

# La Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa: una reforma contestada, pero de corto alcance

Isabel María DE LOS MOZOS Y TOUYA  
*Universidad de Valladolid*

El sistema educativo oficial se alejará cada vez más de las necesidades de la enseñanza institucionalizada, si la legislación educativa se preocupa más de lo instrumental que de lo fundamental. Por importante que sea incorporar nuevas tecnologías, lenguas extranjeras y cauces de control de los conocimientos, lo será mucho más definir a qué efectos, es decir, para enseñar qué y para hablar de qué, y además, de manera estable y uniforme para toda España. Sin lo anterior, se corre el riesgo de avanzar hacia una aparente objetividad, a base de cuantificar formalmente un sistema educativo sustantivamente cada vez más vacío, desigual y disperso.

Cabe señalar, en primer lugar, que la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE) se queda bastante corta en su planteamiento reformista, al menos, desde la perspectiva jurídica del reconocimiento de los derechos y libertades de los principales protagonistas de la actividad de enseñanza, pues da por buenos no pocos defectos de la legislación vigente ya antes

de la LOMCE, aunque también son destacables algunas mejoras en ese ámbito.

Por otra parte, la nueva ley no rectifica a fondo los contenidos educativos, objetivándolos y generalizándolos, ni revisa de verdad el modo en que deban exigirse, aunque participa de la imperante obsesión evaluadora. Asimismo, descuida un poco la formación integral de las personas, a la vez que afirma la pretensión de “formar ciudadanos”, cuando difícilmente podrán serlo si no son antes verdaderas personas [1], con su propia identidad que, en cualquier caso, vendrá definida necesariamente también frente al hecho religioso [2], por lo que la asignatura de religión en el sistema educativo debe ser una exigencia ineludible [3], como se desprende del propio art.27.2 y 3 de la Constitución (CE)[4]. Y esta exigencia no aparece debidamente cumplida por la LOMCE, ya que la religión no cuenta a efectos académicos y sólo es de oferta obligatoria (con otra alternativa), hasta el final de la Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO), mientras

que en el Bachillerato aparece sólo como optativa, en su caso.

Además, la LOMCE ensaya soluciones poco operativas, para mejorar la enseñanza pública y para garantizar el castellano como lengua vehicular en la enseñanza oficial. Primero, porque la idea de calidad incentivada a través de planes y programas especiales, que den contenido a la autonomía de los centros públicos y amplíen de modo ilimitado la discrecionalidad administrativa, no parece la mejor manera de asegurar una igual calidad educativa en la enseñanza pública. Y segundo, porque el problema de la lengua no se resuelve sin más, por la fuerza, mediante una especie de *ejecución subsidiaria*, pues el hecho lingüístico debería ser tratado con una actitud más constructiva, en principio.

Pues bien, dentro de los límites impuestos a este trabajo, se explicarán aquí las modificaciones más significativas que la LOMCE introduce en la Ley Orgánica 2/2006, de Educación (LOE), y que giran en torno a las características principales de este cambio legislativo. En tal sentido, cabe calificar la reforma como *positiva y poco coherente*, al mismo tiempo, con respecto a los nuevos principios que incorpora. Por lo demás, cabe destacar que es también: *continuista* de la dispersión educativa autonómica, y *ambigua* en su planteamiento de los conciertos educativos. Todo ello permitirá sugerir una breve conclusión como iremos viendo en los siguientes epígrafes.

## 1. Los muy positivos “nuevos principios” de la legislación educativa y sus importantes consecuencias jurídicas interpretativas: límites y contradicciones.

Lo primero que llama la atención es que la muy contestada reforma de la LOE por la LOMCE no abdica de ninguno de los principios que sustentaban la legislación anterior, promovida por una tendencia política contraria a la de los autores de esta reforma. Y sorprende que la reforma repita con total naturalidad en el art.1,b) LOE el principio de *inclusión educativa*, ya discutible en sí mismo si se afirmase de forma omnímoda, como pretenden algunos, sin los matices necesarios que exige la propia perspectiva constitucional, a la que se remite expresamente el mismo art.1 LOE, aludiendo al reconocimiento de los derechos y libertades constitucionales. En particular, por tanto, a los reconocidos para el ámbito de la enseñanza y, en especial, a los que derivan de los artículos: 27, 20, 16 y 10 CE, relativos, respectivamente, al derecho a la educación en libertad (y, por tanto, también a la libertad de enseñanza), a la libertad de expresión (también en la enseñanza), a la libertad ideológica y a la dignidad personal. Además del derecho al trabajo (art.35 CE) y de la libertad de empresa (art.38 CE), ya que ambos se proyectan en el mundo educativo con total normalidad.

Lo cierto es que partiendo de la libertad de enseñanza como *haz de libertades o norma organizativa* de la actividad educativa [5], dicho principio *inclusivo* interpretado de forma extensiva sin más, es decir, sin las necesarias precisiones interpretativas que a continuación se explicitan, no encajaría bien con dos de los nuevos principios que recoge la LOMCE. Porque éstos últimos articulan exigencias constitucionales y contribuyen a una correcta interpretación de dicho principio inclusivo que, sin embargo, mantiene sus efectos limita-

dores de la libertad escolar para los centros concertados (1.1). Por otra parte, sin la expresa declaración de tales principios, una desmedida proyección del principio inclusivo podría chocar también con la explícita y válida declaración de la LOMCE sobre la legitimidad de la enseñanza diferenciada para chicos y chicas, a todos los efectos, por no ser discriminatoria (1.2).

*1.1. La inclusión educativa: principio "incontroverso" pero contradictorio, si es entendido maximalistamente. Sus consecuencias limitadoras de la libertad escolar en el régimen de los conciertos escolares.*

En realidad, imponer el *principio inclusivo* en el sistema educativo oficial, sin matices y precisiones, no parece muy compatible con el *derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos*, que se añade ahora al engranaje explícito de los viejos principios del sistema educativo (nuevo art.1, q) LOE). Anteriormente la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (LODE), desde su inicial redacción de 1985, se limitaba a reconocer *el derecho de los padres a la elección de centro docente* (tanto público, como distinto de los creados por los poderes públicos). Y ello podía tener un alcance más limitado, en la medida en que pudiera condicionarse el *tipo de educación* que ofertasen los centros, por ejemplo, por imponerse el modelo inclusivo de forma prácticamente incondicionada en todo el sistema educativo, como sucedió a partir de la LOE, en particular, en toda la enseñanza obligatoria y gratuita.

Y tampoco sería compatible dicho principio inclusivo –entendido en ese sentido casi incondicional– con otro muy elemental,

explicitado ahora acertadamente, que está en la base natural de la actividad educativa y que reconoce a los padres *la responsabilidad primaria en la educación de sus hijos* (nuevo art.1, h) bis LOE), en coherencia con el art.26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Ese principio inclusivo estaba ya en las aspiraciones de un cierto ideario educativo, bajo el objetivo de la llamada enseñanza comprensiva. Cuando se aprueba la LOE en mayo de 2006, estaba en tramitación la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que se aprobaría más adelante en Nueva York, el 13 de diciembre del mismo año 2006. Esta Convención fue ratificada por el Reino de España en abril de 2008 y por la Unión Europea en 2010. En agosto de 2011, se aprobó la Ley por la que se adaptaba el Ordenamiento español a dicha Convención. Pues bien, en ese contexto, ya la LOE introdujo el principio inclusivo en la educación, al parecer y como se verá enseguida, con la pretensión de darle un alcance casi omnímodo que, sin embargo, no cabría deducir en absoluto de la misma Convención y, menos aún, con carácter necesario, ni tampoco de nuestra propia Constitución.

En efecto, es en el art.24 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre, donde se precisan los compromisos de los Estados signatarios en el ámbito de la educación y donde se introduce el *principio inclusivo en la enseñanza primaria y secundaria ("de calidad y gratuita")*, con respecto a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás (art.24.2, b) de la Convención). Después de precisar el art.5 de la propia Convención que no se considerarán discriminatorias, "las medidas específicas que sean necesarias para

*acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad*".

Es evidente, por tanto, que la Convención atiende a la posibilidad de medidas especiales para situaciones especiales. Y también, que la *inclusión* como principio en la enseñanza configura una obligación positiva para cuantos ejerzan la iniciativa escolar (pública o privada) de eliminación de barreras de todo tipo, para *normalizar* las situaciones de quienes adolezcan de algún tipo de discapacidad, siempre que resulte posible.

Pero, a la vista de lo anterior, es evidente también que no son iguales todos los tipos de discapacidad, física, psíquica o sensorial, ni pueden tratarse por igual, tampoco en el ámbito educativo. Y en todo caso, deberán ser los padres o tutores quienes deban decidir el tipo de atención que merezca la discapacidad del educando en cada circunstancia. Por eso, en muy buena lid, entran en juego aquí los dos citados principios que incorpora la LOMCE y que vienen a dejar en evidencia el mero derecho de los padres o tutores "*a ser oídos en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos*", del art.4.1, g) LODE, según la redacción que introdujo la LOE. Pues resulta evidente que el derecho de los padres no se limita *a ser oídos*, mientras sean los alumnos menores de edad o carezcan de la madurez necesaria para decidir por sí mismos [6], como se desprende del conjunto del Ordenamiento jurídico.

En efecto, ese *mero derecho a ser oídos* queda superado, ahora, por su *derecho a escoger* (una facultad con contenido decisorio, por tanto), gracias a lo dispuesto por el nuevo art.25.1 LOE, por ejemplo, a propósito de la acertada nueva opción que la

LOMCE abre en el cuarto y último año de la ESO, como curso de iniciación alternativa para el Bachillerato o para la Formación Profesional Básica. Y en coherencia con ello, el también nuevo art.30 LOE prevé una propuesta del equipo docente a los padres, tutores o, en su caso, alumnos, con vistas a decidir dicha alternativa, que adelantará la Formación Profesional de forma muy realista, por cierto. Lo que, en la práctica, podrá dar muy buenos resultados.

Sin embargo, cuando los padres o tutores deban enfrentarse a especiales necesidades educativas de sus hijos o pupilos, la LOMCE se muestra continuista con la LOE, cuyo art. 74.1 –que sigue vigente, bajo la rúbrica de la "Escolarización"–, dispone que ésta se regirá para los alumnos con necesidades educativas especiales por los *principios de normalización e inclusión*, "en el acceso y permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas cuando se considere necesario", y que sólo cabrá la escolarización en centros de educación especial cuando no sea posible atender a estos alumnos "en el marco de las medidas de atención a la diversidad en los centros ordinarios".

Además, el art.74.2 LOE, en vigor, dispone que corresponde a la Administración identificar y valorar dichas necesidades educativas especiales en cada caso, después de considerar como tales no sólo las que deriven de la discapacidad, sino también las "derivadas de trastornos graves de conducta" (art.73 LOE, vigente también). Por su parte, el nuevo art.79 bis LOE amplía la inclusión educativa, al referirse particularmente al "alumnado con dificultades específicas de aprendizaje", aparte de los

supuestos de discapacidad, incluida la psíquica. Y añade este precepto que: “La identificación, valoración e intervención de las necesidades educativas de este alumnado se realizará (...), en los términos que determinen las Administraciones educativas”, lo cual no implicará que pueda prescindirse de la decisión de los padres o tutores, si nos atenemos a los principios antes expuestos, acertadamente introducidos por la LOMCE.

Con todo, mantener una inclusión educativa imperativa supone también mantener un contexto educativo oficial un tanto dirigista, que obliga con carácter general, necesaria e imperativamente, a un único modelo escolar, el *inclusivo*, desconociendo con ello el principio de la libertad primaria de los padres (por tanto, anterior a cualquier otra medida educativa y, en particular, pública), a la hora de ejercer la opción educativa que les corresponde. Y dicho contexto *oficial* choca también con el derecho a elegir el tipo de educación que se proclama ahora como nuevo principio. Pero, sobre todo, hay que destacar que los *reformadores* no contemplan, como tampoco los anteriores, que la libre opción de los padres pueda darse al margen del modelo *inclusivo*, es decir, que pueda haber ofertas escolares distintas a la educación *comprensiva o inclusiva*, en el seno de un sistema mucho más amplio, que permita también el cauce *inclusivo*, en su caso, pero que no lo imponga como único posible [7].

En la práctica, las consecuencias de la imposición *inclusiva* son muy evidentes en los centros privados concertados, es decir, en la educación básica y obligatoria, a la que se tiene derecho en condiciones de gratuidad, según el art.27.4 CE. En estos niveles educativos, si no se quiere o no se

puede renunciar a la gratuidad, quienes opten por centros concertados a tales efectos, se encontrarán con que los titulares de la oferta escolar que sea, no tienen libertad para esquivar el modelo *inclusivo* y, además, están obligados a escolarizar una determinada proporción de alumnos con necesidades educativas especiales y a reservar plazas a alumnos en estas circunstancias [8], encima, sin la suficiente garantía financiera pública, en su caso [9]. Además, paradójicamente, se dispone el reparto de estos alumnos entre los centros públicos y concertados, *con el fin asegurar la calidad educativa*, cuando más bien supone repartir obligatoriamente la dificultad e, incluso, la falta de calidad.

Y ello, a pesar de que los centros privados concertados, según el art.121.6 LOE, tienen reconocido expresamente su derecho al carácter propio (o ideario del centro), aunque quede contradicho y recortado de este modo, por las previsiones anteriormente citadas de la propia LOE, pues en tales centros privados no cabe ensayar una oferta escolar que no sea *inclusiva*, lo que contraviene abiertamente el art.27.6 CE que reconoce la libertad de iniciativa escolar, con el correspondiente derecho a definir el carácter propio del centro creado y el consiguiente derecho a poder dirigirlo, tal y como se desprende también de la propia jurisprudencia constitucional [10]. Y de este modo, se restringe además el derecho de quienes deban ejercer la opción educativa, pues sólo podrán hacerlo en el marco de una oferta escolar necesariamente limitada por la obligatoria oferta *inclusiva*.

Detrás del planteamiento *inclusivo* existe toda una concepción *política* de la educación que puede resultar casi irreconciliable con las llamadas libertades educa-

tivas [11]. Se trata, en el fondo, de una especie de superchería, consistente en afirmar la discutible necesidad de impedir una *sociedad fragmentada* a base de inclusión educativa, confundiendo la necesaria igualdad –real y efectiva– de oportunidades con la imposición de una igualdad material (más propia de modelos políticos totalitarios). En definitiva, se confunde así el fin educativo de la integración social con la escolarización integrada o inclusiva que, en tal caso, sólo será uno de sus posibles instrumentos. No obstante, hay quienes invocan que los actores de la enseñanza privada concertada no pueden sólo esgrimir derechos, sino que también deben cumplir una serie de obligaciones, como sería supuestamente asumir el modelo inclusivo en todo caso, a la fuerza o necesariamente.

Sin embargo, dicho planteamiento olvida que tales obligaciones no pueden consistir en asumir la garantía del derecho a la educación, que sólo a los poderes públicos corresponde, con arreglo al art.27.5 CE [12], sin perjuicio de la libertad de quienes ejerzan la iniciativa escolar de concurrir con su oferta voluntariamente a esa garantía. Y menos todavía, si lo anterior fuera a costa de vaciar el propio derecho a la educación de su contenido primario de libertad, que tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional, como inseparable de su dimensión de prestación (STC 86/1985). Ni tampoco a costa de vaciar de contenido la propia libertad de iniciativa escolar, tal y como se desprende del art.13.4 del PIDESC, donde, precisamente partiendo de la premisa de “hacer asequible a todos gratuitamente la enseñanza obligatoria”, se declara que: “Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y en-

tidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, (...)” [13].

El problema es que lo que algunos llaman sociedad fragmentada no es más que el resultado de los legítimos y diversos modelos educativos, dirigidos precisamente a formar la identidad de los titulares del derecho a la educación, sobre la base de las legítimas preferencias educativas de sus padres o tutores, en cada caso, de tal forma que nadie resulte adoctrinado contra su voluntad, como se afirma bien expresivamente en la literatura jurídica francesa para definir en términos comprensibles la libre opción educativa [14].

Pero lo anterior no será posible, mientras se impida legalmente que los centros privados concertados puedan seleccionar a sus propios alumnos, entre quienes aspiren a educarse en ellos, sobre la base de la mayor o menor identificación con la correspondiente oferta escolar del centro, por parte de los padres o tutores (y de los propios educandos, en su caso). No bastaría, por tanto, con respetar el proyecto educativo del centro concertado, como sigue diciendo el art.84.9 LOE. Porque, en rigor, la elección de un centro privado concertado debería significar también la posible adhesión a un ideario compartido, como expresión de la colaboración educativa que debería llevar consigo [15].

La posibilidad de admitir a los alumnos que se identifiquen más con el carácter propio, oferta o ideario del centro concertado, viene siendo impedida por el art.84.2 LOE, donde se establecen los mismos criterios de admisión de alumnos para los centros privados concertados que para los centros públicos, so capa de la financiación pública. Lo que resulta ahora evidenciado por el nuevo art.86.3 LOE, que revela

claramente cómo el proceso de admisión de alumnos en los centros concertados está publicado absolutamente, de manera que los criterios de admisión no son propiamente para el caso de que no haya plazas suficientes, porque se aplican de entrada a todas las solicitudes.

En efecto, el citado art.86.3 LOE exige ahora que los centros sean informados de las solicitudes de admisión que les afecten, pero las solicitudes que reciban los centros deberán ser “tramitadas” o trasladadas a la Administración educativa competente. Y mientras en los centros públicos ahora, expresamente, decide sobre la admisión de alumnos el Director (art.132, n) LOE), en los centros concertados se mantiene que el Consejo escolar participe y garantice las normas de admisión (art.59, c) LODE). Habrá que suponer que esa garantía lo será tanto frente a la Administración, como frente al propio Titular del centro. Cuando, en realidad, tendría que ser éste quien decidiese sobre la admisión de alumnos, y no sólo formalmente, como sucede ahora, sino como una facultad propia e irrenunciable, inherente a la de dirigir el centro creado, según se desprende del ya citado art.13.4 PIDESE, plenamente vigente en España, en virtud del art.10.2 CE.

En definitiva, a mi modo de ver, no se podrá avanzar nada en este terreno mientras no se rectifique, acertando a explicar que el problema de la educación está íntimamente ligado con el pleno desarrollo de la personalidad, y que ésta tiene que ver con la identidad personal y el derecho al nombre, que le viene dado a cada educando (titular del derecho a la educación) por sus propios padres, para poder ser de verdad uno mismo y, al mismo tiempo, poder in-

tegrarse en condiciones de igualdad dentro de la diversidad social. En esto consiste respetar la diferencia, y no en esa vana pretensión de *tratar igual la diferencia*, defendida por los partidarios de la escuela comprensiva o inclusiva. Porque, además, esa pretensión es el paradigma de la discriminación o diferenciación jurídicamente prohibida [16], pues tratar igual a los desiguales (y a la inversa) es esencialmente injusto [17], según tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional [18]. Y por ello, además, ni es bueno, ni resulta operativo.

### *1.2. La enseñanza diferenciada o no mixta en la LOMCE: una aclaración oportuna, una prohibición pertinente, una contradicción salvada y una reparación coherente con su legitimidad.*

Es positivo también que la LOMCE reconozca expresamente el derecho al concierto de los centros privados que ofertan una educación diferenciada [19], sólo para chicos o sólo para chicas. Porque la posibilidad de efectuar esa oferta separada es expresión del carácter propio de los centros privados de enseñanza y es una de las posibles manifestaciones de la libertad de quien ejerza la iniciativa escolar [20], sobre la base de su correspondiente legítima opción metodológica, como tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional [21]. Y en un contexto constitucional próximo al nuestro [22], la educación diferenciada ha sido reconocida expresamente como parte del contenido esencial de la libertad escolar, por una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, de 30 de enero de 2013. En ella se afirma que, si para ser autorizados, los centros privados tuviesen que seguir los diseños organizativos y los métodos pe-

dagógicos implantados en la escuela pública, la libertad de iniciativa escolar se vería vaciada de contenido y el titular de la escuela privada quedaría convertido en un mero gestor de la pública [23].

Con todo, una proyección desmedida y tendenciosa del ya tratado principio de inclusión educativa (desde esa vieja aspiración política al modelo único de escuela comprensiva), que pretende una escuela pública *de todos y para todos*, viene poniendo en cuestión este tipo de educación diferenciada con contumacia, se podría decir, incluso. Aunque esa perspectiva inclusiva en su vertiente más *moderada* llega a admitir que pueda existir esta oferta diferenciada, pero, en tal caso, no admite que pueda recibir financiación pública que permita hacer dicha oferta educativa en condiciones de gratuidad.

Lo que, en la práctica, significa que quien no pueda renunciar a la gratuidad de la educación obligatoria, a su financiación pública, no tendrá la posibilidad de elegir este tipo de educación separada, si la considera más adecuada y mejor para los educandos de uno u otro sexo, teniendo en cuenta su distinto ritmo de maduración personal. Y ello comporta una verdadera discriminación por razón de opinión –y no de sexo–, ante la asignación de los recursos financieros públicos, amén de imposibilitar la efectividad del derecho a la educación en libertad, por tanto.

En esa tendencia, de aquella manera *moderada*, podría situarse una jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que arranca de la Sentencia de 23 de julio de 2012 [24], donde se niega que los centros privados que hagan una oferta diferenciada –sólo para chicos o chicas– tengan derecho a acceder al régimen del concierto,

a los efectos de que puedan acogerse a la financiación pública, para atender una demanda educativa en las condiciones de gratuidad, que garantiza el art.27.4 CE con respecto a los niveles de la enseñanza básica y obligatoria.

Y ello, con una muy discutible fundamentación jurídica, pues no deja de reconocer la plena legitimidad de tales ofertas diferenciadas, al tiempo que les niega su derecho al concierto, incurriendo en incongruencia procesal, incluso. Esta jurisprudencia [25], en la actualidad (al tiempo que se aprueba la LOMCE), está *sub iudice* ante el Tribunal Constitucional. De ahí la oportunidad del reconocimiento expreso de la educación diferenciada por la nueva ley, lo que constituye una aclaración muy oportuna en el contexto indicado.

En efecto, es en el nuevo art. 84.3 LOE, a propósito de las reglas de admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos, donde la LOMCE se desmarca de la lógica extensiva del principio de inclusión educativa, aclarando que no son discriminatorias las ofertas diferenciadas por razón del sexo y señalando también –en virtud del propio art.14 CE y del art.10.2 CE –, como fundamento de su legitimidad, la *Convención de la UNESCO para la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza* de 1960, vigente en España desde 1969. Ya que el art.2,a) de dicha Convención declara expresamente que no se considerará discriminatorio este tipo de oferta educativa, con las condiciones que en él se precisan, relativas fundamentalmente a que dichas ofertas apliquen el mismo sistema educativo y los mismos requisitos de calidad, previstos por el Estado para toda la enseñanza oficial.



Además, dicho precepto añade una prohibición pertinente. A saber, que la opción por la enseñanza diferenciada no podrá suponer para ninguno de los actores implicados “un trato menos favorable, ni una desventaja” en el acceso al concierto o en cualquier otro aspecto. Esta prohibición es importante en el contexto normativo, porque supone derogar implícitamente la preferencia en favor de la educación mixta, que incorporó en su día la Disposición Adicional vigésimo quinta de la LOE, al establecer que los centros que desarrollasen “el principio de coeducación” serían objeto de una “atención preferente y prioritaria” en la aplicación de la Ley.

Por tanto, esta nueva previsión de la LOMCE viene a desactivar esa anterior preferencia legal que era, en sí misma, injustificada y discriminatoria, desde el punto de vista de la libertad escolar. Porque, en realidad, el objetivo al que decía servir, “la igualdad efectiva entre hombres y mujeres”, puede servirse también por otros muchos cauces (que no es legítimo marginar), y no necesariamente a través del “principio de coeducación” [26].

Por otro lado, el art.84.3 aprobado en el Congreso, establecía, a continuación, una exigencia que representa una contradicción insalvable, en sí misma. Se trata de la necesidad que imponía de *justificar* en el proyecto educativo del centro escolar, en su caso, la opción de la oferta educativa por la enseñanza diferenciada. Esta exigencia se había incorporado a este precepto, como aplicación del Informe del Consejo de Estado 172/2013, sobre el Anteproyecto de LOMCE, donde supuestamente se argumenta en este sentido, con referencias a otros contextos constitucionales distintos del nuestro. Sin embargo, el Informe del

Consejo de Estado olvida en este asunto algo esencial, y es que el ejercicio de la libertad no precisa justificación, porque consiste precisamente bien en ser ejercida o en no serlo, o bien en serlo en un sentido o en otro, siempre y cuando se haga lícitamente. En consecuencia, el Informe del Consejo de Estado carecía de la razonabilidad más elemental. Pero es que, encima, fue evacuado por un órgano, la Comisión Permanente del Consejo, que carece de competencia para ello. Pues, en efecto, el Dictamen sobre la LOMCE sólo encajaría en la atribución que la Ley Orgánica del Consejo de Estado otorga en su art.21.10 a otro órgano distinto, el Pleno del Consejo, por tratarse de un asunto de “especial trascendencia o repercusión”. Por el contrario, dicho Dictamen no encajaba en ninguna de las atribuciones previstas en el art.22 en favor de la Comisión Permanente, que no era competente para evacuarlo, por tanto, por lo que dicho Informe carece de la validez jurídica correspondiente. Y resulta evidente que un Asunto de Estado de tanta trascendencia, como la reforma educativa, por imperativo legal debe ser informado por el Pleno del Consejo de Estado, integrado por todos los Consejeros, es decir, por los Natos y los Electivos, además de por los Permanentes, únicos integrantes de la Comisión Permanente que, sin embargo, fue el órgano que dictaminó sobre la LOMCE.

Además, dicha contradicción era insalvable, porque suponía un límite injustificado a la libertad de iniciativa escolar, al restringir indebidamente su contenido esencial (desactivándolo, en parte) y que, en rigor, no podría exigirse en sede administrativa, porque ello supondría necesariamente una autorización administrativa específica del ideario o carácter propio, en

cada caso. Y ese tipo de autorización ya fue declarado inconstitucional por la STC 77/1985, al resolver el recurso previo de inconstitucionalidad contra la LODE, anulando su art.22.2. Por otra parte, los órganos jurisdiccionales tampoco están para declarar el contenido preciso *del lícito ejercicio* de las libertades, cuya valoración corresponde sólo a sus titulares.

Por todo ello ha sido muy oportuna la modificación del nuevo art. 84. 3, LOE aprobada por el Senado, que deja el texto diciendo: y “los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema”, tal y como aparece en el texto final de la LOMCE aprobado por el Congreso el 28 XI.2013.

Finalmente, la nueva Disposición Transitoria segunda LOE contiene el reconocimiento del derecho al concierto por el tiempo que reste del actual período de conciertos que es de cuatro años (el nuevo art. 116.3 LOE deja ahora nuevos plazos), a aquellos centros a los que en 2013 se les denegó su renovación, o se les redujeron unidades concertadas, por el único motivo de ofrecer educación diferenciada. Este derecho podrán hacerlo efectivo en el plazo de dos meses, desde que entre en vigor la LOMCE. Y esto, por su parte, supone una reparación justa, coherente con la legitimidad de la oferta escolar diferenciada.

## 2. Una reforma continuista de la dispersión autonómica.

La LOMCE da carta de naturaleza a la dispersión autonómica, pues el nuevo art.6 bis LOE clasifica las asignaturas del sistema educativo español en troncales, específicas y de libre configuración autonó-

mica, lo que puede dar lugar a una aparente unificación *básica* de los contenidos educativos. Sin embargo, con arreglo a este precepto, ni siquiera las llamadas asignaturas troncales dependen sólo del Gobierno español, ya que las Administraciones autonómicas podrán completar sus contenidos y determinar su horario máximo, pues al Gobierno del Estado sólo le corresponde determinar el horario mínimo de estas asignaturas.

Por su parte, a las Comunidades Autónomas les corresponde fijar los contenidos de las asignaturas de libre configuración autonómica, además de completar los de las troncales, con un único límite legal, que el horario de éstas “no será inferior al 50% del total del horario lectivo fijado por cada Administración educativa como general”. De manera que se diseña un 50% de uniformidad en los contenidos educativos de Primaria, ESO y Bachillerato, para toda España. Y de ese 50%, una parte será todavía mediatizada o *complementada* por cada Comunidad Autónoma. Y, por tanto, menos de la mitad del sistema educativo español será el mismo para toda la nación.

A la vista de lo anterior cabe concluir que la *nueva* ordenación educativa dará carta de naturaleza a la actual dispersión del sistema educativo, en 17 planes de estudio distintos para los niveles de la enseñanza preuniversitaria, uno por cada Comunidad Autónoma. Lo que trasluce una evidente dejación de funciones del legislador estatal, en contra del art.149.1, 30ª CE, donde se establece que el Estado tiene competencia exclusiva para regular: “las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art.27 de la Constitución, a fin de

garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”.

A mi modo de ver –y en contra de una interpretación muy extendida, aunque con discutible fundamento–, al Estado debería corresponderle, según dicho título competencial, establecer los planes de estudio en todos los niveles educativos, preuniversitarios y también universitarios –a pesar de las supuestas exigencias del Espacio Europeo de Educación Superior [27]–, para garantizar la homologación de los distintos títulos académicos y profesionales otorgados en todo el territorio nacional y, con ello, asegurar los derechos de cuantos se relacionen con quienes ejerzan las distintas profesiones tituladas. Y al Estado le corresponde también, determinar las condiciones básicas para garantizar el contenido del art.27 CE, relativas, en particular, a los requisitos de calidad educativa, la programación de la oferta escolar, la financiación de la gratuidad exigible y de las becas, y la prestación educativa.

Por tanto, desde esta perspectiva, la LOMCE ha perdido la oportunidad que aún le brindaba el marco constitucional vigente, para unificar el sistema educativo en bien de todos cuantos cursen sus estudios en España, y de cuantos deban relacionarse con ellos después. Y no parece que esta falta pueda suplirse con reválidas que, en su caso, podrán cuantificar lo que haya pero, por sí solas, no podrán cambiar lo que hay. Y menos todavía, en un contexto de evaluación continua que tiende, inevitablemente a relativizar su operatividad. En la LOMCE, probablemente, sobran reválidas y falta una garantía uniforme de los contenidos educativos.

### 3. Una reforma ambigua en relación con los conciertos educativos.

El concierto es un cauce jurídico establecido por la LOE, para financiar con fondos públicos la educación privada, que se articula a través de dos modalidades, la de concierto pleno y la de concierto singular. El pleno se aplica a los niveles educativos de la enseñanza básica y obligatoria, que son constitucionalmente gratuitos, y el singular, a las enseñanzas privadas del Bachillerato y de la Formación Profesional que, por su parte, siguen siendo gratis en los centros públicos. Y ambas modalidades encajan en la calificación de contrato administrativo especial de financiación en favor de tercero, que en el primer caso articula una compensación financiera pública en beneficio de los titulares del derecho a la educación (por el cumplimiento de su deber de educarse), que se otorga al Centro concertado para que no les cobre, mientras que en el segundo caso articula una ayuda pública indirecta, en beneficio también de los educandos, porque se otorga al Centro de enseñanza para que éste rebaje el coste de los puestos escolares [28].

Lo cierto es que, como viene sucediendo de distinta forma y con distinta intensidad en nuestro entorno constitucional [29], la financiación pública de la enseñanza es un pretexto para los poderes públicos con vistas a mediatizar la enseñanza privada, so capa de dispensar fondos públicos [30]. Y ello, a pesar de que en la doctrina jurídico-administrativa está muy claro que no caben las ayudas públicas de resultado, en relación con actividades que sean en sí mismas libertades públicas o derechos fundamentales de libertad, que entrañan una libre opción, como es el caso del

derecho a la educación (o también, del derecho a la información) [31].

Pues bien, salvo algunas cuestiones puntuales relativas a los nuevos arts.116 y ss. LOE y a los órganos de los centros concertados regulados por la LOE (Disposición Final primera LOMCE [32]), la reforma no aborda a fondo este problema que tiene que ver con el fundamento mismo del concierto. Y en este sentido, al menos, la tramitación parlamentaria ha permitido depurar el Proyecto y eliminar del nuevo art.2 bis LOE, una referencia al “servicio público educativo”, cuya dinámica expansiva podría haber resultado mucho más limitadora de la iniciativa escolar concertada y de los derechos de quienes concurren a ella [33].

Sin embargo, eso no clarifica suficientemente a qué se refiere el servicio público educativo del viejo y vigente art.108.4 LOE, donde se dispone que: “La prestación del servicio público de la educación se realizará a través de los centros públicos y privados concertados”. Cuando, por su parte, el art.116.1 LOE sigue refiriéndose, como posibles solicitantes del concierto a: “Los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas por esta ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los artículos 108 y 109 (...)”, Es decir, en el marco del servicio público y la programación, que según la nueva regulación deberá tener en cuenta la demanda existente y no sólo la oferta de centros públicos y concertados. Aunque, más bien, debería tener en cuenta también la oferta de centros privados que pretenda plantearse en condiciones de gratuidad (en lugar de “la demanda social”, sin más, como ha añadido ahora la LOMCE).

En este contexto, aunque la doctrina viene afirmando que la expresión servicio público educativo no se refiere a una reserva de la actividad de enseñanza al sector público, porque ello supondría desconocer la libertad pública de enseñanza, sin embargo, la LOE oscureció esto y el propio sentido del concierto. Porque la ley dejó de referirse expresamente a la necesidad de hacer efectivo el derecho a elegir la educación como, sin embargo, sigue diciendo el Reglamento básico de conciertos, aprobado por el Real Decreto 2377/1985 [34].

De modo que, a partir de la LOE, la cuestión es si el concierto escolar sirve para la financiación pública de la enseñanza privada, o para la prestación privada de la enseñanza pública. Y en el segundo caso sería un contrato de gestión del servicio público, como afirmaron algunos, incluso antes de la LOE [35], pero sin mucho fundamento entonces y en contra, ahora también, del sentido interpretativo que debe desprenderse del propio ordenamiento constitucional.

Pues bien, ese servicio público sería supuestamente la actividad de la enseñanza declarada gratuita por la ley, y no de toda la enseñanza que seguiría siendo una libertad pública, por tanto. Lo cual no contravendría aparentemente la Constitución. Pero sólo en apariencia, porque el derecho a la educación que la Constitución reconoce no es el derecho a una instrucción impuesta, sino el derecho a la educación en libertad [36]. Y esto no lo deja suficientemente claro la LOMCE, en el ámbito del concierto, cuando su clarificación habría propiciado eliminar todas aquellas exigencias que se imponen a los centros concertados, que no estén justificadas en la mera financiación pública.

## 4. Conclusión.

En definitiva, lo más positivo de la LOMCE queda incompleto. Por otra parte, como no es una reforma en profundidad, no contenta a nadie. Y finalmente, deja pendiente lo más importante, que es un mejor cauce para garantizar debidamente que se pueda, de verdad, *formar personas*.

**Dirección para la correspondencia:** Isabel María de los Mozos. Departamento de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Plaza de la Universidad s/n. 47002 Valladolid. isamozos@der.uva.es

Fecha de recepción de la versión definitiva de este artículo: 28. XI. 2013.

## Notas

- [1] BARRIO, José María (2013) *La innovación educativa pendiente: Formar personas* (Barcelona, Erasmus).
- [2] La identidad personal pasa inexorablemente por la identidad religiosa, es decir, por la propia actitud vital ante el hecho religioso, se tenga o no una fe concreta. Pues la naturaleza de las personas incluye necesariamente su dimensión espiritual.
- [3] El art.16.3 CE dispone un especial deber de colaboración del Estado español con la Iglesia Católica, que se traduce en los Acuerdos con la Santa Sede de 1979, por ser la religión mayoritaria en España, donde hay también otros Acuerdos vigentes con otras confesiones religiosas (la evangélica, la islámica y la israelita).
- [4] OLLERO TASSARA, Andrés (2009) *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, pp.219 y ss. (Cizur Menor, Navarra; Aranzadi).
- [5] FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1988) *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, p.179 (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces).
- [6] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis (1984) La tutela de los derechos del menor, *Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, pp.99 y ss. (Córdoba), donde se pronunciaba a favor de modular el límite de la mayoría de edad, a tales efectos, en función de las condiciones de madurez del menor.

- [7] DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María (2006) La posición jurídica de los protagonistas de la actividad educativa ante la escolarización en la enseñanza obligatoria, en *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español*, pp.175-192 (Villatuerta, Navarra, Fundación Europea Sociedad y Educación).
- [8] Cfr., el art.87.1 y 2 LOE.
- [9] Según se desprende del art.81.4 LOE en relación con el art.117.7 LOE, donde simplemente se dispone que la Administración "podrá" (no "deberá") incrementar los módulos de los centros concertados, cuando escolaricen alumnos con necesidades especiales en proporción superior a la exigida.
- [10] DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María (2006) Consolidación de los principios de la libertad escolar con insuficiente proyección sobre algunos excesos de la LOE, *Persona y Derecho* II: 55, pp.817-834.
- [11] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis (1979) La educación en la Constitución española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza), *Persona y Derecho*: 6, pp.215-295. También (1993) El art.27 de la Constitución: Análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratados internacionales suscritos por España, *Aspectos jurídicos del sistema educativo*, pp.11-58 (Madrid, CGPJ).
- [12] DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María (2007) Programación y libertad escolar: incidencia en el otorgamiento y denegación de concertados, aumento y reducción de unidades concertadas, en *Los derechos fundamentales en la educación*, pp.117-147 (Madrid, CGPJ).
- [13] Se trata del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, vigente en España desde 1977.
- [14] RIVERO, Jean (1983), *Les libertés publiques. 2. Le régime des principales libertés*, p.315 (Paris, Presses Universitaires de France).
- [15] En contra de lo que se sostiene en el texto, por ejemplo, EMBID IRUJO, Antonio (2006) El acceso de los alumnos a los centros docentes en la educación no universitaria. El papel de la Administración pública, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español*, p.138 (o.c.).

- [16] DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María (2004) Exigencias de la igualdad en la educación y legitimidad de especializaciones no discriminatorias, *Persona y Derecho*, 50, pp.277-324.
- [17] GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2009) Políticas de igualdad en el ámbito educativo, *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, pp.151-212 (Valencia, Tirant lo Blanch).
- [18] Existe una amplia jurisprudencia en este sentido, que arranca de la STC 22/1981.
- [19] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2012) Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad, *Revista Española de Derecho Administrativo*: 154, pp.71-108. También, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2013) Régimen jurídico de la Educación diferenciada en España, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (luste.com), 31, pp.1-26.
- [20] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1999) Requisitos y efectos jurídicos del carácter propio de los centros educativos, *lus Canonicum* XXXIX, 77, pp.15-25.
- [21] Cfr. la STC 77/1985, F.J. 8: el carácter propio coincide con el ideario y se refiere a todos los aspectos de la vida de un centro privado, sin que pueda limitarse sólo al ideario moral o religioso.
- [22] Por otra parte, en un entorno cultural próximo como el de USA, aunque no sin discusión por parte de algunos, se ha admitido desde hace unos años la enseñanza diferenciada y también se financia con fondos públicos. Sobre esto, CALVO CHARRO, María (2013) Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable, *Revista de Derecho Político* (UNED): 86, pp.159-194. Y sobre el contexto constitucional americano, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2011) El derecho a la educación en los Estados Unidos de América, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93, pp. 181-221.
- [23] ESTEVE PARDO, José (2013) Paradojas de la discriminación en materia educativa, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*: 37, pp.4-13. Tiene interés que esta Sentencia del Tribunal Supremo alemán, al reconocer la legitimidad de la enseñanza diferenciada por sexo, en su Fundamento Jurídico nº 41 afirma "no queda margen ni hay justificación para imponer condiciones o requisitos compensatorios como los exigidos por el Tribunal de primera instancia (material escolar a utilizar, participación de conferenciantes del ámbito de la política de mujeres)" a los centros que elijan tal tipo de enseñanza.
- [24] Reiterada por otras sentencias: de 24 de julio de 2012. Con ella, el Tribunal Supremo abandona la línea jurisprudencial iniciada por la Sentencia de 26 de junio de 2006 que, sin embargo, contenía ya un discutible *obiter dictum* sobre la futura aplicación de la LOE a otros asuntos controvertidos. Pero allí, el Supremo olvidaba que la LOE debía ser interpretada a la luz de la Constitución y de los Tratados Internacionales suscritos por el Reino de España, por lo que no cabría interpretar que prohibiese la educación diferenciada a los centros privados sostenidos con fondos públicos.
- [26] Expresamente se afirma esto en la Sentencia cit. *supra*, del Tribunal Supremo Federal alemán.
- [27] Se podrá decir desde esta perspectiva que el llamado Plan Bolonia está en las Antipodas del deber ser, pues el poder público en la educación no puede imponer una metodología sin contrariar la libertad de cátedra ampliamente entendida, pero debe establecer unos contenidos objetivos para garantizar el válido ejercicio de las profesiones, en último término. Pues bien, con "Bolonia" pasa justo lo contrario, se disgregan los planes de estudio y se pretende imponer una supuesta metodología.
- [28] DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María (1995) *Educación en libertad y concierto escolar*, pp. 310 y ss. (Madrid, Montecorvo).
- [29] DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María (2005) Financiación pública de la educación y libertad escolar. Ejemplos europeos, *Gestionar para educar la ciudadanía europea*, pp.91-147 (Madrid, Educación y Gestión).
- [30] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1993) Los conciertos escolares como instrumento de marginación del pluralismo escolar: análisis jurídico de sus causas y remedios, *Educadores* 165, pp.7-36.
- [31] FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1983) *La subvención: Concepto y régimen jurídico*, pp.243-245 (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales).
- [32] Cuestiones relativas a órganos de los Centros concertados, que mejoran algo la regulación del Consejo Escolar o del Director, aunque, por otra parte, se pone en manos

de la Administración los procedimientos para la selección de los profesores y se mantiene la Comisión de Conciliación, si bien que está un tanto desactivada.

- [33] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis (2007) La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico públicas, en *Los derechos fundamentales en la educación*, pp.17-78 (cit.).
- [34] DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María (2004) Concier-tos escolares: marco legal en el Derecho español, *Edu-cación y democracia*, pp.121-147 (Madrid, Fundación Euro-pea Sociedad y Educación).
- [35] ROMEA SEBASTIÁN, Ángel (2003) *Régimen jurídico de los centros concertados*, pp.109-115 (Cizur Menor, Navarra, Thomson-Aranzadi).
- [36] BORRAJO INIESTA, Ignacio (2003) El derecho a la edu-cación en libertad: esquema de interpretación, en *La De-mocracia constitucional*, I, pp.660-661 (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

### Resumen:

### La Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa: una reforma contestada, pero de corto alcance

Se analiza aquí la reforma educativa española de 2013, partiendo de nuevos principios introducidos por la LOMCE que matizan el viejo principio de la educación inclusiva, el cual no obstante sigue limitando la libertad escolar de los centros privados con financiación pública. Y al mismo tiempo, dicho principio es limitado por el reconocimiento a tales centros escolares de su derecho a hacer una oferta diferenciada por razón del sexo. Por otra parte, esta reforma consolida la dispersión del sistema educativo español, dividido entre las 17 Comunidades Autónomas, con una uniformidad inferior al 50%. Además, no clarifica el alcance del servicio público de la educación, perdiendo la oportunidad de depurar el régimen jurí-

dico de los centros privados con financiación pública.

**Descriptores:** Derecho a la educación, libertad de enseñanza, oferta diferenciada por sexo, financiación pública y sistema educativo.

### Summary:

### The Organic Law for Improving the Educational Quality (LOMCE): a contested reform with limited horizon

This paper analyzes the Spanish educational reform of 2013, based on new principles of LOMCE that qualify the old principle of inclusive education which however continues to restrict academic freedom in private schools with public funding. At the same time, this principle is limited by the recognition of this schools' right to make a different offer based on single sex education. Moreover, this reform strengthens the dispersal of Spanish education system, divided by 17 autonomous communities, with less than 50% uniformity. Also, it does not clarify the scope of education as public service, missing the opportunity to refine the legal framework for private schools with public funding.

**Key Words:** Right of Education, educational freedom, new law of the Spanish educational system, economics of education, single sex education.

