

**LÍMITES A LA LIBERTAD
DE ENSEÑANZA Y LEY ORGÁNICA
DE EDUCACIÓN (LOMLOE).
UN DEBATE CONSTITUCIONAL
EN PERMANENTE DEFINICIÓN**

MARIANO VIVANCOS

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. UNA MÁS QUE DISCUTIDA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA QUE IMPIDE CONCRETAR EL PACTO EDUCATIVO. III. PRIORIZACIÓN DE LA RED PÚBLICA Y PRETERICIÓN DE LA CONCERTADA: SUPRESIÓN DE LA DEMANDA SOCIAL COMO CRITERIO DE LA PROGRAMACIÓN GENERAL DE LA ENSEÑANZA. IV. ASPECTOS DE ESPECIAL AFECTACIÓN A LA TITULARIDAD PRIVADA DE CENTROS DE ENSEÑANZA. V. COEDUCACIÓN Y DIFERENCIADA: REAPERTURA DE UN DEBATE CONSTITUCIONAL. VI. UN ÚLTIMO APUNTE SOBRE LOS ASPECTOS CRÍTICOS REFERIDOS A LA EDUCACIÓN ESPECIAL. VII. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 28.09.2021
Fecha aceptación: 22.02.2022

LÍMITES A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN (LOMLOE). UN DEBATE CONSTITUCIONAL EN PERMANENTE DEFINICIÓN¹

MARIANO VIVANCOS²

Universitat de València

I. INTRODUCCIÓN

En medio de la pandemia ocasionada por la SARS-CoV2³, las Cortes Generales culminaban, no sin controversia constitucional⁴, la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica de Educación⁵ el pa-

¹ Este artículo trae origen en una comunicación académica que ha resultado finalista dentro del XVIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACOES), celebrado los días 11 y 12 de marzo de 2021 en Oviedo, bajo el lema «Educación y Libertades en la democracia constitucional».

² Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional. Universitat de València. Campus dels Tarongers. Edificio Departamental Occidental, Avda. dels Tarongers s/n. 46022 Valencia. Email: mariano.vivancos@uv.es. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1583-422X>

³ Para un análisis reciente de los cambios experimentados en la actividad parlamentaria de las Cortes Generales como consecuencia de la pandemia, pueden consultarse los siguientes trabajos: P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2020). «Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por Covid-19», Cuadernos Giménez Abad núm. 8, págs. 18-27; y M. CARRASCO DURÁN (2021). «El Parlamento en los tiempos del coronavirus: el recurso a la Diputación Permanente», Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 122, págs. 119-150.

⁴ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 168/2021, de 5 de octubre de 2021 (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021, págs. 138530-138575). En la sentencia citada, el motivo de controversia fue la impugnación del acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 que impedía, de facto, la tramitación de cualquier iniciativa parlamentaria; según el TC éste llegaría a afectar el «contenido esencial del ius in officium de los recurrentes (...), a partir de (su) dictado (...) ordenando la paralización temporal de la tramitación de las iniciativas» (FJ 5º), entre las cuales se incluía el Proyecto de LOMLOE que se encontraba en tramitación.

⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Serie A). Congreso de los Diputados (XIV Legislatura), núm. 7-1, de 13 de marzo de 2020, págs. 1-55. Disponible en la siguiente dirección web: http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-7-1.PDF

sado 23 de diciembre de 2020, sin el consenso exigible para un instrumento legal de sus características; un trámite que concluía, tras su publicación en el BOE⁶, con la aprobación de la novena ley educativa española.

La Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOMLOE), nace con la intencionalidad de dejar sin efecto los cambios que la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE)⁷ había introducido en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE)⁸, a través de una más que dudosa técnica legislativa⁹ ampliamente criticada¹⁰.

El presente artículo pretende, en primer término, analizar su controvertida tramitación parlamentaria (II); haciendo un repaso a las novedades del desarrollo orgánico que se plantea desde una perspectiva constitucional, a saber: la priorización de la red pública y la preterición de la concertada, con la consabida supresión de la «demanda social» (III); algunas limitaciones intolerables que afectan a la titularidad privada de centros de enseñanza (IV); la consagración del principio coeducativo y su impacto sobre la educación diferenciada por razón de sexo (V); finalizando, con un breve apunte sobre la educación especial, bajo el nuevo paradigma de la llamada educación inclusiva¹¹ (VI). No sin antes, y en paralelo, abordar los más recientes pronunciamientos constitucionales que han servido para enmarcar dicha controversia constitucional.

II. UNA MÁS QUE DISCUTIDA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA QUE IMPIDE CONCRETAR EL PACTO EDUCATIVO

La contrarreforma educativa que concreta la LOMLOE constituye un texto controvertido por muchas razones, algunas apuntadas desde su mismo origen. El Proyec-

⁶ BOE núm. 340, de 30 de diciembre de 2020, págs. 122868-122953.

⁷ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013. págs. 97858-97921.

⁸ BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006, págs. 17158-17207.

⁹ Para J. MUÑOZ DE PRIEGO ALVEAR (2021). Informe sobre la técnica legislativa empleada en la LOMLOE, de 2 de junio. Disponible en <http://enlibertadededucacion.es/wp-content/uploads/2021/06/Informe-deficiente-tecnica-legislativa.pdf> sería interesante propiciar un debate jurídico sobre el resultado de la Disposición Derogatoria y su afectación a la LOE en su redacción vigente, tras la LOMLOE. En realidad, se mantienen varios artículos propios de la LOMCE (como los arts. 2.bis, que define el sistema educativo; 6.bis, sobre la distribución de competencias en relación al currículo; 42.bis, en su definición conceptual de la formación profesional dualizada; 111.bis, dedicado a las TICs...) que se introdujeron en la redacción original de la LOE. Lo que reflejaría que, en realidad, no se ha derogado en bloque la LOMCE como parece derivarse del tenor de su Disposición Derogatoria Única, algo que lesiona la seguridad o certeza jurídica, principio constitucionalmente reconocido.

¹⁰ Por todos, véase C. VIDAL PRADO (2021). «Una Ley que rompe consensos: la LOMLOE escoge el camino equivocado», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 35, págs. 1-23.

¹¹ Sobre el modelo educativo inclusivo puede consultarse F. REY MARTÍNEZ (2021). *Segregación escolar en España*, Marcial Pons, Madrid, págs. 30-40.

to de Ley que le sirve de base resulta plenamente coincidente con el que había sido aprobado por el Consejo de Ministros el mismo día que se anunciaba el fin abrupto de la XIII Legislatura (2019) que pondría fin al segundo mandato más efímero del régimen constitucional (126 días de duración). Apenas transcurrido un mes de la siguiente legislatura (XIV, 2020-actualidad), el 4 de marzo tendrá entrada en la Mesa del Congreso de los Diputados ese mismo texto formalmente decaído, pocos días antes de la declaración del segundo estado de alarma constitucional que conllevaría no sólo un confinamiento general, declarado inconstitucional¹², sino una alteración de la actividad parlamentaria ordinaria a raíz de sus sucesivas prórrogas que terminarán por alcanzar el proyecto legal en ciernes.

Son muchos los aspectos críticos por cuanto hace a su tramitación. Sin ánimo de exhaustividad, podrían citarse los siguientes: sortear el trámite esencial de la consulta preceptiva a los altos órganos consultivos del Estado (Consejo de Estado) o implicados en su cogobernanza, incorporando además el informe de otro órgano estatal (Consejo Escolar del Estado¹³) con mandato caducado; impedir en la tramitación inicial la presentación de textos alternativos junto a las enmiendas a la totalidad presentadas obligando su debate en un Congreso semi-clausurado; el recorte al máximo de los plazos reglamentarios para su discusión en el trámite de Comisión en ambas Cámaras; imposibilitar la comparecencia¹⁴ de la comunidad educativa en su debate en el seno de la Comisión legislativa; el abuso de la potestad de enmienda¹⁵ (consustancial a la función parlamentaria) por la coalición gobernante, que radicalizará el contenido del proyecto inicial en la línea opuesta al deseable consenso; la habilitación de un pleno extraordinario para incluir la discusión de las propuestas de veto por los grupos, coincidiendo con la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado

¹² Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021 (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021, págs. 93561 a 93655).

¹³ En el trámite de toma en consideración del dictamen de la Comisión Permanente, el Anteproyecto sería aprobado por un estrecho margen en el pleno del Consejo Escolar del Estado; dando vía libre a la pretensión de que las Comunidades con lengua propia pudiesen decidir el peso del castellano como lengua vehicular en la enseñanza consignada en el texto. Y ello, a pesar de voces expertas que alertaban de los perniciosos efectos de la inmersión lingüística en catalán en el rendimiento del alumnado masculino castellanohablante, a partir de los resultados territorializados para Cataluña del Informe Pisa (2019). Véase, J. CALERO MARTÍNEZ; A.B. CHOI DE MENDIZÁBAL (2019). Efectos de la inmersión lingüística sobre el alumnado castellanoparlante en Cataluña, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación. El informe está accesible en la siguiente dirección web: <http://www.sociedad-y-educacion.org/site/wp-content/uploads/SE-Inmersion-Cataluna.pdf>.

¹⁴ Aspecto que, llamativamente, contrasta con el medio centenar de comparecencias efectivas especializadas y/o expertas durante la tramitación de la tan denostada LOMCE.

¹⁵ En efecto, el rechazo en bloque de las miles de enmiendas presentadas (tanto en el trámite de Comisión como en Pleno) por la oposición no será obstáculo para que, por el contrario, se dé luz verde a más de 200 enmiendas de la coalición gobernante (PSOE-Unidas Podemos), así como algunas otras aisladas de formaciones políticas nacionalistas (focalizadas en la recuperación de competencias), que acabarán imponiéndose en el debate parlamentario. Algo que terminará por transformar el proyecto inicial en un texto legal bien distinto.

(PGE)... Todo ello a través de una calendarización supervisada que permitirá su aprobación definitiva en un tiempo record¹⁶ de tres meses.

El resultado será, pues, no sólo un texto radicalmente distinto al presentado apenas dos años antes sino un texto aprobado por un escasísimo margen¹⁷, que adolecerá de graves defectos formales al prescindir de los trámites de consulta, transparencia y control parlamentario requeridos para un desarrollo orgánico constitucional. Demostrando un disenso social evidente¹⁸ por su parcialidad ideológica y su unilateralidad manifiesta; como subrayan algunas de las críticas cosechadas desde el ámbito doctrinal o jurídico-técnico, centradas en la singularidad y excepcionalidad de su *iter legis*¹⁹.

Igualmente, se han criticado duramente los daños colaterales que la propuesta supuso en la frustración de los trabajos encaminados a conseguir un *Pacto* (estatal) *por la Educación*, que se encontraba relativamente avanzado. La rapidez y urgencia con que se materializó, en primera lectura, el Anteproyecto legislativo, y la posterior tramitación de una de las pocas iniciativas legislativas de calado del Ejecutivo socialista sorprendieron en primera instancia, no sólo por lo que éste avanzaba sino por cuanto su impulso no había partido de la comunidad educativa; desatendiendo al mismo tiempo, y en cuanto a los plazos, la información pública del mismo por parte de los responsables ministeriales. Muy pronto, tales evidencias supondrán una lluvia de realismo sobre lo lejos que estaban las posiciones para alcanzar un acuerdo con el que poder dar estabilidad al sistema nacional de enseñanza.

Contrariamente a la llamada constante al diálogo desde los máximos representantes ministeriales, la reforma incorporará progresivamente, a medida que avance su tramitación, aspectos de alto contenido ideológico, respondiendo a un nulo interés por acordar puntos de acuerdo con los grupos parlamentarios de la oposición. Una actitud que privaba al sistema educativo de la estabilidad requerida no sólo en los

¹⁶ La intención no era otra que aprobar las novedades sustanciales incorporadas al texto (cambio en la composición y competencias de los Consejos Escolares y directores de los centros privados, así como las nuevas directrices de cara a los procesos de admisión) con un calendario de aplicación en diferido. No obstante, más de un año después tras su aprobación, su desarrollo curricular (básicamente, referido a Infantil y Primaria) ha sufrido un considerable retraso, motivado entre otras razones por el cambio en la titularidad del Ministerio de Educación; con lo que la previsión de la entrada en tanto de la nueva ordenación académica como del currículo para todas las etapas educativas no estará prevista antes de dos cursos escolares.

¹⁷ El texto saldría adelante con un escaso margen: 177 votos a favor frente a 148 en contra y 17 abstenciones. Sólo pues un voto más de los mínimos requeridos, por más que constase con el apoyo de nueve formaciones políticas distintas (PSOE; Unidas Podemos; Esquerra Republicana de Catalunya-ERC; Partido Nacionalista Vasco-EAJ; Más País; *Compromís* y Nueva Canarias) que servirá para esgrimir una mayor pluralidad de apoyos que los cosechados en la aprobación de la ley anterior (LOMCE).

¹⁸ La doctrina constitucionalista ha venido insistiendo desde fechas recientes en la importancia del acuerdo en el desarrollo de la Constitución educativa. Por todos, G. CÁMARA VILLAR (2007). «Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España». *Revista de Educación*, núm. 344, págs. 61-82.

¹⁹ Véase, entre otros, C. VIDAL PRADO (2021), *op. cit.* págs., 2-5; J. MUÑOZ DE PRIEGO ALVEAR (2021), *op. cit.* págs. 1-4.

tiempos de tribulación que suponía la pandemia sino de cara al inmediato futuro. Son muchos los retos²⁰ a los que se enfrenta la educación española que algunas instituciones, han querido concretar²¹ recientemente.

Mientras la titular ministerial se escudaba en el «limbo jurídico»²² generado por la suspensión *de facto* de los aspectos más controvertidos de la LOMCE se estaba negando la posibilidad de explorar las posibilidades de un inédito «pacto educativo»²³, impulsado poco antes a través de los trabajos parlamentarios tanto de una Subcomisión creada *ex profeso* en el Congreso de los Diputados²⁴, los de una ponencia que había hecho lo propio en la Comisión General de Comunidades Autónomas del Senado²⁵.

En esos primeros momentos, tampoco faltará la crítica desde el flanco territorial, poniendo el foco en las lenguas vehiculares de la enseñanza. De cualquier modo, llovía sobre mojado, ya que con anterioridad el Gobierno español había renunciado

²⁰ Con ocasión de sus 25 años, la UOC organizó una serie de webinars sobre los retos inmediatos de los diferentes ámbitos del conocimiento. El 21 de abril del pasado año se celebraba uno, precisamente, bajo el título de «Los retos del mañana en la educación» con la participación de expertos de distintas áreas disciplinares donde se concretaban algunos de éstos, como la configuración de modelos y escenarios educativos verdaderamente equitativos e inclusivos, el replanteamiento digital de los procesos educativos o, incluso, cómo afianzar el liderazgo docente. Para una mayor información puede consultarse <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2021/111-diez-retos-educacion.html>

²¹ Básicamente, evitar la mediocridad de sus resultados o las ineficiencias del gasto; la brecha entre formación y empleo; o la más que plausible deficiencia e inestabilidad de nuestros marcos normativos. Véase, CEOE (2017). La educación importa: libro blanco de los empresarios españoles, Madrid, Conferencia Española de Organizaciones Empresariales. La publicación puede descargarse en la siguiente dirección web: https://contenidos.ceoe.es/CEOE/var/pool/pdf/publications_docs-file-373-la-educacion-importa-libro-blanco-de-los-empresarios-espanoles.pdf

²² L. CENTENO CABALLERO (2019). «El limbo jurídico y la reforma educativa», *Revista de FERE-Escuelas Católicas* núm. 84, págs. 36-41. Disponible en la siguiente dirección web: <https://issuu.com/escuelascatolicas/docs/ec84/36>

²³ Véase, M.J. MARTÍNEZ CANDADO (2021). Pacto y legislación educativa en España. Un debate actualizado por la LOMLOE [Tesis de doctorado no publicada], Valencia, Universidad Católica San Vicente Mártir.

²⁴ La Subcomisión Pacto Estado Social y Político por la Educación era constituida el 14 de febrero de 2017 y disuelta 15 meses más tarde, el 14 de mayo de 2018. Los posicionamientos de los distintos Grupos Parlamentarios ante la oportunidad y creación de la misma, pueden consultarse en la siguiente dirección web: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-68.PDF. Sus trabajos concluirán sin poder consensuar, finalmente, ningún texto, y tras el abandono de la mayor parte de fuerzas políticas integrantes de la misma, a comienzos de mayo de 2018.

²⁵ La creación de una Ponencia de estudio en el seno de la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado, que contribuyera a la elaboración de un documento de diagnóstico, objetivos y propuestas, como base para un futuro pacto de Estado social y político por la educación, tendrá su origen en una moción, suscrita, inicialmente, por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, en fecha 15 de marzo de 2017; modificada con posterioridad por los Grupos Parlamentarios Socialista, Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y Vasco en el Senado (EAJ-PNV), además de por el mismo Grupo Parlamentario promotor de la iniciativa, para posibilitar su aprobación. La iniciativa y su justificación puede consultarse en la siguiente dirección web (<http://www.senado.es/web/expedientdocblobervlet?legis=12&id=29575>), al igual que el acuerdo que lo posibilita (http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_81_687.PDF).

a garantizar el uso del castellano como lengua vehicular en la enseñanza en Cataluña, tras el fallo constitucional (STC 14/2018, de 20 de febrero²⁶) que declaraba parcialmente inconstitucional la LOMCE y anulaba la controvertida fórmula para asegurarla: obligar a la Generalitat catalana a pagar ayudas a las familias que lo solicitasen para que matriculasen a sus hijos en centros privados donde el castellano fuese lengua vehicular. Pero, también, al negarse a recurrir la inconstitucionalidad del «fraude de ley» orquestado por el Gobierno valenciano para salvaguardar legalmente los aspectos más críticos del polémico Decreto plurilingüe²⁷, anulados por la justicia ordinaria²⁸ por su sospecha de odiosa discriminación. En su paso por la Conferencia Sectorial, el polémico texto desatará tensiones entre aquellas Comunidades Autónomas favorables a la devolución del texto con el pretexto de la necesidad de potenciar y reforzar las competencias estatales (no hacía mucho que se había polemizado sobre el papel de la Alta Inspección Educativa²⁹); y las que se mostraron reacias a renunciar a un ejercicio más intenso de su potestad de autogobierno, especialmente entre aquellas comunidades con hecho diferencial lingüístico.

Pero, como se ha señalado, el déficit democrático de origen del texto será consecuencia del procedimiento legislativo seguido, en donde quedarían limitadas las posibilidades de participación de los partidos de la oposición tras una anómala ela-

²⁶ Tribunal Constitucional (Pleno). STC 14/2018, de 20 de febrero (BOE núm. 72, de 23 de marzo de 2018, págs. 32637 a 32673). Texto disponible en la siguiente dirección web: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/23/pdfs/BOE-A-2018-4146.pdf>

²⁷ En efecto, sus efectos serán perpetuados tanto por el Decreto-Ley autonómico 3/2017, de 1 de septiembre, mediante el cual se adoptan medidas urgentes para la aplicación, durante el curso 2017/2018 de los proyectos lingüísticos de centro (PLC) en el sistema educativo valenciano; así como por la posterior y vigente Ley autonómica 4/2018, de 21 de febrero, por la que se regula y promueve el plurilingüismo en el sistema educativo valenciano (BOE núm. 63, de 13 de marzo de 2018) que lo deroga. Sobre este contencioso y la actuación legislativa de la Generalitat en evidente «fraude de Ley» puede consultarse V. GARRIDO MAYOL (2020). «El Plurilingüismo en la enseñanza» en Una vida dedicada al Parlamento. Estudios en Homenaje a Lluís Aguiló i Lucía. Valencia, Corts Valencianes, págs. 215-239.

²⁸ En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana 224/2018 (Sala Contenciosa, 4ª), de 25 abril de 2018 (recurso 143/2017) se estima que esta norma (cuyo contenido será asumido por un Decreto Ley posterior, en manifiesto «fraude de ley») «ha supuesto la eliminación de la opción del castellano en la mayoría de los centros sostenidos con fondos públicos» al impedirse la coexistencia de un programa plurilingüe en castellano y valenciano sin que se haya acreditado que tal coexistencia genere discriminación o segregación». Concluyendo, que «el sistema, al establecer una manifiesta desigualdad en detrimento de la lengua castellana, está vulnerando la Disposición Adicional Trigésimo Octava núm. 3 de la Ley Orgánica de Educación, que proscribía la discriminación de cualquiera de las lenguas oficiales».

²⁹ Diversas formaciones políticas presentaron distintas iniciativas parlamentarias (Proposiciones No de Ley) para reforzar el papel de la Alta Inspección en el sistema educativo y posibilitar hacer requerimientos e inspecciones en los centros. Sobre este particular, puede consultarse mi trabajo M. VIVANCOS COMES (2020). «Pacto educativo y consenso constitucional» en Constitución, política y administración: repensando la Constitución. Más de cuatro décadas después. Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 349-362.

boración normativa que podría haber condicionado el denominado *ius in officium* consustancial a la función parlamentaria³⁰.

III. PRIORIZACIÓN DE LA RED PÚBLICA Y PRETERICIÓN DE LA CONCERTADA: SUPRESIÓN DE LA DEMANDA SOCIAL COMO CRITERIO DE LA PROGRAMACIÓN GENERAL DE LA ENSEÑANZA

Excede de la pretensión del presente análisis desarrollar la totalidad de los elementos críticos que conlleva la reciente contrarreforma educativa, sobre los cuáles ha venido manifestándose de forma muy reciente la doctrina³¹. Nos detendremos, pues, en algunos aspectos de la nueva regulación legal de carácter orgánico cuya constitucionalidad podría resultar controvertida al propiciar *de facto* una creciente monopolización estatal que contraviene el más que deseable pluralismo educativo³². Una tacha de inconstitucionalidad que ha evidenciado uno de los dos recursos³³ presentados contra su contenido ante el Tribunal Constitucional y nos advierte de la peligrosa confusión conceptual de la que se parte al confundir universalización de la educación con una monopolización estatal progresiva a la que la misma apunta.

Ahondaremos, a continuación, sobre la que puede resultar la cuestión más preocupante de las incorporadas en el contenido de la nueva LOMLOE y que, a buen seguro, en la práctica educativa va a suponer una preterición de la concertada. Así, se establece un mandato legal mediante el cual las enseñanzas se programarán por las Administraciones teniendo en cuenta la oferta existente de centros públicos y

³⁰ Véase, C. VIDAL PRADO. (2021), *op. cit.*, págs. 4-5.

³¹ Véase, C. VIDAL PRADO (2021). «Educación y valores superiores del ordenamiento: igualdad y libertad», *IgualdadES*, núm. 4, pág. 271; y (2021), *op. cit.*, respecto de la inconstitucionalidad de la previsión de que solamente puedan financiarse con fondos públicos los centros que opten por el modelo pedagógico coeducativo; y F. SIMÓN YARZA (2021). «Los conciertos en la LOMLOE. Ruptura de un consenso constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 35, págs. 8 y 13, quien sostiene la dificultad de mantener la constitucionalidad de la regulación de los conciertos llevada a cabo por la LOMLOE.

³² Véase, P. NUEVO LÓPEZ (2009): *La Constitución educativa del pluralismo: una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Netbiblo. En numerosas sentencias la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoce y destaca el valor del pluralismo educativo. Podemos encontrar algunos ejemplos desde la ya temprana y clásica STEDH de 7 de diciembre de 1976 (*Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*), hasta las más recientes SSTEDH de 10 de enero de 2017 (*Osmanoglu y Kocabas contra Suiza*) y 10 de enero de 2019 (*Wunderlich c Alemania*). Desde un punto de vista doctrinal puede consultarse E. RELAÑO PASTOR (2008). «El pluralismo educativo y la libertad religiosa en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Folgerø y Zengin», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, núm. 22, págs. 227-246.

³³ Los recursos de inconstitucionalidad núms. 1760 y 1828/2021, presentados por los Grupos Parlamentarios de Vox y Popular han sido admitidos por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 20 de abril de 2021 (BOE núms. 102, de 29 de abril de 2021, páginas 50904 y 50906).

la autorizada en los centros concertados³⁴; siendo una de las novedades más destacadas dicha mención a las plazas autorizadas de los centros concertados. Cabe aquí recordar que los centros educativos privados se encuentran sometidos a un régimen de autorización previa, posibilitadora de la prestación del servicio educativo; pero hasta ahora no existían referencias a la autorización de las propias plazas. Esta nueva conceptualización de «plazas autorizadas» (que se corresponde con el nuevo art. 87.2 del texto consolidado de la LOE) parece implicar que los concertados únicamente podrán ofertar las plazas que, previamente, tengan autorizadas, con independencia de su capacidad. Estamos, pues, ante una evidente limitación que afecta a la ulterior capacidad de escolarización que van a poder tales centros desarrollar.

En segundo lugar, los criterios para la programación de la enseñanza, incluían hasta la fecha, el derecho a la educación, la participación efectiva de los sectores afectados, la adecuada escolarización del alumnado con necesidad de apoyo, la equidad y la calidad y, también, la «demanda social» que es, finalmente, suprimido en la LOMLOE. El concepto legal utilizado («participación efectiva de los sectores»), coincidente con el tenor constitucional, resulta un criterio más incierto que el que figuraba en la LOMCE (recuperando el criterio que ya figuraba en la LOCE), referido a las solicitudes que realizan las familias a un centro concreto. Por lo tanto, la elección familiar será a partir de ahora sustituida por la participación de sectores afectados en la programación de la oferta de plazas escolares; y con ello, casi con toda seguridad, se hará prevalecer la solución gubernamental sobre el primer criterio, incumpliendo el mandato constitucional llamado a darle efectividad.

Por último, el texto introduce un mandato a los poderes públicos para garantizar no sólo la «suficiencia» de plazas públicas sino también para exigir la promoción de «un incremento progresivo de puestos escolares en la red de centros de titularidad pública» (expresivo a ciertas etapas educativas, como es el caso de la educación infantil de primer ciclo). Resultaría inocente pensar que las modificaciones legales introducidas serán inocuas y respetuosas con el *status quo*; todo al contrario, el cambio introducido obedece a la voluntad de sobredimensionar la red pública frente a la privada, algo que ya han ensayado con mayor o menor éxito algunos territorios, haciéndolo desde la misma base del sistema, desde donde se nutren el resto de etapas educativas.

Suponemos que una programación más acorde con la existencia de plazas públicas, como mandata la nueva ley, no sólo implicará un incremento exponencial de éstas sino que terminará por someter a la oferta privada a una doble autorización (previa y operativa) al margen del criterio efectivo hasta ahora. Su efecto inmediato, regresar a la configuración de la red privada-concertada como subsidiaria de la pública; limitando o congelando a corto su expansión, en una suerte de contención forzada

³⁴ Para una visión global del marco definidor de la enseñanza concertada, puede consultarse J.J. GUARDIA HERNÁNDEZ (2019). «Marco constitucional de la enseñanza privada española sostenida con fondos públicos: recorrido histórico y perspectivas de futuro», Estudios Constitucionales, núm. 1, pp. 321-362.

que, con el paso de los años buscará revertir su peso en el equilibrio entre ambas y de forma muy singular en algunos territorios. Para ello, la planificación educativa se servirá de herramientas ya conocidas, como los cierres selectivos de unidades; e, incluso, otros nuevos como la «nacionalización» encubierta que algunos territorios han puesto en marcha en ciertos núcleos urbanos³⁵.

La secuencia inexorable que dibuja la LOMLOE resulta evidente: a más plazas públicas, se reducirán sustancialmente las plazas concertadas autorizadas; con independencia de la preferencia socialmente manifestada. Este planteamiento, desde el punto de vista constitucional tiene muchos inconvenientes. El primero es que al segregarse la autorización del centro mismo y la de sus plazas, la Administración se arroga y atribuye unas potestades que podrían estar vulnerando no sólo el principio de reserva de ley; llegando a afectar y condicionar muy directamente al derecho a la libertad de enseñanza.

La exigencia de esa doble autorización vulnera tanto el derecho a la libertad de enseñanza como a la libertad de creación de centros docentes (art. 27.1 y 6 CE) en cuanto que de los referidos preceptos nace el derecho del titular a dimensionar su propia oferta educativa y, por ende, su centro escolar, sin que pueda resultar admisible una injerencia de una autorización administrativa que en realidad supondría una limitación sobrevenida a la facultad de su titular, así como encubriría el ejercicio de la función jurisdiccional que no le corresponde y resulta incompatible con el respeto a los referidos derechos fundamentales.

En este sentido, cabe recordar además que, a través de este planteamiento legal, se perjudica la libertad de elección sin considerar que el Tribunal Constitucional, como ha recordado la STC 74/2018, ha afirmado que «la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) comprende a su vez la doble facultad de los padres de elegir el centro docente de sus hijos, que podrá ser de titularidad pública o privada, y de elegir la formación religiosa o moral que se ajuste a sus propias convicciones; facultad ésta última a la que se refiere específicamente el artículo 27.3 CE» {STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 3; 5/1981, FJ 7, y 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 5 b); ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4}. Una y otra facultad, siendo distinguibles, están evidentemente relacionadas: «Es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral» (STC 5/1981, FJ 8).

En una situación de plena escolarización y un acusado descenso de la natalidad, la aplicación del citado precepto estatal, presupone la conversión de subsidiaria de la

³⁵ Esta posibilidad ha sido apuntada por J.J. GUARDIA HERNÁNDEZ (2020). «Financiamiento compartido y núcleo en la enseñanza concertada». Comunicación presentada en el XXI Congreso Católicos y Vida Pública «Libertad para educar, libertad para elegir», celebrado los días 15-17 de noviembre de 2019. https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/10913/1/Financiamiento_JJ_Guardia_21Cong_Cat%26VidaPubl_2019.pdf

Una síntesis de la misma puede consultarse en AAVV (2020). Libro de Actas del XXI Congreso Católicos y Vida Pública «Libertad para educar, libertad para elegir», Madrid, Asociación Católica de Propagandistas, Universidad San Pablo CEU, pág. 223.

red concertada respecto de la pública, algo que hasta ahora no sucedía; e implica algo todavía más preocupante, como es que la escuela concertada sólo se justifica en tanto que la escuela pública no esté en condiciones de atender plenamente las necesidades de escolarización de cada momento. Lo que supone una reinterpretación unilateral de las reglas del juego que han venido funcionando hasta la fecha.

De este modo, la nueva regulación nos aboca a un monopolio estatal docente, vaciando de contenido el derecho de elección de los padres³⁶ a elegir la educación según el ideario propio de muchos centros privados concertados; ignorando a su vez la garantía institucional que respecto de las empresas educativas concreta el art. 27.9 CE. Como indica la STC 31/2018, de 10 de abril, «el legislador (...) deberá configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad» y «la gratuidad garantizada constitucionalmente no puede referirse exclusivamente a la escuela pública»³⁷.

El Tribunal Supremo también ha argumentado que una programación que prescindiera de la demanda social «determinaría que la administración educativa podría ir incrementando plazas en los centros públicos y correlativamente suprimir unidades en los centros privados concertados (a pesar de que la demanda en los mismos se mantenga o se incremente y se cumpla la ratio profesor/alumnos) haciendo desaparecer esa necesidad de escolarización y, por dicha vía derogar el sistema de conciertos previsto legalmente» (Sentencia núm. 1180/2016, de 25 de mayo³⁸).

De lo que no cabe ninguna duda es que el legislador orgánico estatal, al pretender sobredimensionar una de las dos redes³⁹ del modelo dual sobre el que descansa el

³⁶ Una publicación reciente, sobre este principio M.J. MARTÍNEZ CANDADO (2021): «El complicado equilibrio entre programación de enseñanza y el derecho de los padres a escoger la formación moral y religiosa de sus hijos: Aspectos polémicos de la LOMLOE», Revista Boliviana de Derecho núm. 32, págs. 996-1019. Su vinculación implícita bien al derecho de educación [J.L. MÁRTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1979). «La educación en la Constitución Española (Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en materia de enseñanza)», Persona y Derecho, núm. 6, págs. 215-296] o sus garantías [I. DE LOS MOZOS TOUYA (1995). Educación en libertad y concierto. Madrid, Montecorvo] bien a la libertad de enseñanza en un sentido amplio [A. FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988). De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces; J. RODRÍGUEZ-ZAPATA (1996). Teoría y Práctica del Derecho Constitucional. Madrid, Tecnos; C. RODRÍGUEZ COARASA (1998). La libertad de enseñanza en España. Madrid, Tecnos] ha dividido tradicionalmente a la doctrina; aunque tampoco faltan acertadas opiniones que niegan cualquier exclusividad respecto de ambos [A. EMBID IRUJO (1981). «El contenido del derecho a la educación», Revista española de Derecho Administrativo, núm.31, págs. 653-682].

³⁷ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 31/2018, de 10 de abril de 2018 (BOE núm. 124, de 22 de mayo de 2018, páginas 53548 a 53638).

³⁸ Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia núm. 1180/2016, de 25 de mayo.

³⁹ En el último curso escolar (2019-2020) el alumnado matriculado en las enseñanzas de régimen general fue de 8.276.528, de los cuáles el 67,2% cursan sus estudios en centros públicos frente a un 26 y un 6,8% en concertados y privados, respectivamente. Información que arroja la publicación oficial *Datos y cifras. Curso escolar 2019/2020* (Ministerio de Educación y Formación Profesional, 2020), disponible en la siguiente dirección web: <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/datos-y-cifras-curso-escolar-20192020/ensenanza-estadisticas/23109>

sistema educativo español, está manifestando una preferencia al ligar el destino de los recursos públicos a la planificación de los centros de titularidad estatal. Si en un primer momento, cuando los conciertos educativos tomaron carta legal de naturaleza su financiación se justificó como complemento a una red pública incapaz de dar cobertura a una creciente demanda social de plazas escolares, debido al fuerte crecimiento demográfico y la ampliación de los años de escolarización obligatoria⁴⁰; otorgándose a la nueva red privada «subsidiada» un carácter provisional y subsidiario que la evolución actual habría ido desdibujando, no sólo a favor de una complementariedad efectiva entre ambas redes sino, también, a partir de una preferencia de selección escolar que ahora se quiere limitar por el efecto colateral, segregador e inequitativo, que supone. Esta pretensión nos retrotrae a planteamientos que parecían ya superados; recuperando no sólo la proclama de la escuela pública única (y laica), en una clara agresión al pacto constitucional⁴¹ que cristaliza en el precepto constitucional, sino reafirmandose en un compromiso de firmeza respecto de la educación pública⁴².

La LOMLOE intenta transitar de un derecho a la educación (reconocido con unas notas características y singulares), a un pretendido derecho a la educación «pública»; sin tener en cuenta que, al hacerlo, restringe el contenido «esencial» del derecho fundamental⁴³ constitucionalmente protegido, limitando pues su alcance. Algo que es por todos conocido y que queda fuera del alcance del legislador por orgánico que este sea. Una interpretación posible a los efectos de sortear una eventual inconstitucionalidad del precepto sería el deseo del legislador estatal de quererlo vincular con el servicio público a la educación, a pesar de ser éste otro debate respecto del que ahora se plantea. Además, este intento de restringir el alcance mismo del derecho, se concreta a través del llamamiento genérico a garantizar la suficiencia de plazas por parte de la Administración educativa (art. 109.2 LOE); eso sí, limitándola y circunscribiéndola

⁴⁰ Sobre este particular existe una amplia y extensa bibliografía. Sin ánimo de exhaustividad cabe citar a J.M. DÍAZ LEMA (1992). Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho europeo. Madrid, Marcial Pons; I. DE LOS MOZOS TOUYA (1995), *op. cit.*; A.VILLARROYA PLANAS (2000). La financiación de los centros concertados. Madrid, CIDE; A. ROMEA SEBASTIÁN (2003). Régimen jurídico de los centros concertados. Pamplona, Aranzadi. Como novedad sobre la cuestión, aplicada a la LOMLOE, puede consultarse, F. SIMÓN YARZA (2021). *op. cit.*

⁴¹ He sostenido esta posición en diversos lugares. Véase, por todos, M. VIVANCOS COMES (2020). «Pacto educativo y consenso constitucional» en Constitución, política y administración: repensando la Constitución. Más de cuatro décadas después. Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 349-362.

⁴² PSOE (2019): *Programa Electoral. Elecciones Generales*, p. 58. Disponible en la siguiente dirección web: <http://www.psoe.es/media-content/2019/04/PSOE-programa-electoral-elecciones-generales-28-de-abril-de-2019.pdf>.

⁴³ Sobre los conceptos que integran el contenido esencial del derecho a la educación desde una perspectiva jurídico-constitucional pueden consultarse, con una década de diferencia entre ambos, los trabajos de A. EMBID IRUJO (1981). *op. cit.*; J.F. CRUZ MIÑAMBRES (1988). El derecho fundamental a la educación (estudio multidisciplinar). Estudios alrededor de un núcleo de derecho constitucional. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, págs. 232-235; y F.J. DÍAZ REVORIO (1998). «El derecho a la educación», Parlamento y Constitución. Anuario, núm. 2, págs. 267-305.

(también en régimen de exclusividad) a la red pública («*existencia de plazas públicas suficientes*»), tal y como señala el tenor legal).

Consideramos que, a través de dicha regulación, la LOMLOE subvierte el sistema vigente hasta la fecha; vulnerando a su vez el derecho constitucional a la libertad de enseñanza. Al dejar de valorar en su planificación educativa la demanda «social», que deja por tanto de ser tenida también en cuenta como criterio de programación, la Administración ve ensancharse los márgenes de su discrecionalidad a la hora de proyectar los recursos públicos en materia educativa; convirtiendo en irrelevantes las preferencias de familias, así como las iniciativas y proyectos educativos privados, que verán condicionada su supervivencia al grado de discriminación negativa que se aplique al caso específico. Un hecho que, además, refuerza la intervención pública y el control político sobre la educación empobreciendo la pluralidad de la oferta educativa.

De lo expuesto hasta ahora podemos concluir que, si bien existe un derecho universal a la educación, constitucionalmente reconocido, este no puede verse limitado injustificadamente a la oferta pública; ni siquiera pretender que, a través de futuras actuaciones la oferta estatal, pueda esta sobredimensionarse en paralelo y acorde al achicamiento de la que proviene de la iniciativa social; incluso, hasta el punto de justificar privarle de su sostén público. Cabe recordar que sobre los poderes públicos pesa el deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental a la educación y que esta medida podría llegar a afectar a la misma esencia de la pluralidad educativa, un hecho insoslayable a estas alturas que conviene preservar y defender.

El legislador no sólo parece desconocer a los efectos de la regulación constitucional (art. 27.4 CE), que la «*enseñanza básica obligatoria y gratuita*» viene prestándose por ambas redes, garantizando la referida oferta educativa plural, sino que la programación educativa toma en consideración la oferta realmente existente, con independencia de su naturaleza (pública o privada sostenida con fondos públicos).

Entendemos que la solución planteada por parte del legislador estatal busca dar cobertura legal a la política educativa desarrollada por algunos territorios⁴⁴ buscando acotar la normativa normativa básica estatal (concretada, entre otros, en el Reglamento de Conciertos⁴⁵) referida a la materia. El fin pretendido no es otro que termi-

⁴⁴ Es el caso de la última reforma valenciana, parcialmente anulada a través de una pluralidad de sentencias de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia [por todas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana núm 2706/2019 (Sala Contenciosa, 4ª) de 10 de mayo (recurso 496/2017)], en las cuales se reconoce expresamente que la Administración educativa valenciana no estaba inicialmente obligada a concertar etapas no obligatorias pero que, al hacerlo, el sometimiento a la normativa básica estatal impide extinguir a través de una norma de rango reglamentario autonómico los conciertos singulares vigentes (en su inmensa mayoría estas decisiones se concentraron en las enseñanzas post obligatorias de Bachillerato y Formación Profesional); obligando a su renovación en caso de darse los requisitos exigidos para su concesión.

⁴⁵ Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1985, págs. 40552-40556).

nar reduciendo progresivamente el peso porcentual de la educación concertada. Este desarrollo autonómico de la normativa básica estatal, organizada «*contra libertate*», ha ido ensanchando con el paso de los años sus ámbitos de actuación⁴⁶: elevación de las ratios mínimas y limitación de las máximas, restando viabilidad a los centros de cierto tamaño; convocatorias públicas manifiestamente discriminatorias⁴⁷, que dejan fuera a una de las dos redes del sistema; etc.

El resultado es bien conocido: arreglos escolares «conjuntos», que pese a implicar a ambas redes educativas, sólo tienen un coste negativo para sólo una de ellas; llegando a cerrar unidades concertadas con amplia demanda por mantener una oferta pública que resulta inviable respecto de los criterios más básicos de la planificación educativa. Con un efecto perverso que retroalimenta la estrategia discriminatoria, ya que al habilitarse plazas públicas en unidades que finalmente no terminan llenándose, se fuerza el cierre de unidades concertadas con amplia demanda social. Lo que devuelve a la concertada el carácter o consideración de subsidiaria, algo que la justicia ordinaria⁴⁸ ha venido rechazando reiteradamente.

La cobertura ofrecida por el legislador estatal es de una estrategia sibilina; negada públicamente a través de diversos pronunciamientos públicos de los titulares ministeriales, pero tozuda a través del alcance de los hechos.

Con la supresión de la demanda social como uno de los criterios que deben guiar según el espíritu de la ley la planificación educativa, no se busca otra cosa que favorecer y alentar una programación unilateral y discrecional (con el riesgo, en muchos casos, de devenir en arbitraria) por parte de la Administración educativa. Algo que el marco legal previo (LOMCE) dificultaba al impedirse dicha actuación sin fundamen-

⁴⁶ Sobre esta cuestión, aplicada al caso valenciano puede consultarse M. VIVANCOS COMES (2022). «Modelo educativo y autogobierno valenciano. 40 años de políticas educativas en la Generalitat», *Lex Social*, núm. 12, págs. 1-17.

⁴⁷ Tribunal Constitucional (Pleno). STC 191/2020, de 17 de diciembre de 2020 (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021, págs. 7800 a 7830; disponible en la siguiente dirección: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/01/26/pdfs/BOE-A-2021-1125.pdf>), aunque referida al ámbito de la educación superior, contiene importantes referencias a la doctrina constitucional sobre igualdad de trato en el ámbito de la enseñanza.

En este punto me parece interesante hacer notar el criterio que apunta en su voto particular el Magistrado CONDE-PUMPIDO al identificar el supuesto de cuando una disposición autonómica controvertida se opusiese a la normativa educativa del Estado por no distinguir esta última entre los alumnos matriculados en centros educativos de distinta naturaleza a la hora de configurar las diferentes ayudas. Para el magistrado el poder público autonómico no puede tratar de manera desigual aquello que el legislador competente, el estatal, habría querido que fuese tratado indistintamente; una realidad que frecuentemente se ignora en la asignación de las ayudas de fondos estatales territorializados en el ámbito de la enseñanza.

⁴⁸ Véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana núms. 287/2020 (Sala Contenciosa, 4ª) de 23 de junio (recurso 394/2017); 352/2020 (Sala Contenciosa, 4ª) de 15 de julio (recurso 395/2018); 473/2020 (sala Contenciosa, 4ª) de 17 de junio (recurso 337/2017); y 519/2020 (Sala Contenciosa, 4ª) de 18 de junio (recurso 707/2016).

tación jurídica; condicionado aquella a la participación efectiva de todos los sectores afectados (titulares, familias, profesorado y alumnado).

Supone también renunciar al principio de subsidiariedad o complementariedad (que para el caso es lo mismo) de la enseñanza privada concertada respecto de la enseñanza pública; en el sentido de que aquella sólo debería intervenir cuando la segunda no alcanzase la plena y completa escolarización. Dicha posibilidad, entendemos puede suponer una infracción de la letra y espíritu de nuestra Constitución, así como del desarrollo orgánico concretado hasta la fecha, como ha declarado la más reciente jurisprudencia (STS núm. 1180/2016, de 25 de mayo).

Cabría plantearse si el nuevo contenido del art. 109 LOMLOE, relativo a la red de centros, no podría constituir una modificación encubierta del precepto constitucional; modificación que se habría producido fuera del cauce previsto para la reforma constitucional, que requiere (según la regulación contenida en el art. 168 CE) unos «quóruns» reforzados en caso de afectar a derechos fundamentales.

El nuevo precepto legal, además, vacía de contenido el tercero de los apartados del art. 27 CE al disponer que la programación de las Administraciones educativas está orientada únicamente a garantizar una oferta suficiente de plazas públicas. Criterio organizativo que ignora en la práctica la posibilidad de opción por las familias por los centros concertados existentes⁴⁹; centros que en una gran mayoría van a contar con un ideario alineado con las convicciones religiosas y/o morales de los padres y, por tanto, determinante en la formación en la que consideran oportuno educar a sus hijos.

Igualmente, la regulación que hace la LOMLOE de este derecho fundamental puede colisionar con alguno de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; como su art. 14.3 que reconoce «la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas»⁵⁰. Constituyendo en última instancia un ataque frontal y directo al Estado de Derecho. Un aspecto que no puede obviarse al menos a partir del creciente protagonismo que han adoptado las instituciones europeas en su garantía⁵¹ y que, incluso, les permite ir más allá de las limitaciones jurídicas impuestas por las competencias entre la UE y sus Estados miembros.

⁴⁹ Sobre este particular puede consultarse M. CALVO CHARRO (2006). «La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental». Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 14, págs. 81-101.

⁵⁰ Un análisis específico del derecho específico puede consultarse en A. MANGAS MARIN (Dir.) (2009). *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: comentario artículo por artículo*. Madrid, Fundación BBVA. Puede descargarse en la siguiente dirección: https://fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2008_carta_drechos_fundamentales.pdf

⁵¹ Si bien es cierto que su aplicación, por el momento, sólo se ha aplicado por el momento a las llamadas democracias iliberales (Hungria y Polonia); la intención es dar respuesta a futuras amenazas, sin la necesidad de que se den las condiciones de aplicación del cauce procesal y sancionador del art. 7 TUE, e incluso a pesar de que se trate de ámbitos competenciales de los Estados miembros,

IV. ASPECTOS DE ESPECIAL AFECTACIÓN A LA TITULARIDAD PRIVADA DE CENTROS DE ENSEÑANZA

En la nueva redacción que se hace de la LODE en la Disposición Final 1.^a LOMLOE, existen algunos elementos de interés en los cuáles merece, también, la pena detenernos. Como la nueva redacción del art. 59.1 LODE, que por lo que hace al nombramiento del director en los centros privados concertados introduce dos condiciones: una referida al candidato («un año de permanencia» si se trata de profesorado del centro escolar o «tres años de docencia en otro centro docente de la misma entidad titular» si viene de fuera); y otra, de naturaleza procedimental (exigiéndose «informe del Consejo Escolar del Centro (...) adoptado por mayoría de sus miembros»).

Igualmente, controvertida resulta la incorporación de «un representante del Ayuntamiento en cuyo término municipal se halle radicado el centro»; posible a partir de la modificación de la composición del Consejo Escolar de los centros privados concertados (art. 56.1 en la nueva redacción que posibilita la LOMLOE).

Por último, otro cambio significativo afecta a las atribuciones del Consejo Escolar del Centro (en adelante, CEC), que incluye la comunicación de la extinción laboral del profesorado (art. 60 LODE en la nueva redacción dada por la LOMLOE), al objeto de que puedan establecerse los procesos de conciliación oportunos, ya que algunas otras de sus atribuciones fueron objeto de cribado constitucional (STC 77/1985, de 17 de julio).

Resulta evidente que las funciones directivas de los centros docentes, con el paso de los años, han ido ganando en complejidad. Fruto de ello, ciertos perfiles, en la definición del modelo de función directiva, se han ido imponiendo; como sucede con la LOMLOE, que abandona el gerencialismo previo en favor de uno más participativo⁵²,

como sucede con la educación. El nuevo mecanismo concretado en la Comunicación de la Comisión (COM/2014/0158 final) al Parlamento y Consejo: Un nuevo Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho exige dos requisitos diferenciados: por un lado, el carácter sistémico de la amenaza al Estado de Derecho; por otro, que las garantías nacionales por sí mismas sean incapaces de una adecuación en su respuesta. Este instrumento ha sido recientemente convalidado por sendas Comunicaciones (COM (2019) 163 de 3 de abril; y COM (2019), de 17 de julio de 2019, respectivamente) de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo, permitiendo identificar dichas deficiencias del Estado de Derecho por actores del ámbito interno del Estado Miembro, como así ha sucedido a través de la denuncia por incumplimiento presentada contra el Gobierno de España ante la Comisión Europea por parte de las organizaciones integrantes de la Plataforma Más Plurales que aglutina al sector de la enseñanza concertada el pasado día 3 de febrero.

⁵² Sobre el marco teórico y características de los modelos de función directiva en la educación puede consultarse J. ESTRUCH TOBELL (2002). «Hacia la profesionalización de la dirección de centros escolares» *Revista de Educación*, núm. 329, págs. 77-90; y S. VAZQUEZ TOLEDO; M. LIESA ORUS y J.L. BERNAL AGUDO (2016). El camino hacia la profesionalización de la función directiva: el perfil competencial y la formación del director de centros educativos en España. *Perfiles educativos [online]*, núm. 151, págs. 158-174.

que avanza un «control social»⁵³ más intenso proyectado sobre la misma dirección de centro. Así, en la línea de lo avanzado para los centros públicos, donde los directivos tendrán que buscar un equilibrio entre las tareas administrativas y pedagógicas», la LOMLOE reforzará también en los privados/concertados el papel de los órganos de participación, tanto en la designación de la dirección como en la gestión del personal docente. Con lo que resulta oportuno plantearse a continuación si los cambios introducidos podrían lesionar los derechos constitucionalmente reconocidos a las titularidades de quiénes, en última instancia, estos dependen.

Con carácter previo, y respecto a la titularidad de los centros privados concertados, resulta forzoso reconocer, como ha hecho la STC 77/1985, de 27 de junio, «*la existencia de un derecho de los titulares de centros docentes privados a la dirección de los mismos, derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza de (sus) titulares*». Más allá del acto de creación o fundación de un centro de iniciativa social⁵⁴, ésta se traduce también en una potestad directiva por parte del titular⁵⁵, concretada en «*el ejercicio de las facultades y derechos ínsitos a la actividad de una institución educativa*» ya que, a pesar de poder ser modulado el mismo por la acción del legislador orgánico estatal (STC 191/2020, FJ 4) no se entendería sin una plena potestad directiva ni, tampoco, privándole de la opción de dotarse de un ideario propio⁵⁶.

El contenido esencial del derecho a dirección también se ha concretado, de conformidad a la doctrina constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril⁵⁷), en una delimitación positiva, donde se incardinarían tanto el derecho a garantizar el respeto al carácter propio, así como la responsabilidad en el ámbito de la gestión directiva de la titularidad (STC 77/1985, FJ 20.º), especialmente, mediante el ejercicio y

⁵³ J. L. ARÉVALO JIMÉNEZ (2021). La dirección en la LOMLOE: entre la gestión y el liderazgo. Blog de la Inspección de Educación, de 6 de febrero. Disponible en la siguiente dirección web: <https://inspecciondeeducacion.com/preparacion-inspeccion-educacion-directores-lomloe/>

⁵⁴ Como recuerda la reciente STC 191/2020, de 17 de diciembre (BOE núm. 22, de 26 de enero) el derecho de todos a la educación «recogido sintéticamente en el apartado 1 del artículo 27 CE y desarrollado en los apartados siguientes, tiene una doble «dimensión» o «contenido» de «derecho de libertad» y «prestacional» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7). El primero (...) se identifica con la libertad de enseñanza [STC 74/2018, de 5 de julio, FJ 4 a), entre otras], y entre (sus vías de concreción) se encuentra el derecho a crear instituciones educativas [STC 74/2018, FJ 4 a)], previsto específicamente en el artículo 27.6 CE, a cuyo tenor: «se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales» (FJ 4º).

⁵⁵ En este punto, cabe recordar que el cuarto y último párrafo del art. 13, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por España, señala expresamente que «nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares para establecer y dirigir instalaciones de enseñanza», incluyendo así el concepto de «dirección» en un texto con el valor interpretativo que le atribuye el art. 10.2 CE.

⁵⁶ Véase, J. ORTIZ DÍAZ, (1980) La libertad de enseñanza, Málaga, Universidad de Málaga, pág. 16, quien identifica el intervencionismo público como uno de los grandes enemigos del proyecto educativo con ideario, pudiendo llegar a anular su autonomía pedagógica una de las dimensiones que derivan del primero.

⁵⁷ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 11/1981, de 8 de abril. BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981, págs. 1-13.

despliegue de facultades decisorias, fundamentalmente, en relación con la propuesta de Estatutos de Régimen Interior (ERIs), así como el nombramiento y cese de los órganos de dirección y contratación del profesorado. La negativa, por el contrario, comportaría la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables a las mismas o, incluso, aquellas que la despojaran de la necesaria protección. De lo referido se desprende, como ha venido a señalar la jurisprudencia constitucional, que *«el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional»* (STC 77/1985). En todo caso, lo que queda claro es que el contenido esencial del derecho en cuestión, supone también la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto de los centros sostenidos con fondos públicos sin que éstas lleguen a ser «absolutas e insalvables» (STC 77/1985, FJ 20.º). Hay que preguntarse, pues, hasta qué punto las modificaciones incorporadas en la LODE-LOMLOE suponen un impedimento de tales características en el ejercicio de la responsabilidad de la gestión por los aspectos incorporados en la norma y que han sido señalados con antelación.

Si bien no constituye un obstáculo insalvable para el ejercicio de las facultades de dirección, la exigencia de tres años de antigüedad al candidato externo al centro, pero perteneciente a otro vinculado a la misma titularidad, sí podrá resultar una limitación injustificada, en cuanto a la efectividad misma de su poder de dirección, que bien podría tildarse de arbitraria. Más preocupante (a los efectos apuntados) resulta la intromisión de un representante externo, ajeno a la realidad del centro, como es el representante municipal; una manifestación de la pretensión invasiva que pretende introducir el legislador y que en el momento actual tiene una difícil justificación al haberse desapoderado a los municipios de las competencias educativas por parte de ese mismo legislador estatal⁵⁸. Consideramos que no tiene mucho sentido dicha representatividad cuando la competencia municipal se limita a justificar servicios impropios que, hasta la fecha se veían obligados a asumir pero que, ahora, son en todo caso de titularidad autonómica; por más que haya una cierta continuidad respecto de actuaciones de distinta índole, pero de menor importancia (ayudas directas a las familias; control del absentismo escolar; gestión de concesiones educativas infantiles...). No tiene, pues, ningún sentido la incorporación de dicha representación municipal ajena a la realidad educativa como no sea la de introducir un contrapeso a la legítima representación de los intereses escolares representados a través de un

⁵⁸ Con anterioridad, podría haberse justificado en el fomento efectivo de la participación social en la toma de decisiones en los centros, en su gestión y control o, incluso, en la oportunidad de acercar y hacer más próximas las demandas de la comunidad educativa con la intención de darles cumplida respuesta; hoy, a todas luces, carece de cualquier lógica al haberse desapoderado a los municipios de las competencias educativas que venían ejerciendo hasta la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2013, págs. 106430- 106473).

comisariado del poder político de turno que perfectamente puede considerarse una intromisión ilegítima en la configuración de tales órganos de participación.

Por último, la necesaria comunicación de la extinción laboral de los profesionales docentes puede justificarse en la más que oportuna concurrencia de voluntades: entre el titular del centro, de una parte, y de la otra, el Consejo Escolar, órgano a través del cual se canaliza el derecho a intervenir de padres, profesores y alumnos. En tanto esta se produzca, la facultad del titular podrá haberse visto condicionada o, incluso, restringida en cuanto a su ejercicio, pero difícilmente podrá considerarse suprimida. Su introducción parece legitimarse en evitar ciertos comportamientos arbitrarios que convertirían en ilusorios otros derechos fundamentales (libertad de cátedra); llegando a afectar en último término la garantía de la efectividad del derecho a la educación de los alumnos, dado que la calidad educativa sólo puede salvaguardarse en un clima de estabilidad.

Otro conjunto de iniciativas finalmente incorporadas en la LOMLOE⁵⁹, se encuentran dirigidas a mejorar la distribución del alumnado vulnerable entre las dos redes educativas. De ahora en adelante, las Administraciones educativas autonómicas tendrán la obligación de distribuir de forma «adecuada y equilibrada» a los alumnos con necesidades especiales (generados por dificultades en su aprendizaje o por una situación objetiva de vulnerabilidad)⁶⁰ encargando su supervisión a los órganos garantes de su admisión en el territorio. A tal fin, tendrá que reservarse una parte de las plazas finalmente ofertadas pudiendo autorizarse un incremento extra de las mismas hasta alcanzar el 10% respecto de las ampliaciones de matrícula sobrevenidas⁶¹.

⁵⁹ Para F. REY MARTÍNEZ (2021). *op. cit.* 57, «una de las novedades más interesantes de la LOMLOE (...) es el reconocimiento implícito (...) de segregaciones escolares en nuestro país respecto al alumnado en situación de vulnerabilidad socioeducativa y la correspondiente articulación de algunas medidas para evitarla». El autor, no obstante, critica la ambigüedad y falta de concreción legal tanto de sus garantías como la respuesta institucional ante un eventual incumplimiento.

⁶⁰ Una de las propuestas de mejora que habían sido plateadas en la monografía de J.S. MARTÍNEZ GARCÍA (2017). *La equidad y la educación*. Madrid, Editorial La Catarata.

⁶¹ Este resquicio legal ha sido aprovechado por los territorios que han dado comienzo a su proceso de escolarización tras la entrada en vigor de la LOMLOE. Así, a través del Decreto 11/2021, de 16 de febrero, regulador de la programación de la oferta educativa y del procedimiento de admisión en los centros del Servicio de Educación de Cataluña (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 8344, de 18 de febrero de 2021, págs. 1-35), consecuencia del pacto contra la segregación escolar suscrito hace unos pocos meses por la comunidad educativa, y que ha proyectado un trasvase hacia la red concertada del alumnado con necesidades específicas o especiales de mayor vulnerabilidad, con una mínima compensación económica cuando ésta ni tiene los recursos ni tampoco la financiación del sistema público. Igualmente, otra iniciativa que ha evidenciado una firme oposición del sector ha sido el Decreto 24/2021, de 30 de marzo, de escolarización de La Rioja (Boletín Oficial de La Rioja núm. 64, de 31 de marzo de 2021) que atribuye en exclusiva la gestión de dicho proceso al Departamento de Educación para asegurar el acceso «en igualdad» a los centros de ambas redes; llegándose a crear un órgano específico para la asignación de plazas, vinculando la oferta a la planificación global del sistema sustituyendo al de la demanda social, igual que hace la LOMLOE. Y a las que a buen seguro seguirán muchas más en los próximos meses.

Asimismo, la LOMCE a través su Disposición Adicional Decimoquinta concretaba un mandato al poder público municipal, señalando que «*los municipios cooperarán con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes*». La LOMLOE modifica este punto concretando el mandato y redirigiéndolo para los centros de titularidad pública, aspecto que (salvo un ulterior desarrollo) no limita la posibilidad a la cesión de uso público para las iniciativas o proyectos escolares de naturaleza privada. Entendemos que no se produce una vulneración del principio de igualdad de trato al plantearlo como una acción finalista cuya decisión de establecer proyectos de colaboración público-privada a través de esa fórmula (que se ha demostrado plenamente efectiva y fecunda en algunos municipios madrileños, por ejemplo) corresponde en última instancia a los poderes locales y sus corporaciones.

V. COEDUCACIÓN Y DIFERENCIADA: REAPERTURA DE UN DEBATE CONSTITUCIONAL

La LOMLOE establece que los colegios públicos y sostenidos con fondos públicos «desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas y no separarán al alumnado por su género», pese a que el Tribunal Constitucional se había pronunciado recientemente con rotundidad de un modo favorable a la constitucionalidad plena de esta modalidad pedagógica (STC 31/2018, FJ 4.º), sin que pueda reputarse ni segregadora, ni tampoco discriminatoria; abriéndose a la posibilidad de su financiación pública si así lo estimase el legislador estatal⁶².

En este sentido, al concretar la ley estatal en su articulado los principios nucleares que inspiran el sistema educativo español (art. 1 LOMLOE) incluye, entre estos, a la «coeducación»⁶³; como base del fomento del principio de igualdad intersexos. Su significado preciso, plenamente coincidente con la educación mixta, no nos oculta, sin embargo, su verdadera intención: negar de base, las posibilidades legítimas de la educación diferenciada de disfrutar de una financiación pública (teniendo clara la inexistencia de un derecho al concierto, como destacó alguno de los votos particula-

⁶² Sobre ésta puede consultarse A. CARDENAS CORDÓN (2021). «Educación, género y democracia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2018, de 10 de abril, sobre la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo», XVIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Oviedo, ACE. Disponible en: <https://www.acoes.es/congreso-xviii/ponencias-y-comunicaciones>.

⁶³ En uno de los recursos planteados contra la LOMLOE (Grupo Parlamentario Popular, núm. 1828), se critica el sentido unívoco que el texto busca dar al enfoque coeducativo, afianzando la «exclusividad democrática» de la educación mixta y arrojando un halo de sospecha sobre la diferenciada, a la cual se quiere negar su financiación *ope legis*. Al hacerlo el legislador orgánico se muestra fuera de la más reciente jurisprudencia que no sólo se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad sino también de su compatibilidad con el llamado «ideario educativo constitucional», abriéndose a su financiación pública sólo supeditada a las condiciones de equiparabilidad intersexos.

res de la STC 31/2018). Esta intención además se ve reforzada, a su vez, en la nueva redacción dada por la LOMLOE a la Disposición Adicional 25 LOE, donde viene a insistirse en el desarrollo de ese principio, extendiéndolo en su amplitud a ambas redes, con el fin expreso de favorecer la igualdad sustantiva.

El legislador parece, pues, pretender a través de dicha operación, angostar el acceso al concierto de la educación diferenciada (como por otra parte ya se intentó limitar en el pasado a través del Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad de Trato y No discriminación que, ahora, algo más de una década después se ha pretendido retomar⁶⁴); no sólo estableciendo una preferencia legal de la educación mixta, sino favoreciendo una interpretación unilateral o de parte respecto de la coeducación. Una mala *praxis* legislativa que el mismo Tribunal Constitucional ha repudiado en otras ocasiones (STC 76/1983, FJ 4.º y 7.º), porque supone forzar, de entre las posibles, una única interpretación constitucional, lo que eleva al legislador orgánico por encima de la Ley de leyes.

Las libertades educativas apuntadas, contempladas en el precepto constitucional, son de aplicabilidad directa, sin necesidad de una *interpositio legislatoris*; ahora bien, si éste actúa no está en su mano ofrecer un significado más preciso, restringido o limitado del contenido del precepto constitucional, donde puede encontrar cobijo una opción pedagógica que, deriva del derecho constitucional de los titulares a establecer un ideario educativo propio (a partir de la misma libertad de enseñanza) y que ha sido ampliamente reconocida en el ámbito internacional (sirvan de ejemplos la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960⁶⁵, así como la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación hacia la mujer, y 18 de diciembre de 1978, entre otras), está presente en buena parte de las naciones de nuestro entorno (extendida, incluso, al ámbito de la enseñanza pública como demuestra la experiencia norteamericana), habiendo sido constitucionalmente validada, en dos ocasiones recientes (SSTC 31 y 74/2018).

Como señalan los magistrados en la STC 31/2018⁶⁶, no hay ni un solo dato concluyente que permita atestiguar que la educación diferenciada no contribuya (al

⁶⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Serie B). Congreso de los Diputados (XIII Legislatura) núm. 67, de 30 de julio de 2019, págs. 1-27. https://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-67-1.PDF

⁶⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 262, de 1 de noviembre de 1969, págs.17070-17072.

⁶⁶ Precisamente, el aspecto abordado en este punto (constitucionalidad de la educación diferenciada) terminará por ocultar otros aspectos relevantes y significativos de la sentencia: como la equiparación material entre las enseñanzas religiosas y las asignaturas cívicas (Primaria) o éticas (Secundaria), así como la incorporación de una fórmula de opción entre ambas; la separación por itinerarios en la ESO, a través de los Programas de Mejora del Aprendizaje y del Rendimiento, sustitutivos de los antiguos programas de diversificación curricular con la LOE; la posibilidad de que centros con especialización curricular establezcan el rendimiento académico como criterio de admisión; o, por último, la sensible reducción del poder de intervención de los Consejos Escolares de los centros privados concertados en cuanto a su gestión y control. Precisamente, este último aspecto se refuerza en la LOMLOE, buscando

menos en igualdad de condiciones) al avance igualitario al menos en iguales condiciones que pueda hacerlo el sistema mixto o coeducativo. De hecho, tras casi medio siglo de hegemonía coeducativa, todavía quedan muchas barreras y estereotipos no igualitarios que desterrar. Lo que si resulta una evidencia es que únicamente a la escuela no mixta se le exige justificar y acreditar las medidas académicas desarrolladas a favor de dicho valor constitucional, como consecuencia de una sospecha no siempre bien fundamentada, pero sí de alargado sombreado.

Hay que señalar también que, en dicho trascendental fallo, tampoco era función del Alto Tribunal pronunciarse acerca de lo acertado de la metodología diferenciada, liberándola de la carga de justificar si eficacia en cuanto modelo pedagógico. Algo, por cierto, difícilmente compatible con el principio de libertad educativa. Es más, su mero planteamiento parece responder a un sesgo o prejuicio ideológico que se deja asomar en alguno de los votos particulares. Por el contrario, lo que si entraba dentro de las atribuciones del intérprete constitucional era despejar las dudas respecto del cumplimiento del ideario educativo constitucional por tales enseñanzas. Posición que recibirá algún que otro reproche, por parte de los magistrados disidentes del sentir mayoritario⁶⁷.

Por último, dicho pronunciamiento constitucional expresa con claridad y firmeza que no existe un solo motivo constitucional para privarles de financiación en iguales condiciones que al resto de la oferta privada, sostenida total o parcialmente con fondos públicos. Sin embargo, esa unidad de criterio se fractura en la pretensión de pretender generar una obligación constitucional de la que derivar un eventual y futuro concierto, al considerarse que podrían estar limitándose *pro futuro* las opciones del legislador estatal, como defenderá la vicepresidenta del Alto Tribunal en su voto

una transformación de la naturaleza misma de aquellos; transitando hacia órganos de gobierno y no tanto de participación y control y afectando sensiblemente a las facultades de la titularidad en cuanto a la gestión del personal docente pero, también, respecto de las potestades conferidas para el nombramiento de los equipos directivos, devolviendo algunos aspectos al marco legal previo a la LOMCE.

⁶⁷ El propósito de estas líneas me impide entrar en el detalle de los votos particulares que plantean interesantes debates que la STC 31/2018 cierra por el momento, pero que sin duda volverá a reabrir el juicio casi seguro constitucional de la LOMLOE. Como la hipotética lesión del ideario constitucional (VALDÉS DAL-RE) al impedirse la convivencia entre iguales; como reflejo de «viejas ideas en nuevos ropajes», arraigadas en la legislación educativa española preconstitucional (CONDE-PUMPIDO); la cuestionada recuperación del principio «separados pero iguales» (XIOL RIOS), de amplia discusión en el derecho antidiscriminatorio norteamericano del pasado siglo [*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954)], a partir del cual la segregación sólo podría entenderse no discriminatoria ante la equivalencia de prestaciones; o, por último, el reconocimiento de una identidad, más allá de la binaria y propia del género, que reconoce y fomenta toda una reciente legislación autonómica (BALAGUER CALLEJÓN). Siendo esta última, a mi parecer, el señalamiento más certero de las posiciones minoritarias defendidas en el seno del tribunal; aunque el avance de dicha legislación de autodeterminación de género y la transversalidad de los planes directores de coeducación adoptados por muchos gobiernos autonómicos no han sido impedimento para el legítimo mantenimiento de esta opción pedagógica en sus respectivos sistemas autonómicos de enseñanza.

particular. Planteamiento que puede considerarse contemplado en el redactado final de la LOMLOE.

Por los planteamientos apuntados, los preceptos aludidos podrían haber vulnerado tanto el contenido esencial y constitucionalmente protegido de la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), concretado en un contenido primario en tanto que derecho de libertad (STC 51/2019⁶⁸, FJ 3.º); la misma libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE), en la que se fundamenta el ideario o proyecto propio del centro que no puede ser desnaturalizado por la voluntad del legislador estatal; e, incluso, del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones (morales o religiosas), de conformidad tanto con la citada STC 74/2018, como por otra normativa internacional⁶⁹.

VI. UN ÚLTIMO APUNTE SOBRE LOS ASPECTOS CRÍTICOS REFERIDOS A LA EDUCACIÓN ESPECIAL

Otra disposición que no podemos dejar de abordar es la Disposición Adicional 4.^a LOMLOE, referida a la escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales; que completan sendos apartados (números 2 y 3) del art. 74 LOE (educación especial), que en aras al interés superior del menor buscan priorizar la voluntad de aquellas familias que muestren su preferencia por un régimen más inclusivo⁷⁰; posibilitando su tránsito a un modelo que presente tales características, al modificar el régimen de escolarización.

Esa disposición tiene su origen en una petición de los representantes del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad para dar cumplimiento a la exigencia contenida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante la cual se exige a los Estados el aseguramiento de aquellas «medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el

⁶⁸ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 51/2019, de 11 de abril de 2019. BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2019, págs. 52107-52181.

⁶⁹ Arts. 14.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C 364 de 18 de diciembre de 2000); y 2 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1991, págs. 1087-1088), respectivamente.

⁷⁰ Véase, L.COTINO HUESO (2012). El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 21. El autor destaca que, tras la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad [Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, págs. 20648-20659)] el derecho a una educación inclusiva queda afianzado, conformándose «un nuevo contenido del derecho a la educación (que) (...) garantiza la no exclusión del sistema de educación general, con calidad y en igualdad con otros», sin olvidar tampoco los conocimientos específicos y capacitación del profesorado. Para un tratamiento específico de la educación inclusiva y su estándar internacional puede consultarse F. REY MARTÍNEZ (2021), *op. cit.*, págs. 26-30.

desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión» [art. 24.2.e)]; la función de la acción gubernativa pues irá orientada la conversión de los centros de educación especial (CEEs) en centros de recursos sectoriales de apoyo a la inclusión, brindando asesoramiento especializado y ayuda para lograr el auténtico objetivo: su traslado generalizado a la red ordinaria de forma progresiva. Para cumplir tal propósito sólo bastaba, sin embargo, aumentar los recursos especializados (no consta en la memoria económica de la LOMLOE la dimensión económica de la misma ni lo que puede potencialmente suponer para el erario público) sin planificar un progresivo desmantelamiento de un recurso que se ha demostrado especialmente idóneo.

Nuevamente, el tratamiento de la educación especial que se contiene en la LOMLOE puede suponer, lejos de la finalidad perseguida, un incumplimiento de la normativa internacional⁷¹. Considerando que debería valorarse, en definitiva (a través de un ejercicio de ponderación) si lo discriminatorio no es realmente la opción planteada por el legislador⁷², al condenar aquel elemento que se ha demostrado como eficaz y auténtico elemento de inclusión educativa. Una actuación que, por cierto, podría contravenir también el derecho preferente a elegir el modelo educativo más conveniente para sus hijos según sus convicciones morales, religiosas y, también, pedagógicas, reconocido ampliamente a nivel internacional⁷³.

VII. CONCLUSIONES

En resumen, tanto el procedimiento parlamentario seguido, como las circunstancias excepcionales que han acompañado la aprobación de la LOMLOE revelan una manifiesta ausencia de consenso que cualquier reforma educativa debiera concitar; no sólo para garantizar su ulterior supervivencia legislativa sino también en aras de garantizar una mayor estabilidad para nuestro sistema nacional de enseñanza y

⁷¹ Como la citada Declaración de Incheon para la Educación 2030 (2015), que insiste en el principio de igualdad de oportunidades y no sólo en el acceso; así como otros principios planteados en la ya citada Convención sobre la Discapacidad (como el interés superior del menor, art. 7.2); e, incluso, un deber prestacional vehiculado en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (atendiendo a las circunstancias de aquellos menores que requieran cuidados especiales, *ex art.* 23).

⁷² En este mismo sentido se pronuncia O. MATEOS DE CABO (2021). «El derecho a la educación, la igualdad y la inclusión social». XVIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Oviedo, ACE. Disponible en: <https://www.acoes.es/congreso-xviii/ponencias-y-comunicaciones>.

⁷³ Pueden citarse los siguientes instrumentos internacionales donde queda recogido el reconocimiento del derecho aludido: Declaración Universal de los DDHH, de 10 de diciembre de 1948 (art. 26.3); Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (art. 13.3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 18); Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (art. 2); y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 7 de diciembre de 2000 (art. 14.3).

salvaguardar su eficacia. Por contra, el resultado de esta contrarreforma legal no es producto de ninguna «emergencia educativa» sino de un planteamiento ideológico revisionista que buscar reescribir la arquitectura sobre la que descansa el pacto constitucional en materia educativa⁷⁴.

Como se ha podido comprobar a lo largo del presente trabajo, algunos de los contenidos incorporados en el redactado de la LOMLOE podrían suponer una vulneración de nuestras libertades educativas; más en concreto, por convertir la enseñanza concertada en subsidiaria de la pública; limitar las posibilidades de creación de nuevos centros con ideario o proyecto propios; por proyectar la hoja de ruta de un monopolio estatal educativo no sólo anacrónico sino poco respetuoso, también, con la garantía de nuestras libertades educativas y los derechos de las familias; y por arrumbar los derechos de los principales sectores afectados en la programación general de la enseñanza, entre otras razones.

Haciéndolo, el legislador constitucional ha traspasado no sólo el contenido «esencial» de la libertad de enseñanza, así como el nuclear del derecho a la libertad de creación de centros docentes; al extralimitarse a la hora de configurar el régimen de ayudas públicas en el ámbito de la enseñanza con pleno respeto al principio de igualdad; o, incluso, planteando reformas encubiertas de previsiones constitucionales al margen del proceso constitucionalmente previsto que por su mayor afectación a los derechos fundamentales, exige unas mayorías parlamentarias reforzadas, muy lejanas a la que ha cosechado la LOMLOE en su tramitación.

El texto ha hecho un repaso a los aspectos más críticos que afectan a la educación concertada, dejando al margen otros significativamente importantes cuya afectación constitucional no resulta tan evidente (como la supresión del castellano como lengua «vehicular» en la enseñanza o, incluso, el tratamiento de la religión que deja de ser computable, pese a continuar siendo de oferta obligatoria y elección voluntaria); sin llegar a entrar a valorar, tampoco, la nueva asignatura de valores éticos y cívicos, centrada en «los derechos humanos y las virtudes cívico-democráticos» que conforman el denominado «ideario constitucional educativo»⁷⁵. Hemos optado por centrarnos en el desconocimiento de la demanda social lo que inevitablemente va a condicionar el equilibrio en el seno del sistema educativo dual, con una «exclusividad» que va a favorecer una preeminencia a partir de ahora de la red pública; el nuevo tratamiento que se pretende dar a la educación diferenciada, a partir del planteamiento coeducativo y su generalización a la globalidad del sistema educativo; o la afectación de las

⁷⁴ Véase, M. VIVANCOS COMES (2020), *op. cit.*

⁷⁵ Sobre esta noción capital, cuya feliz expresión es atribuida al malogrado presidente del Alto Tribunal, F. TOMÁS y VALIENTE, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la doctrina. Entre otros, cabe destacar a los siguientes: B. ALÁEZ CORRAL (2011). «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, págs. 91-130; P. NUEVO LÓPEZ (2014). «Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 89, págs. 205-238; F. REY MARTÍNEZ (2021). «El ideario educativo constitucional... Inclusivo», *Revista de Derecho Político*, núm. 111, págs. 13-44.

potestades de dirección de las titularidades privadas que nos devuelven y retrotraen a unos escenarios pre-LOMCE; sin olvidar, por último, la más que cuestionable decisión de integrar a los menores en situación de discapacidad que requieran de una atención especializada en la red ordinaria de centros, sin contar con los recursos y apoyos necesarios difícilmente asumibles por el conjunto del sistema.

Tales controversias ya se han formalizado en sede constitucional, contra diversas disposiciones de la LOMLOE; forzando al Tribunal de Garantías a pronunciarse sobre los aspectos más controvertidos y cuestionados de la LOMLOE, reabriendo viejos debates y recuperando recientes controversias que le obligarán a confirmar o separarse de su *leading case* (STC 31/2018), anteriormente señalado. Será una excelente oportunidad para aclarar aspectos determinantes que afectan al sistema educativo español de una forma muy directa y condenando, eso sí, a una inestabilidad crónica por un legislador estatal incapaz de forjar consensos ambiciosos y perdurables a la altura de las exigencias que requiere la educación post-pandemia.

Por último, otro de los aspectos más novedosos en la impugnación de la LOMLOE es haber abierto un frente en la UE y sus instituciones; con el objetivo de hacer valer todos los acuerdos internacionales que el Reino de España tiene suscritos y que resultan de directa aplicación al ámbito educativo. La solicitud de amparo registrada el pasado 26 de noviembre ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, al entender que diversos preceptos y contenidos de la LOMLOE constituyen una grave vulneración de los valores que fundamentan la UE (conculcando tanto la Carta de Derechos Fundamentales de la UE como el mismo Tratado de la UE), a pesar de su corto recorrido, ha pretendido visibilizar lo que podría significar una infracción «sistémica» del Estado de Derecho, en un momento de máxima visibilidad de esta garantía, dada la reciente activación del mecanismo europeo que persigue salvaguardar dicho valor fundamental. Y ello, a pesar del infructuoso intento también de conseguir abrir una investigación por parte de la Comisión tendente a forzar la activación del procedimiento de infracción por violación de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho contra nuestro país y que, sin haber llegado a entrar en el fondo, ha dejado clara la responsabilidad estatal en la reforma y mejora de sus sistemas educativos que puede verse seriamente dañada si no se hace desde el diálogo y el consenso necesario que exige el pluralismo educativo vigente.

Title

The limits to the freedom of education and organic law of education (LOMLOE). A constitutional debate in permanent definition

Summary

I. INTRODUCTION. II. ONE MORE THAN DISCUSSED PARLIAMENTARY PROCESSING THAT PREVENTS CONCLUSION OF THE EDUCATIONAL AGREEMENT. III. PRIORITIZATION OF THE PUBLIC NETWORK AND PRETERITION OF THE CHARTER SCHOOL: SUPPRESSION OF SOCIAL DEMAND AS A CRITERION OF GENERAL EDUCATION PROGRAMMING. IV. ASPECTS RELATED TO PRIVATE LEGAL ENTITIES AS OWNERS OF EDUCATIONAL CENTERS. V. COEDUCATION AND SINGLE-SEX: REOPENING OF A CONSTITUTIONAL DEBATE. VI. ONE LAST NOTE ON THE CRITICAL ASPECTS REFERRED TO SPECIAL EDUCATION NEEDS. VII. CONCLUSIONS.

Resumen

La reciente aprobación de la LOMLOE ha propiciado un intenso debate sobre su contenido y, muy significadamente, sobre aquellos aspectos del texto legislativo orgánico más controvertidos desde la perspectiva constitucional. Más allá de la controversia generada en torno a su singular tramitación, impulsada con suma celeridad durante la pandemia y fruto de un procedimiento legislativo técnicamente cuestionable, la crítica se ha focalizado en las novedades legales referidas a la educación concertada, el modelo pedagógico de escuela diferenciada o el recorte de la potestad directiva respecto de las titularidades privadas. El texto orgánico estatal sobredimensiona la vertiente prestacional del derecho a la educación a fuerza de limitar su intrínseco valor de libertad y nos desliza hacia un cuestionable modelo educativo estatalizante que no sólo se aparta del consenso constitucional sino que puede menoscabar seriamente el sistema de valores que fundamentan la UE. Reabriendo, en definitiva, un debate constitucional cuya resolución arrojará luz sobre aspectos determinantes del modelo educativo español, condenado a una inestabilidad crónica por un legislador estatal incapaz de forjar consensos perdurables en el tiempo.

Abstract

The recent approval of the LOMLOE has led to an intense debate on its content and, very significantly, on those aspects of the organic legislative text that are most controversial from a constitutional perspective. Beyond the controversy generated around its unique processing, promoted with great speed during the pandemic and the result of a technically questionable legislative procedure, criticism has focused on the legal developments related to concerted education, the pedagogical model of differentiated school or the curtailment of managerial power with respect to private ow-

nership. The state organic text oversizes the performance aspect of the right to education by dint of limiting its intrinsic value of freedom and slides us towards a questionable state educational model that not only departs from the constitutional consensus but can seriously undermine the system of values that support The EU. Reopening, in short, a constitutional debate whose resolution will shed light on determining aspects of the Spanish educational model, condemned to chronic instability by a state legislator incapable of forging lasting consensus over time.

Palabras clave

Estado de Derecho; Derecho a la Educación; Libertades educativas; Coeducación; Educación concertada; Educación diferenciada por sexos; Programación educativa.

Key words:

Rule of Law; Right to Education; Educational Freedoms; Co-education; Free School; Single Sex Education; Educational Programming.

