Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo (e.f.), el 21 de diciembre de 2020, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 31/2020, de 29 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la educación no universitaria

(*Boletín Oficial del Estado,* núm. 259, de 30 de septiembre de 2020*)*

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante diversos escritos de ciudadanos particulares y de un sindicato se solicita del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra Real Decreto-ley 31/2020, de 29 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la educación no universitaria, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 259 correspondiente al día 30 de septiembre de 2020.

SEGUNDO. Los preceptos del Real Decreto-ley contra los que se solicita la interposición del recurso son del tenor literal que a continuación se transcribe.

> Artículo 5. Criterios de evaluación y promoción en Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato.
>
> 1. Las administraciones educativas podrán autorizar la modificación de los criterios de evaluación previstos para cada curso, y en su caso materia, con el fin de valorar especialmente los aprendizajes más relevantes e imprescindibles para la continuidad del proceso educativo y la capacidad del alumnado para aprender por sí mismo y para trabajar en equipo, y en el caso del bachillerato, para aplicar los métodos de investigación apropiados.
> 2. Los centros docentes, de acuerdo con lo regulado en su caso por las administraciones educativas, podrán modificar, de manera excepcional los criterios de promoción en todos los cursos de Educación Primaria, y de Educación Secundaria Obligatoria, así como en la correspondiente promoción de primero a segundo de Bachillerato. La repetición se considerará una medida de carácter excepcional que se adoptará, en todo caso, de manera colegiada por el equipo docente en función de la evolución académica del estudiante, globalmente considerada, sin que pueda ser la causa únicamente las posibles materias que pudieran quedar sin superar en la Educación Secundaria Obligatoria y en el Bachillerato.
>
> Artículo 6. Criterios para la titulación en la Educación Secundaria Obligatoria y en Bachillerato.
>
> Los equipos docentes adoptarán las decisiones relativas a la obtención del título de acuerdo con lo regulado en su caso por las administraciones educativas, de forma colegiada, basándose para el de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria en la adquisición de los objetivos generales establecidos para la etapa y el desarrollo de las competencias, y en el de

> Bachiller, en la evolución del alumno o alumna en el conjunto de las materias, y su madurez académica en relación con los objetivos del Bachillerato y las competencias correspondientes. La decisión de titulación se adoptará garantizando la adquisición de los objetivos generales de la etapa de manera que permitan al alumno o alumna continuar su itinerario académico y, en consecuencia, no quedará supeditada a la no existencia de materias sin superar para el acceso a ambas titulaciones. En todo caso para la obtención del título de Bachiller será necesaria una calificación media igual o superior a la requerida para la superación de cada materia.

TERCERO. Las alegaciones en contra el Real Decreto-ley y los preceptos transcritos se refieren, con carácter general, a la ausencia del presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad con la consecuente vulneración del artículo 86.1 de la Constitución. Más en particular, en algunos de los escritos la ausencia del presupuesto habilitante se fundamenta en el dato de que los efectos de las medidas establecidas en los preceptos antes transcritos habrán de desplegarse al final del curso 2020-21 y no con carácter inmediato, por lo que podrían haberse adoptado a través del procedimiento legislativo ordinario careciendo de justificación el recurso a la legislación extraordinaria de urgencia. Asimismo, se alega la vulneración del artículo 81.1 al regular estos preceptos materia reservada a ley orgánica como es la relativa a criterios de evaluación, promoción y titulación. Finalmente, también se alega la vulneración del principio de igualdad del artículo 14 al considerar que la aplicación de los preceptos cuestionados posibilita un trato desigual al alumnado en función de las decisiones que adopten las diferentes administraciones educativas y los centros docentes para su aplicación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Conforme acaba de reseñarse en los antecedentes de esta resolución, se cuestiona la existencia de razones de «extraordinaria y urgente necesidad» que habiliten constitucionalmente al Gobierno para aprobar este real decreto-ley.

El concepto de extraordinaria y urgente necesidad que contiene la Constitución no es, en modo alguno, como afirma el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos leyes», razón por la cual, el Tribunal Constitucional puede, «en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada» (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4, y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5).

Ahora bien, este control referido a la presencia del presupuesto habilitante, cuyo objetivo es velar porque el Gobierno no se haya apartado del margen de apreciación concedido por la norma, esto es, que aquél se mantenga dentro del concepto

jurídicamente asequible que es la situación de «extraordinaria y urgente necesidad» es un «control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» (STC 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3, y las que allí se citan).

Para su examen, la fiscalización del recurso al decreto ley requiere el análisis de dos aspectos desde la perspectiva constitucional: por un lado, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4) y, por otro lado, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4.

SEGUNDO. En cuanto al primer aspecto, el preámbulo del Real Decreto Ley cuestionado comienza recordando que

> la pandemia mundial derivada de la covid-19, declarada por la Organización Mundial de la Salud el día 11 de marzo de 2020, ha tenido una especial incidencia en el sistema educativo, que empezó con la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, establecida con carácter general por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma.

Informa a continuación el preámbulo de que ante esta situación

> el Ministerio de Educación y Formación Profesional potenció la coordinación con las comunidades autónomas, como administraciones con competencias educativas, con las que se han celebrado 21 reuniones (entre ellas, 7 Conferencias Sectoriales con todos los consejeros y consejeras de todas las comunidades), además de mantener un contacto permanente. El Gobierno tomó la iniciativa para proponer medidas como la continuidad del curso, la apuesta por la educación a distancia, el ajuste de las programaciones, así como de los mecanismos de evaluación, promoción y titulación para adaptarlos a la situación de docentes y estudiantes, así como la reapertura parcial en mayo de los centros escolares y la realización presencial de las pruebas para el acceso a la universidad y a las enseñanzas de formación profesional. Todas estas medidas se convirtieron en acuerdos vinculantes para las comunidades autónomas que las adoptaron, y que en ningún momento vieron modificadas sus competencias en educación.

Asimismo, el preámbulo informa de que las medidas que en él se incluyen «han sido debatidas y consensuadas con las comunidades autónomas, como administraciones competentes en materia educativa, en el marco de la Conferencia Sectorial celebrada el 24 de septiembre de 2020».

En cuanto a las previsiones concretas referidas a la enseñanza no universitaria y entrando ya en la conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta

adoptada para subvenir a ella la ministra de Educación y Formación Profesional, en el debate de convalidación del Real Decreto-ley 31/2020, puso de manifiesto que

> el objetivo de todas ellas no es otro que dar respuesta a las diferentes situaciones generadas por la pandemia durante el curso pasado y el actual, permitiendo a los estudiantes continuar su proceso de aprendizaje con las mayores garantías, dando la posibilidad a las administraciones educativas de planificar su actuación con tiempo suficiente, dotando de seguridad a los distintos componentes de la comunidad educativa y garantizando la calidad de los títulos académicos.

A tal fin, la ministra informa de que

> con el objetivo de facilitar la adaptación de las programaciones didácticas a las circunstancias derivadas del curso pasado y del actual, se otorga el carácter de orientativos a los estándares de aprendizaje evaluables. De ese modo, las comunidades autónomas y los propios centros podrán adaptar sus programaciones didácticas a la situación real de su alumnado y a las modalidades de actividad lectivas derivadas de la pandemia. Igualmente, se autoriza a las administraciones educativas a que puedan adaptar los criterios de evaluación y promoción para todos los cursos de educación primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional, así como los criterios para la obtención del título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria, Bachillerato y las titulaciones correspondientes a la formación profesional, con el fin de adecuarlos mejor a la situación provocada por la pandemia (Debate de convalidación. *Diario de Sesiones del Congreso*, nº53, de 15 de octubre de 2020).

A juicio de esta Institución lo expuesto hasta aquí acredita sin mayor duda la existencia del presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86.1 de la Constitución. La afectación de la pandemia a la educación y a la presencialidad de la enseñanza justifica por sí misma la flexibilización de los criterios de evaluación y promoción para todos los cursos de educación primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional, así como los criterios para la obtención del título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria, Bachillerato y las titulaciones correspondientes a la formación profesional. Además, y coherentemente con la situación excepcional a la que se hace frente, esta flexibilización tiene un carácter provisional vinculado a la persistencia de la pandemia, como determina el número 2 del artículo 1 del Real Decreto Ley cuando dice que las medidas incluidas en el mismo

> permanecerán vigentes hasta la finalización del curso académico en el que las autoridades correspondientes determinen que han dejado de concurrir las circunstancias extraordinarias derivadas de la pandemia generada por la covid-19 que motivaron su aprobación.

TERCERO. Como sucintamente se menciona en los antecedentes, se alega que las previsiones cuestionadas no tendrán efecto hasta la finalización del curso académico por lo que no se justifica el recurso a la legislación de urgencia puesto que las medidas podrían haberse adoptado a través del procedimiento legislativo ordinario.

Baste en este punto hacer referencia a lo dicho por el Tribunal Constitucional en su sentencia 26/2016 (FJ 4) respecto del ámbito material en el que incide el Real Decreto-ley, esto es la educación, que comporta matices especiales para el empleo de esta fórmula legislativa de urgencia. Al respecto el Tribunal en dicha sentencia y fundamento efectúa las siguientes consideraciones,

> La primera deriva del régimen de reparto de competencias en materia de educación, que tiene carácter compartido, como ocurre en muchos otros sectores del ordenamiento jurídico. En efecto, al Estado corresponde dictar solo la legislación educativa básica, salvo en lo relativo a la ordenación de los títulos académicos y profesionales, en que su competencia es plena (art. 149.1.30 CE). En consecuencia, la mayoría de las medidas que pueda contener un decreto-ley en cuestiones de educación de ordinario estarán necesitadas de un desarrollo, correspondiendo a las Comunidades Autónomas, conforme a sus competencias, adoptar a su vez las medidas de desarrollo y ejecución que sean necesarias (en el presente caso, para concretar el ahorro que se persigue en las partidas de gasto público educativo). Esta circunstancia puede hacer cuestionar la efectividad inmediata de esas medidas y, por tanto, su legitimidad para ser incluidas en un decreto-ley, restringido siempre a situaciones de acción pública urgente. Pero precisamente ese juego de bases/desarrollo que define el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en educación [...] es el que permite enfocar de forma apropiada el examen del requisito de la extraordinaria y urgente necesidad. La urgencia está en estos casos no en el impacto material final de la reforma sobre el sistema educativo sino en el propio establecimiento de la normativa estatal a partir de la que las Comunidades Autónomas adopten esas decisiones que les corresponden. El tiempo que requiera la posterior implementación de las medidas, y el desarrollo diverso que las Comunidades Autónomas puedan hacer, no desacreditan en sí la urgencia de la acción estatal, que debe medirse por referencia a la necesidad de actuar del Estado y de ejercer sus propias competencias a la hora de enfrentarse a una determinada situación anormal. Tal como hemos manifestado en la STC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 7 «lo verdaderamente importante, desde el punto de vista constitucional, es que el Decreto-ley produzca una innovación normativa efectiva, y no que el régimen jurídico introducido a través del mismo sea completo o definitivo». Es más, precisamente porque en estos casos es necesario un desarrollo autonómico urge al Gobierno nacional dictar su normativa básica para que el efecto material final de las medidas se verifique del modo más inmediato posible en el ejercicio presupuestario en curso.
>
> La segunda peculiaridad deriva de la estructuración del sistema educativo en cursos académicos, que no coinciden con el año natural, y que marcan el ritmo de las actividades docentes. En consecuencia, las medidas normativas que afectan al sistema educativo con frecuencia solo tienen efectividad práctica externa con el inicio del siguiente curso académico. Además, dado el carácter complejo de la organización académica y docente de ese sistema educativo, es necesario programar y organizar ese curso con meses de antelación, para hacer posible la matriculación del alumnado y el comienzo material de la actividad docente a su debido tiempo. Por eso, en este campo la urgencia está, al menos cuando se trate de medidas que inciden en el desempeño de la docencia y en la organización de los centros para impartirla, en llegar a tiempo para el comienzo

> regular del curso académico en las debidas condiciones. Sin olvidar además la necesidad de una actuación complementaria previa por parte de otros operadores jurídicos distintos, las Administraciones educativas, para la plena efectividad de las medidas al comienzo del curso ordinario, que es cuando se manifestarán de forma externa en la sociedad las reformas realizadas con urgencia un tiempo antes.

De todo lo anterior cabe concluir que en el presente caso el Real Decreto-ley 31/2020 ha sido dictado concurriendo las circunstancias de extraordinaria urgencia y necesidad que constituyen el presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 de la Constitución y que en las disposiciones concretamente cuestionadas guardan la necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella. En consecuencia, no se considera pertinente la interposición del recurso solicitado por este motivo.

CUARTO. Se alega también que el Real Decreto-ley cuestionado incurre en inconstitucionalidad al regular materias reservadas a ley orgánica, lo que implicaría una vulneración del artículo 81 de la Constitución. En concreto se hace referencia a los antes transcritos artículos 5 y 6 en tanto en cuanto regulan criterios de evaluación, promoción y titulación ya establecidos en los artículos 28.2, 29.3, 36.2 y 36.2.bis de la Ley Orgánica de Educación (LOE), añadiendo al respecto que estas materias son competencia del Gobierno de acuerdo con el artículo 6 bis de la misma norma.

La referencia a los artículos 28, 29 y 36 de la LOE no puede ser tomada en consideración a los efectos pretendidos en la alegación pues basta la lectura de la Disposición final séptima de la propia ley para comprobar que ninguno de ellos tiene carácter orgánico, aunque si tienen carácter básico, lo que es cosa distinta y que no impide su tratamiento mediante el Real Decreto Ley. De hecho, la Disposición final tercera del Real Decreto Ley señala que el mismo se dicta, «con carácter básico» y por lo que aquí interesa

> al amparo del artículo 149.1. 30ª de la Constitución, que atribuye al Estado la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia

Sí tiene carácter orgánico el artículo 6.bis, pero este precepto delimita las competencias en materia de educación concretando las que corresponden al gobierno, al ministerio de Educación, las Administraciones educativas autonómicas y a los centros docentes y en nada se ve afectado por el Real Decreto-ley cuestionado ni por los preceptos concretos respecto de los que se solicita la interposición de recurso, por lo que no procede atender la petición

QUINTO. Tampoco parece pertinente la toma en consideración de la alegación relativa a la posible afectación del principio de igualdad de artículo 14 de la Constitución. De

hecho, esa posible afectación no se imputa a los preceptos del Real Decreto Ley sino a las decisiones futuras que las administraciones educativas y los centros docentes pudieran adoptar en virtud de la habilitación concedida a aquellas singularmente por el artículo 5 para autorizar la modificación de los criterios de evaluación previstos para cada curso y en su caso materia.

La eventual infracción del principio de igualdad, caso de que llegara efectivamente a producirse, podría dar lugar al cuestionamiento en la vía procedente de la disposición o acto que la produjese, pero de esa eventualidad futura no cabe deducir una quiebra de constitucionalidad en el Real Decreto-ley que, cuando autoriza esa modificación de criterios de evaluación, promoción y titulación, lo hace con carácter general e igual para todas las Administraciones educativas, de forma temporal como ya se ha mencionado y de modo excepcional, como corresponde en la situación extraordinaria a la que se pretende hacer frente con la medida.

RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda **no interponer** el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el Real Decreto-ley 31/2020, de 29 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la educación no universitaria.