiene señalado con frecuencia esta Comisión Jurídica Asesora en sus Dictámenes, entre otros, en los Dictamen 253/17, de 19

de junio y el más reciente 383/17, de 21 de septiembre, la Memoria del Análisis de Impacto Normativo se configura en su normativa reguladora como un proceso continuo, que debe redactarse desde el inicio hasta la finalización de la elaboración del proyecto normativo, de manera que su contenido se vaya actualizando con las novedades significativas que se produzcan a lo largo del procedimiento de tramitación hasta culminar con una versión definitiva.

En el presente caso, constan en el expediente dos memorias firmadas por el director general de Educación Infantil, Primaria y Secundaria, al inicio del expediente de fecha 18 de julio de 2017 y otra de 22 de agosto de 2017 tras haber recabado la opinión de las distintas Secretarías Generales Técnicas, del Servicio Jurídico en la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de 2 de agosto de 2017 y del dictamen 35/2017 de 28 de julio de la Comisión Permanente del Consejo Escolar, cumpliendo así con la configuración que de la misma hace su normativa reguladora. No se cumple así con lo indicado en cuanto a que la memoria ha de ser un proceso continuado puesto que no se recoge la evolución que ha tenido el proyecto normativo a lo largo de su elaboración.

Se ha optado por un modelo de Memoria Abreviada permitido por el artículo 3 del Real Decreto 1083/2009, “*cuando se estime que de la propuesta normativa no se deriven impactos apreciables en alguno de los ámbitos, de forma que no corresponda la presentación de una memoria completa*”, al considerar que:

“el proyecto de decreto se justifica por la necesidad de acomodar el Decreto 52/2015, de 21 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo del Bachillerato, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) en cuanto a la materia de Religión de segundo curso de Bachillerato, y de

reflejar asimismo lo dispuesto en normativa promulgada con posterioridad en relación con los elementos transversales. El proyecto de Decreto no tiene, por tanto, impacto económico y presupuestario, ni por razón de género; ni impacto en materia de familia, infancia y adolescencia; ni por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género”, justificación que contradice el impacto positivo del proyecto de decreto por razón de género y por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género que recoge el informe de 10 de abril de 2017 del director general de Servicios Sociales e Integración Social.

La Memoria que figura en el expediente remitido contempla la oportunidad de la propuesta al afirmar que se ha detectado (sin ofrecer más explicaciones) que el Decreto 52/2015 no era “*perfecto*” ya que no recogía que la enseñanza de religión en el segundo curso de Bachillerato es obligatoria para los centros conforme resulta de la disposición adicional 2^a de la LOE y, asimismo, adaptar el currículo a lo dispuesto en las Leyes 2/2016 y 3/2016 e introducir una previsión relativa a la prevención de la violencia en el deporte.

En este sentido se debería justificar más cuál ha sido la razón por la que se ha detectado esa omisión y si ello ha generado algún problema en la práctica.

Por lo que se refiere a los impactos de la norma proyectada, contiene una referencia al impacto económico y presupuestario, y declara que la norma proyectada no tiene ningún impacto económico ni implica carga administrativa alguna para los ciudadanos. En este punto, la disposición adicional primera de la Ley 6/2017, de 11 de mayo, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2017, dispensa *sensu contrario* la remisión a la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, de aquellos proyectos de disposiciones administrativas cuya aprobación y aplicación no pueda suponer un incremento del gasto público o disminución de los ingresos de la

Comunidad de Madrid respecto del autorizado y previsto en dicha ley, o que no sea susceptible de comprometer fondos de ejercicios futuros.

En relación con el impacto por razón de género, la Memoria indica, tal como se ha adelantado, que tiene impacto positivo por razón de género incorporando así el contenido del informe de la Dirección General de la Mujer de 11 de abril de 2017 que afirma que posee dicho impacto positivo al mantener la redacción del artículo 10.1.

En cuanto al impacto por razón de orientación sexual, identidad o expresión del género, en cumplimiento de las Leyes 2/2016 y 3/2016, la memoria expone igualmente que el proyecto tendrá impacto positivo por razón de orientación sexual e identidad o expresión de género en consonancia con lo indicado en el informe de la Dirección General de Servicios Sociales e Integración Social.

La memoria incluye la mención al impacto sobre la infancia, la adolescencia y la familia, tal y como se exige por el artículo 22 *quinquies* de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y por la Disposición adicional 10^a de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, introducidos ambos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

5.- En el ámbito procedural, la memoria también se refiere a la relación de informes o dictámenes evacuados durante la tramitación del proyecto.

De este modo, al amparo del artículo 2.1 de la Ley 12/1999, de 29 de abril, de creación del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, se ha solicitado el dictamen de dicho Consejo. Se han emitido dos dictámenes de dicho Consejo, el primero de 17 de mayo de 2017 y el segundo de 28 de julio, se supone que sobre distintos borradores de

Decreto, pero sin que conste ninguna explicación en los mismos en tanto que la memoria del análisis de impacto normativo solo se refiere al último.

Tal y como se destacó por esta Comisión en su Dictamen 383/17, de 21 de septiembre, no están representados como tales en el Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid las asociaciones, entidades y organizaciones representativas de los colectivos de personas LGTBI, a los que el artículo 47 de la Ley 2/2016 confiere el carácter de titulares de intereses legítimos colectivos en los procedimientos administrativos que les afecten. Ahora bien, como ya hemos declarado en nuestro Dictamen 325/2017, de 27 de julio, los artículos 133.2 de la LPAC y 26.6 de la Ley del Gobierno configuran como potestativa la audiencia específica de los sectores afectados una vez que se haya cumplimentado el trámite de audiencia general a través de la publicación del texto en el portal web correspondiente.

Se plantea si, a la vista del artículo 32 de la Ley 3/2016, que prevé que la Consejería competente en materia de educación “*revisará los contenidos de información, divulgación y formación que ya existan en los distintos niveles de enseñanza y en otros ámbitos formativos, para lo que dará audiencia a las asociaciones, organizaciones y colectivos LGTBI*”, es preceptiva la audiencia de estas asociaciones en la tramitación del presente proyecto de decreto.

Del precepto citado parece desprenderse que solo será necesaria su audiencia cuando se trate de la revisión de los contenidos existentes en los distintos niveles de enseñanza; no para otras cuestiones, como son, en el presente caso, la introducción en el currículo de elementos transversales.

Además, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, el artículo 4.1.a) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios

Jurídicos de la Comunidad de Madrid prevé que dichos Servicios emitan un dictamen con carácter preceptivo, entre otros asuntos, acerca de los proyectos de disposiciones reglamentarias, salvo que tengan carácter meramente organizativo. En tal sentido se ha evacuado por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid informe favorable de 2 de agosto de 2017.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 35.1 del Decreto 210/2003, de 16 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento interno del Consejo de Gobierno y de sus Comisiones, también se ha circulado el proyecto a las distintas Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, que no han formulado observaciones salvo la Consejería de Sanidad que, en su informe de 27 de abril de 2017, formuló diversas consideraciones sobre las cuales la memoria guarda silencio, debiendo recoger una valoración de las mismas.

En aplicación del artículo 26.5 de la Ley del Gobierno, se ha unido al expediente el preceptivo informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería que promueve la aprobación de la norma.

CUARTA.- Contenido material del proyecto de Decreto.

El contenido del proyecto sometido a Dictamen es, ciertamente, de escasa entidad.

En primer lugar, se modifican el artículo 8.4 h) y el Anexo III en cuanto al horario lectivo del segundo curso de Bachillerato. En ambos casos se trata de precisar que la materia de religión debe ser de oferta obligatoria por los centros en todas las modalidades.

A este respecto la disposición adicional 2^a de la Ley Orgánica 2/2006 establece que se incluirá la religión católica como área o materia

en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos y alumnas.

La citada disposición adicional (con carácter básico según la disposición final 5^a) trae causa del artículo II del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, firmado el 3 de enero de 1979 y ratificado el 4 de diciembre de 1979, que establece que los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y Grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.

Por ello, la modificación que se pretende resulta conforme a derecho.

De otro lado, y como ya se indicó en el citado Dictamen 383/17, el apartado 2 del proyecto de Decreto da nueva redacción al apartado 1 del artículo 10 del Decreto 52/2015 contiene la novedad más significativa en materia de “*elementos transversales*”, dando respuesta, como recoge el precepto, a los mandatos incorporados a las leyes 2 y 3/2016, en sus artículos 22 y 31, respectivamente, que exigen para su concreción de la adopción de medidas reglamentarias.

En la primera de esas leyes autonómicas, el artículo 22.5, cuando se refiere a las “*Actuaciones en materia de transexualidad en el ámbito educativo*”, impone a la Administración educativa de la Comunidad de Madrid el siguiente deber:

“Incluirá en el currículo de educación primaria y secundaria contenidos que sensibilicen en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no

discriminación, incluidos los concernientes a la orientación sexual y la identidad de género”.

En la segunda, el apartado 2 del artículo 31 significa:

“Los currículos y programas educativos de la Comunidad de Madrid, respetando los currículos básicos, deberán contener pedagogías adecuadas para el reconocimiento y respeto de las personas LGTBI”.

De esta forma, el nuevo contenido que se introduce en el apartado 1 del artículo 10 del Decreto 52/2015 tiene como finalidad incorporar al currículo como elemento transversal, las disposiciones contenidas en las leyes 2/2016 y 3/2016 en el ámbito educativo. En el Dictamen 132/17, de 23 de marzo, aludimos a la necesidad de atender a estos criterios establecidos legislativamente. Así se deduce del principio de sujeción de la Administración a la ley, puesto que, en efecto, resulta de las precitadas leyes la obligación de integrar en el currículo de Bachillerato en la Comunidad de Madrid contenidos que coadyuven al respeto de los derechos de los colectivos cuya protección constituye su fundamento.

El nuevo apartado 1 del artículo 10 recoge de manera genérica el reconocimiento y respeto de las personas LGTBI y sus derechos al establecer que

“... la programación docente deberá contener pedagogías adecuadas para el reconocimiento y respeto de las personas LGTBI y sus derechos, en concordancia con lo previsto en la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. La programación docente comprenderá la sensibilización en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los concernientes a la orientación sexual y la identidad de género”.

Con ello, parece darse cumplimiento al artículo 32 de la Ley 3/2016, que fija como “*contenido transversal de formación de todo el alumnado de Madrid*” la realidad de los colectivos LGTBI.

Ahora bien, la nueva redacción prevé que “*los centros adoptarán las medidas necesarias para evitar y, en su caso, eliminar, contenidos educativos que impliquen discriminación o violencia física o psicológica o puedan inducir a la comisión de delitos de odio basados en la diversidad sexual y de género*”.

Desde el punto de vista sistemático, debe advertirse que la revisión de los contenidos educativos a la que se refiere este apartado no es un elemento transversal del currículo; en consecuencia, el artículo 10 del Decreto 52/2015 no es el lugar adecuado para hacer tal previsión.

Por otro lado, la competencia en orden a la revisión de los contenidos educativos corresponde a la Administración autonómica por medio de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, sin que pueda dejarse a los centros docentes la adopción de las medidas necesarias para *evitar y, en su caso, eliminar, contenidos educativos*. Así resulta claramente de dos preceptos de la Ley 3/2016.

En primer lugar, del artículo 31, que atribuye a la Comunidad de Madrid, en el ámbito de sus competencias, la adopción de “*las medidas necesarias para evitar y, en su caso, eliminar contenidos educativos que impliquen discriminación o violencia física o psicológica o puedan inducir a la comisión de delitos de odio basados en la diversidad sexual y de género*”.

Por su parte, el artículo 32 de la misma ley prevé que “*la Consejería competente en materia de Educación... revisará los contenidos de información, divulgación y formación que ya existan en los distintos*

niveles de enseñanza y en otro ámbitos formativos, para lo que dará audiencia a las asociaciones, organizaciones y colectivos LGTBI”.

Por tanto, no es posible ceder a los centros docentes la determinación de esas medidas o la eliminación de esos contenidos. En dicho sentido, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1976 (caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca), en la que el Tribunal de Estrasburgo distingue entre la definición y elaboración del programa de estudios, que corresponde al Estado, y la aplicación de dicho programa por los centros docentes y profesores. A decir de esta resolución, “*la definición y elaboración del programa de estudios son, en principio, competencia de los Estados contratantes*” con la finalidad de dar conocimientos sobre la materia “*de manera más exacta, precisa, objetiva y científica*”; en cambio, a los centros docentes les compete la aplicación del programa de estudios.

Una posible dejación de la Administración educativa madrileña en el ejercicio de esta competencia sobre la programación docente y la revisión de los contenidos (en contra de su carácter irrenunciable *ex artículo 8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*) podría poner en riesgo en una materia tan sensible como es la educativa, por una parte, el cumplimiento de las finalidades previstas en las leyes 2 y 3/2016, así como, por otra, “*el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*” (artículo 27.3 de la Constitución Española) y a “*asegurar esta educación y esta enseñanza, conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*” (artículo 2 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales).

Esta consideración tiene carácter esencial.

Por último, se incluyen contenidos para fomentar el respeto, deportividad y trabajo en equipo en todas las actividades deportivas con la finalidad de prevenir conductas antideportivas.

La inclusión de este contenido se realiza al amparo de las competencias autonómicas de desarrollo de la legislación básica y resulta plenamente conforme con la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte y la Ley 15/1994, de 28 de diciembre, del Deporte de la Comunidad de Madrid.

Por tanto, tal inclusión resulta conforme a Derecho.

QUINTA.- Cuestiones de técnica normativa.

La directriz 13 del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa establece que en la parte expositiva se destacarán los aspectos más relevantes de la tramitación: consultas, principales informes evacuados y, en particular, la audiencia a comunidades autónomas y entidades locales.

La propuesta de decreto agrupa todos los trámites realizados en un párrafo y a continuación recoge en un párrafo separado la emisión de dictamen del Consejo Escolar. Se recomienda una redacción que permita a los destinatarios el comprobar mejor el procedimiento de elaboración de la norma.

De otro lado, el artículo 129 de la LPAC establece que en el preámbulo de los reglamentos quedará suficientemente justificada la adecuación de la norma a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

El proyecto de decreto recoge en su parte expositiva que cumple tales principios pero no recoge ninguna justificación de ello. Por ello se recomienda recoger, siquiera de forma sucinta, tal justificación.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede someter el presente proyecto de Decreto a la aprobación del Consejo de Gobierno, una vez cumplida la consideración esencial contenida en la consideración de derecho cuarta.

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL LETRADO VOCAL D. CARLOS YÁÑEZ DÍAZ

“Con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Comisión que, como ponente, he recogido en el cuerpo del Dictamen, debo, sin embargo, hacer constar mi discrepancia mediante el presente voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero.

Si bien los contenidos que se recogen en este Dictamen proceden del Dictamen 383/17, de 21 de septiembre, debo precisar que, por desgracia, no pude acudir al pleno de la Comisión en el que se aprobó el citado Dictamen.

En primer lugar, discrepo de la interpretación restrictiva que se da al artículo 32 de la Ley 3/2016 de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid.

Se considera que no es necesaria la audiencia que establece el citado artículo al entender que solo procede en los supuestos de “revisión de los contenidos existentes” en tanto que en este caso estaríamos ante una “introducción en el currículo de contenidos nuevos”.

Sin entrar en discusiones doctrinales sobre la interpretación de las leyes, creo que las normas deben interpretarse siempre buscando siempre su mayor grado de eficacia o, como afirma el artículo 3 del Código Civil, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

El legislador establece en el artículo 31 de la Ley 3/2016 como una de las medidas en el ámbito educativo la introducción en los currículos y contenidos educativos de libre asignación de la Comunidad de Madrid de pedagogías y formación relativas al respeto a estos colectivos y, a continuación, en el artículo 32 establece que incorporará esta realidad como contenido transversal y revisará los contenidos existentes para lo cual dará audiencia a las asociaciones, organizaciones y colectivos LGTBI.

Entender que la introducción que se pretende realizar en el currículo de Bachillerato de contenidos de reconocimiento o respeto a estos colectivos, así como de eliminación de contenidos que impliquen discriminación o violencia física o psicológica o puedan inducir a la comisión de delitos de odio no es una revisión de contenidos implica realizar una interpretación restrictiva que no cumple la finalidad de la norma y supone eludir la aplicación del citado precepto.

En este sentido la falta de audiencia puede conllevar la nulidad de pleno derecho de la disposición que se apruebe, tal y como señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2010 (recurso 3914/2008).

En segundo lugar, el Dictamen considera incorrecto y, por tanto, objeto de consideración esencial, el que el proyecto de decreto establezca que los colegios adoptaran las medidas para evitar y, en su caso, eliminar contenidos educativos que impliquen discriminación o violencia psicológica o puedan inducir a la comisión de delitos de odio basados en la diversidad sexual y de género. La postura mayoritaria entiende que, con esta previsión, la Administración renuncia a una competencia en cuanto permite a los colegios revisar contenidos, competencia que solo corresponde a la Administración educativa.

En realidad lo que establece el precepto es que, en la concreta impartición de las enseñanzas recogidas en los currículos, los colegios evitarán cualquier actuación que pueda suponer tales actos de discriminación o inducción a la comisión de delitos.

Por tanto no estamos ante una renuncia de competencias y, de otro lado, lo establezca o no una norma, es un imperativo constitucional conforme los artículos 10, 14 y 15 de la Constitución Española, el que en la enseñanza no se pueda inducir a actos de discriminación y mucho menos a la comisión de delitos. Por ello considerar que una norma reglamentaria no puede tener tal contenido me parece algo completamente inadmisible.

En cualquier caso, se trata de una cuestión interpretativa que, como otras, habría generado un debate pero lo que me obliga a formular este voto particular es la concreta argumentación recogida en el Dictamen y que procede del Dictamen 383/17.

En concreto, se considera que ello “podría poner en riesgo” el derecho de los padres a que sus hijos reciban formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones, derecho recogido tanto en la Constitución Española como en el Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, esto es, el Protocolo suscrito el 20 de marzo de 1952 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

Creo que esta argumentación, en realidad, incluye un criterio ideológico, plenamente respetable, pero que no debería tener cabida en un dictamen jurídico, argumentación que trasciende a este concreto aspecto y que afecta a todas las cuestiones planteadas en el Dictamen relativas a la aplicación de las citadas Leyes 2/2016 y 3/2016.

Ya puestos, cabe indicar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos inadmitió en su decisión de 25 de mayo de 2000 Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España, una demanda de unos padres que rechazaban que se impartiera a sus hijos una asignatura de educación sexual por cuanto el Tribunal considera: 1º Que esos contenidos no suponen ningún adoctrinamiento; 2º Tampoco afecta al derecho de los padres a aclarar y aconsejar a sus hijos, a ejercer hacia ellos funciones naturales de educadores y a orientarles en una dirección conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas; 3º Al igual que recogieron los tribunales españoles, el Tribunal Europeo constata que en España los padres son libres para confiar sus hijos a colegios privados que ofrecen una educación más conforme a su fe o sus opiniones.

De igual forma, el Tribunal Constitucional en su STC 141/2000, de 29 de mayo, a propósito del derecho fundamental a la libertad religiosa, recogió que:

“(...) resulta un evidente límite de esa libertad de creencias la integridad moral (art. 15 CE) de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues bien pudiere conllevar las mismas una cierta intimidación moral, e incluso tratos inhumanos o degradantes (SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5; 120/1990, FJ 8; 215/1994, de 14 de julio, FJ 4; 332/1994, de 29 de diciembre, FJ 6; 137/1997, de 21 de julio, FJ 3; AATC 71/1992, de 9 de marzo, FJ 3; 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5; SSTEDH caso Kokkinakis, § 48; caso Larissis, § 53)”.

Por tanto, entender que estos contenidos que (no olvidemos) se limitan al respeto a unas opciones sexuales y a evitar actos de discriminación o inducción a delitos de odio, puedan contravenir un derecho de los padres a la educación de sus hijos, ya sea religiosa, filosófica o moral, me parece algo que no puedo, en ningún caso, compartir.

Es el voto particular que emito en Madrid, a fecha 11 de octubre de 2017”.

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 412/17

Excmo. Sr. Consejero de Educación e Investigación

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid