



AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

D^a. Virginia Aragón Segura, Procuradora de los Tribunales - colegiada nº 1040-, en nombre y representación de D. Alfredo Pérez Rubalcaba, D^a Elena Valenciano Martínez-Orozco, D^a M^a Soraya Rodríguez Ramos, D. José Luis Ábalos Meco, D^a Rosa Aguilar Rivero, D^a Pilar Alegría Continente, D. Alejandro Alonso Nuñez, D^a Ángeles Álvarez Álvarez, D. José María Barreda Fontes, D. Javier Barrero López, D^a Meritxell Batet Lamaña, D. Mario Bedera Bravo, D. José María Benegas Haddad, D. José Blanco López, D^a Rosa Delia Blanco Teran, D^a Patricia Blanquer Alcaraz, D. Federico Buyolo García, D^a Soledad Cabezón Ruiz, D. Jesús Caldera Sánchez-Capitán, D. Antonio Camacho Vizcaíno, D. Herick Manuel Campos Arteseros, D^a María Luisa Carcedo Rocés, D^a Helena Castellano Ramón, D. Manuel María Chaves González, D. Ciprià Císcar Casabán, D. Carlos Corcuera Plaza, D. Miguel Ángel Cortizo Nieto, D^a Angelina Costa Palacios, D^a Teresa Cunillera i Mestres, D. Gabriel Echávarri Fernández, D. Odón Elorza González, D^a Esperança Esteve Ortega, D^a Gracia Fernández Moya, D. Sebastián Franquis Vera, D^a María del Puerto Gallego Arriola, D. Guillem García Gasulla, D. Tomás Valeriano Gómez Sánchez, D. Francisco González Cabaña, D. Manuel González Ramos, D^a María Luisa González Santín, D^a María González Veracruz, D. Juan Luis Gordo Pérez, D^a Pilar Grande Pesquero, D. Alfonso Guerra González, D. Vicente Guillén Izquierdo, D^a Concepción Gutiérrez del Castillo, D. Miguel Ángel Heredia Díaz, D^a Patricia Hernández Gutiérrez, D. Antonio Hernando Vera, D^a Sofía Hernanz Costa, D. Antonio Hurtado Zurera, D^a Leire Iglesias Santiago, D. Ramón Jáuregui Atondo, D^a Trinidad Jiménez García-Herrera, D. Félix Lavilla Martínez, D. Diego López Garrido, D^a Isabel López i Chamosa, D^a María Pilar Lucio Carrasco, D. César Luena López, D. Eduardo Madina Muñoz, D^a María Guadalupe Martín González, D. Pablo Martín Peré, D. José Martínez Olmos, D. Guillermo Antonio Meijón Couselo, D^a M^a Virtudes Monteserín Rodríguez, D. Victor Morlán Gracia, D. Juan Moscoso del Prado Hernández, D. Pedro José Muñoz González, D^a Soledad Pérez Domínguez, D. Manuel Pezzi Cereto, D^a María Isabel Pozuelo Meño, D. Antonio Francisco Pradas Torres, D. Joaquín Puig Ferrer, D^a Elvira Ramón Utrabo, D. Joan Rangel Tarrés, D^a Isabel Rodríguez García, D^a María José Rodríguez

Ramírez, D. Germán Rodríguez Sánchez, D^a Paloma Rodríguez Vázquez, D^a Inmaculada Rodríguez-Piñero Fernández, D. Susana Ros Martínez, D. Joan Ruiz i Carbonell, D. Román Ruiz Llamas, D^a Consuelo Rumí Ibáñez, D. Alex Sáez i Jubero, D. Luis Carlos Sahuquillo García, D. Ignacio Sánchez Amor, D^a M^a del Carmen Sánchez Díaz. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, D. Pedro Saura García, D^a Laura Carmen Seara Sobrado, D. José Segura Clavell, D. José Enrique Serrano Martínez, D. Felipe Jesús Sicilia Alférez, D^a M^a del Carmen Silva Rego, D. Rafael Simancas Simancas, D. Albert Soler Sicilia, D^a M^a Susana Sumelzo Jordán, D. José Andrés Torres Mora, D. Antonio Ramón María Trevín Lombán, D. Luis Tudanca Fernández, D^a Magdalena Valerio Cordero, D. Francesc Vallès Vives, D^a M^a José Vázquez Morillo, D. José Antonio Viera Chacón, D. Julio Villarrubia Mediavilla, D. José Zaragoza Alonso y D. Gaspar Carlos Zarrias Arévalo, diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Socialista, cuya representación acredito mediante las dos copias de escrituras de poder, que en legal forma acompaño como **documento nº 1**, acreditando asimismo la condición de diputado o diputada de cada una de las personas anteriormente relacionadas mediante la certificación del Secretario General del Congreso de los Diputados que se acompaña como **documento nº 2** y aportando las firmas de cada uno de ellos manifestando su voluntad de interponer este recurso como **documento nº 3**, ante el Tribunal Constitucional comparece y como mejor proceda en Derecho,

DICE

Que en la representación que ostenta viene a interponer **recurso de inconstitucionalidad** contra los preceptos de la **Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa**, que se relacionan a continuación:

- En el apartado nueve de su artículo único, la nueva redacción del artículo 18 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE)
- En el apartado quince de su artículo único, la nueva redacción del artículo 24 LOE.

- En el apartado dieciséis de su artículo único, la nueva redacción del artículo 25 LOE.
- En el apartado dieciocho de su artículo único, la nueva redacción del artículo 27 LOE.
- En el apartado diecinueve de su artículo único, la nueva redacción del artículo 28 LOE.
- En el apartado veintiuno de su artículo único, la nueva redacción del artículo 30 LOE.
- En el apartado treinta y cuatro de su artículo único, la nueva redacción del artículo 41 LOE.
- En el apartado treinta y cinco de su artículo único, la nueva redacción del artículo 42 LOE.
- En el apartado sesenta de su artículo único, el nuevo párrafo del apartado 2 del artículo 84 LOE.
- En el apartado sesenta y uno de su artículo único, los párrafos segundo y tercero del apartado 3 del artículo 84 LOE.
- En el apartado ochenta de su artículo único, las letras a), b), e), h), i) de la nueva redacción del artículo 127 LOE.
- En el apartado ochenta y uno de su artículo único, las letras l), m), n), ñ), o), de la nueva redacción del artículo 132 LOE.
- La disposición transitoria segunda.
- En la disposición final segunda, la redacción que se contiene en su apartado tres para las letras a), b), f), h), j), k), l) y m) del artículo 57 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (en adelante, LODE), en relación, respectivamente, con lo dispuesto en el apartado cuatro, por el que se da nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 59 LODE y con el apartado cinco, por el que se da nueva redacción al artículo 60 LODE.

Que el recurso se interpone con arreglo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Único. La Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 295 del 10 de diciembre de 2013.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

1. Jurisdicción y competencia.

La tiene ese Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161.1. a) de la Constitución (en adelante, CE) y en el artículo 2.1. a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre de 1979, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), en cuanto se impugna una Ley Orgánica.

La competencia para conocer del recurso corresponde de conformidad con el artículo 10.1.b) LOTC, al Tribunal Constitucional en Pleno.

2. Objeto del recurso de inconstitucionalidad.

El presente recurso se presenta contra una Ley Orgánica, que ha sido objeto de publicación oficial, la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 27.2.a) y 31 LOTC.

3. Legitimación activa de los que ejercitan el recurso.

Los Diputados otorgantes del poder que acompaño a este escrito cuentan con legitimación activa a tenor de los artículos 162.1.a) CE y 32.1. c) LOTC.

4. Formulación en plazo del recurso.

El presente recurso se formula, al amparo de lo establecido en el artículo 33.1. LOTC, dentro del plazo legal de tres meses a contar desde la publicación oficial de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 295 del 10 de diciembre de 2013.

5. Representación.

Los Diputados que ejercitan el recurso actúan representados por Procurador de los Tribunales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 81 LOTC.

6. Pretensión que se deduce.

Al amparo de los artículos 27.1 y 2.a), 29.1.a) y 39 LOTC, se ejercita en este recurso la pretensión de declaración por ese Tribunal Constitucional, con los efectos legalmente predeterminados, de la disconformidad con la Constitución y, por tanto, de la inconstitucionalidad de las disposiciones antes relacionadas de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE CARÁCTER SUSTANTIVO. MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

I. Impugnación de diversos enunciados contenidos en la disposición sesenta y uno del artículo único de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), por la que se modifica la redacción del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), así como la Disposición Transitoria Segunda.

Según la nueva redacción del citado precepto legal:

«3. En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad.»

Por otra parte, la Disposición transitoria segunda de la LOMCE, sobre la aplicación temporal del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, dispone que “los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación

del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el artículo 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual periodo de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor”.

La pretensión de la nueva Ley es derogar el precepto, recogido en la versión original de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en la que se indicaba, en relación con la escolarización de estudiantes en centros públicos y privados concertados, que “en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

A través de este recurso se impugnan los párrafos segundo y tercero del artículo 84.3 LOE (que se señalan en negrita) porque vulneran los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE.

1. Nulidad del aserto “**No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos**”, por vulneración del artículo 14 CE y, por conexión, del resto del párrafo segundo y del párrafo tercero del art. 84.3 LOE reformado, así como de la Disposición Transitoria Segunda.

Debe recordarse, con carácter general, la dudosa legitimidad constitucional de un sistema educativo que separa a los estudiantes por razón de su sexo. Como es sabido, la legitimidad de esta opción educativa ha sido intensamente discutida por la doctrina. Mientras que sus partidarios se refieren a ella como “educación diferenciada”, sus detractores optan por la expresión “educación segregada”.

Ateniéndonos al plano jurídico, la elección de una u otra expresión dependerá, en buena lógica, de si la separación entre niños y niñas encuentra un fundamento constitucional o, por el contrario, vulnera el principio de igualdad. Que estamos ante un interrogante que plantea una especial trascendencia constitucional resulta evidente, porque así lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal al que nos dirigimos (ATC 89/2013, de 6 de mayo de 2013, FJ 4), en tanto que su resolución exige determinar si la educación que separa a los estudiantes por su género vulnera, o no, el art. 14 CE.

Como es bien sabido, este precepto prohíbe toda discriminación “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Como ha señalado un reconocido experto sobre la discriminación por razón de género, el profesor Fernando Rey, “en estos supuestos la diferencia entre grupos sociales conlleva un riesgo muy alto de catalogar a alguno de ellos como inferior, como un no-participante en la vida social. La discriminación opera a partir de una generalización o estereotipo negativo, es decir, un prejuicio, ligado a un grupo, que se adjudica a una persona tan sólo por pertenecer a él”. De ahí que el alto Tribunal al que nos dirigimos exija tradicionalmente que cualquier diferencia que se realice en estos ámbitos (por razón de género, en lo que ahora interesa) deba tener una especial justificación para que no sea considerada sospechosa (STC 147/1995, de 16 de octubre, FFJJ 2 y 6).

Pues bien, ¿existe una justificación reforzada para que niños y niñas estudien en clases diferenciadas? ¿O esta separación en el aula es, simplemente, discriminatoria? Los recurrentes nos inclinamos claramente por esta última opción, por entender que no concurre una motivación reforzada que justifique esta separación entre niños y niñas, en consideración a los siguientes argumentos:

a) Somos conscientes de que la normativa internacional es, en este punto, ambigua. Si la educación segregada podría ampararse en el art. 2.1 de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 1960, que no considera discriminatoria la “creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino”, sin embargo contraría claramente la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, de 1979. Esta última interesa la “eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta” (art. 10.c).

El examen sumario de esta normativa internacional permite avanzar algunas conclusiones útiles para la resolución del presente proceso constitucional: (a) la Convención de 1960 es preconstitucional, por lo que es harto improbable que, como luego justificaremos, sea

posible deducir consecuencias favorables a este tipo de educación mediante la remisión interpretativa prevista en el art. 10.2 CE, habida cuenta del exigente canon que nuestra Constitución establece en relación con la proscripción de la discriminación por razón de sexo y la necesidad de promover las condiciones para la igualdad real y efectiva (arts. 14 y 9.2); (b) la Convención de 1979 expresa, en todo caso, un cambio de criterio evidente, en favor de la educación mixta, y se trata, además, de un texto internacional postconstitucional. Dado que los Tratados internacionales forman parte del Derecho español (art. 96.1 CE), debe presumirse que tal mandato impone un límite al legislador español por la especial rigidez que dichas normas tienen (art. 96.1 CE).

En conclusión, si el Tribunal al que nos dirigimos se vale del artículo 10.2 CE para delimitar el contenido y alcance de la igualdad de género, debería tomar en consideración, a nuestro juicio, la apuesta por la educación mixta recogida en la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, de acuerdo con el objetivo de lograr la plena igualdad de hombres y mujeres mediante, entre otras medidas, la “eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza”.

b) En todo caso, resulta claro que lo relevante es recordar que, con independencia del carácter interpretativo que se dé a estos textos internacionales en virtud de lo previsto en el art. 10.2 CE, en 1978 se recoge un Derecho antidiscriminatorio en el artículo 14 CE que atañe, en lo que ahora interesa, al género como criterio sospechoso de diferenciación.

Para determinar si estamos ante una legítima diferenciación o ante una discriminación debe atenderse a las razones que pretenden justificarla. La única pista que la norma impugnada ofrece es que la segregación trae causa de “razones educativas” que los centros deben, en su caso, justificar.

La literatura especializada suele justificar esta separación de estudiantes por razón de sexo en motivos tan sorprendentes como que las niñas suelen madurar, por lo general, antes que los niños, o que incrementa la eficiencia de la educación impartida. Estos

criterios son más bien endeble, y resultan tan inaceptables en términos jurídicos como los que hipotéticamente se refiriesen a la educación segregada por otros motivos previstos en el art. 14 CE, como puede ser el de la raza.

Se basan los defensores de esta discriminación en datos estadísticos para imponer una clara limitación al principio de igualdad por razón de género. Sin embargo, en un reciente estudio publicado en la prestigiosa revista *Science* ("*The Pseudoscience of Single-Sex Schooling*", Vol. 333, 22 de Septiembre de 2011), D. Halpern *et alii* pasan revista al estado de la investigación en la materia y sostienen que "la educación diferenciada carece de base científica y puede exagerar el sexismo y los estereotipos de género" pues ninguna investigación bien diseñada ha demostrado las ventajas que sus defensores afirman obtener "con datos empíricos"; por el contrario, sí hay evidencia de que la *single-sex* aumenta los estereotipos de género y legitima el sexismo institucional. El éxito académico se relativiza, tanto en los informes encargados en EEUU desde los años 70, como en las revisiones de Canadá, Australia o Nueva Zelanda, cuando los datos se cruzan con diferencias preexistentes y otros factores que no suelen tenerse en cuenta. En el artículo se afirma que los neurocientíficos han encontrado pocas diferencias en los cerebros de chicas y chicos más allá del consabido mayor volumen en ellos y la más temprana maduración en ellas, y ninguno de estos factores tiene por qué estar relacionado con el modo de aprendizaje. Por último, el argumento de que la enseñanza diferenciada evita el sexismo, es absolutamente erróneo, sostienen. Muy al contrario, está bien demostrado que cuando se etiqueta una diferencia, sea la que sea, y se destaca a un grupo por algún rasgo, sea el que sea, esa característica pasa a ser la más importante para el grupo. Es decir, cuanto más separas más favoreces la percepción de que aquello por lo que separas es lo más importante, como se ha probado en el caso de grupos raciales separados para evitar los enfrentamientos.

En todo caso, dado que dichas diferencias no pueden en modo alguno ni afectar al nivel de los contenidos impartidos (que dependerá de la etapa, nivel y curso que se esté realizando) ni, obviamente, depender del sexo del estudiante, resulta evidente que estamos en presencia de una discriminación por razón de género que vulnera el art. 14

CE, por lo que se interesa que el Tribunal Constitucional declare la nulidad del aserto "No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos". No es ya sólo que en este caso la motivación que pretendidamente justificaría el trato diferenciado sea irrazonable, es que el legislador ni siquiera la ha ofrecido, siendo su carga hacerlo, por lo que estamos ante una discriminación en la medida en que la distinción, sospechosa por definición por afectar al género, no se ha justificado en modo alguno.

Y esta omisión en el texto legal, este déficit argumentativo, resulta en sí mismo inconstitucional, como ya advirtiera el Consejo de Estado en su Dictamen 172/2013, de 18 de abril: el texto legal "debe, con arreglo a la jurisprudencia más extendida, contener alguna previsión que justifique de forma objetiva y razonable la educación diferenciada, previsión que permita valorar los motivos y las razones por los que aplicando la excepción a la coeducación se favorece la igualdad de oportunidades. Estamos ante una opción que requiere la debida justificación dada la importante alteración que supone respecto del modelo elegido hasta ahora, más si cabe teniendo en cuenta que se trata de regular el régimen en centros financiados con fondos públicos -lo que exige un mayor cuidado en la toma de decisiones-". Dado que el que introduce la diferenciación es el legislador, resulta evidente que es éste y no el centro educativo quién tiene la carga argumentativa de justificar su decisión (como acredita también la lectura de la STEDH –Gran Sala- *Orsus y otros v. Croacia*, de 16 de marzo de 2010, aunque ésta tratara acerca de una discriminación racial y no de género), cosa que no hace. Y es que, en palabras del Consejo de Estado, "la segregación en la escuela por alguno de los motivos prohibidos por el artículo 14 de la Constitución o el artículo 6.1 del CEDH es una excepción que requiere de una especial justificación por parte del legislador si cabe mayor, cuando se trata de centros financiados con recursos públicos y más cuando el sistema público se ha orientado desde un primer momento hacia la inclusión y la supresión de toda forma de discriminación por razón de sexo, también en la escuela". Dado que en el precepto impugnado no se ha incluido justificación alguna, resulta evidente que se ha vulnerado el art. 14 CE.

c) Ya se ha argumentado acerca de la ausencia de base científica de la llamada "educación diferenciada" por sexos y de cómo, por el contrario, sí existen evidencias acerca de que puede exagerar el sexismo y los estereotipos de género. Sin embargo, admitiendo sólo en hipótesis la bondad del argumento de los defensores de este tipo de educación que mantienen que así lo justificaría la más temprana maduración de las niñas y la posibilidad de alcanzar por ello una mayor eficiencia educativa, de inmediato habría que convenir en que estos objetivos no son ni bienes ni valores de entidad constitucional que por sí mismos puedan justificar una medida de tan grave alcance y que choca con lo prescrito por el artículo 14 de la Constitución.

Antes al contrario, la Constitución no concibe a la educación solo como instrumento de transmisión de conocimientos, sino también, de manera inescindible, como espacio formativo y de socialización en una sociedad democrática avanzada, a la que nuestra norma constitucional aspira (Preámbulo, sexto párrafo), orientado por principios constitucionales. Este tipo de formación abierta y plural sí es un objetivo sustentado en bienes, valores, principios y derechos constitucionales que no podría ser sacrificado en aras de una presunta y discutida mayor eficacia instructiva procurada por la llamada "educación diferenciada". Es importante destacar, en este plano, que el artículo 27.2 establece imperativamente como objeto de la educación "el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales", entre los que se incluyen el principio y derecho fundamental de igualdad (art. 14) y el principio constitucional de adopción de medidas positivas para favorecerla o de aquellas dirigidas a remover obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2). También el pleno desarrollo de la personalidad se alcanza respetando y promoviendo en los mismos centros docentes la igualdad en la formación de niños y niñas que han de convivir democráticamente en el ámbito social enfrentándose a similares retos y que tienen derecho a vivir la educación como una riqueza imprescindible para su formación integral como personas y como futuros ciudadanos con una igual dignidad. Como ha dicho el Tribunal al que nos dirigimos, tras recordar el contenido del

artículo 27.2, “La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1 b), c) LOE]” (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 7.a).

Incluso si se sostuviera (también solo a título de mera hipótesis) que ese fin de atender a la mayor precocidad en la maduración de las mujeres y el objetivo de favorecer la eficiencia educativa tienen un fundamento constitucional para respaldar la medida, la separación entre escolares por razón de sexo, completa y no justificada en su alcance por el legislador, no dejaría de ser sino desproporcionada para la finalidad de lograr una mejor educación. Como antes se ha sostenido, esa finalidad no solo no está clara sino que es abiertamente discutida e incluso señalada como favorecedora de estereotipos sexistas por un sector importante de especialistas en la materia, razón por la cual pesa sobre ella una fuerte sospecha de inadecuación al fin que se dice perseguir. Y esta misma inadecuación y el sacrificio formativo vivencial que comporta en materia de igualdad de género ya la convertiría en una medida no razonable y desproporcionada, todavía más al concebirse como indiscriminadamente completa, esto es, al contemplar una separación total entre niños y niñas en los centros que hagan esta opción, en tanto que no se proyecta de manera justificada, calibrada y específica para la formación en aquellos ámbitos, aspectos, etapas, etc... en los que las finalidades antedichas pudieran aconsejar elementos de formación diferenciados conforme a las teorizaciones pedagógicas sobre las que se sustenta ese tipo de educación.

d) La educación separada de estudiantes por razón de género resulta pues inconstitucional, por lo que se interesa del Tribunal Constitucional que declare su nulidad,

así como también la del restante contenido de los párrafos segundo y tercero del artículo 84.3 LOE, en la redacción dada por el apartado sesenta y uno del artículo único de la LOMCE, por su evidente conexión con aquél, y de la Disposición Transitoria Segunda LOMCE, por los mismos motivos.

2. A título subsidiario, nulidad del aserto “En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto”, por vulneración de los artículos 14, 9.2 CE y 27.2 CE, y de la disposición transitoria segunda, por conexión.

En el supuesto en el que el alto Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos no comparta la idea de que la educación separada de menores por razón de su género contradice frontalmente la prohibición de discriminación prevista en el art. 14 CE, como nosotros creemos, se interesa, a título subsidiario, la declaración de inconstitucionalidad del aserto “En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto”, por ser contrario a los arts. 9.2 y 27.2 CE.

a) Como es bien sabido, desde un punto de vista general, la igualdad hoy no se concibe exclusivamente, como en el Estado liberal, como un trato neutral del Estado a todas las personas. Más bien al contrario. El Estado debe tratar de remover los obstáculos para asegurar que la igualdad de las personas entre sí sea real y efectiva (art. 9.2).

A este fin, interesa subrayar la profunda preocupación que el legislador español ha mostrado para lograr una igualdad efectiva entre los hombres y las mujeres. Esta preocupación se muestra especialmente visible en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Su invocación es procedente en

el presente recurso para recordar el principio de transversalidad que caracteriza a la igualdad de género (art. 15) y, en lo que atañe a la educación, porque el sistema educativo debe incluir “la eliminación de los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el fomento de la igualdad plena entre unas y otros” (art. 23).

Resulta evidente que ni favorece esa igualdad efectiva la segregación de estudiantes por su género, antes al contrario, ni una educación separada de niños y niñas es amparable en la afirmación, contenida en el artículo 27.2 CE, de que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, principio general rector de orientación y límite del entero sistema educativo.

Aunque estas afirmaciones no precisan de mayor respaldo jurisprudencial, por derivar de forma nítida de la propia Constitución, resulta preciso subrayar ahora la manifiesta inconstitucionalidad de los asertos “para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja”.

b) En el caso de las familias, lo que se está planteando es la posible elección de centro educativo para sus hijos.

Es oportuno señalar, de entrada, que, si bien el art. 27.3 CE reconoce el derecho de los padres “para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, el mismo no alcanza a aspectos diferentes, como son los aquí analizados, puesto que el propio precepto impugnado alude, como ya se ha indicado con anterioridad, a “razones educativas”. Por este motivo, entendemos que el citado precepto constitucional no guarda relación alguna con la presente impugnación ni, consecuentemente, puede ser invocado para su resolución.

Si se comparte la tesis de que los colegios que separan a los niños en sus clases por su género (como si lo hicieran, por ejemplo, por el color de su piel) es discriminatoria, estaríamos ante una opción ajena a nuestro ordenamiento constitucional. Ante esta hipótesis cabría dar la misma respuesta a los recurrentes que la que, muy acertadamente,

recibieron aquellos padres que quisieron hurtar la colegiación de sus hijos para educarles al margen del sistema educativo (constitucional, añadimos). En efecto, el Tribunal señaló que aunque la escolarización obligatoria no viene impuesta por la Constitución, puede servir para “dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE)” (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 9).

Esto quiere decir que, aun admitiendo a efectos dialécticos que la opción de un sistema educativo que separara a los niños por su sexo no fuera inconstitucional, eso no atribuiría a los padres un derecho incondicional a que dichos centros estuvieran necesariamente concertados. Dicho con otras palabras, la innegable libertad de creación de centros docentes de los padres (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4), no tiene como corolario necesario que el Estado deba concertar dichos centros (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11).

c) Y es aquí donde se encuentra, ciertamente, el núcleo de la reforma realizada: ¿tienen derecho los centros que separan a los estudiantes por su sexo a ser concertados? Como es bien sabido, el artículo 84.3 LOE, que el precepto impugnado de la LOMCE modifica, impedía dicha financiación.

Resulta evidente que la intención del Gobierno que impulsa esta reforma se centra, muy especialmente, en superar el citado precepto legal. Este dato se acredita si se recuerda, en primer lugar, el art. 17.ocho de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, en el que, desconociendo el art. 84.3 LOE en vigor, se preveía la eventual financiación de centros con “educación diferenciada”. Pero también si se recuerda que la disposición transitoria segunda de la Ley que impugnamos, cuya nulidad también interesamos, dispone que “Los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el artículo 84.3 de esta Ley Orgánica

para el resto del actual periodo de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor”.

Pues bien, ¿puede el Estado concertar centros educativos que separan a los estudiantes por su sexo? En nuestra opinión, como ya se ha señalado, la separación del alumnado por sexos vulnera en sí misma la igualdad reconocida en el artículo 14 CE, argumento adelantado por el Consejo de Estado. Se trata ahora de señalar una segunda cuestión, íntimamente ligada a la anterior, pero conceptualmente distinguible, a saber, que el fomento mediante concierto o cualquier otro medio de los centros que separan por sexo supone también una vulneración de los artículos 9.2, 14 y 27.2 CE, vulneración que tiene autonomía propia y que opera incluso si este Tribunal aceptase, en contra de lo defendido en este recurso, que los centros privados pueden separar a los alumnos por género. Nuestro examen parte, pues, de una premisa. El hecho de que el art. 27.9 CE disponga que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”, no deja en manos del legislador una libertad absoluta para determinar dichas exigencias. No sería constitucionalmente admisible, por ejemplo, la financiación de un centro educativo de ideología nazi o xenófobo, por poner ejemplos evidentes. Lo que quiere indicarse es que, como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, los poderes públicos están sujetos a la Constitución cuando ayudan a los centros educativos (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11).

Comenzando por los artículos 14 y 9.2 CE, el alto Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos ha respaldado diversas medidas que pretenden incrementar la presencia de las mujeres en ámbitos en los que, socialmente, se encuentran manifiestamente infrarrepresentadas, como ocurría en el ámbito parlamentario (STC 12/2008, de 29 de enero, sobre listas equilibradas) y ha promovido la integración en pie de igualdad de la mujer en todos aquéllos escenarios en los que participa el Estado. En definitiva, el Tribunal Constitucional ha considerado lícitas aquellas medidas que tienen como resultado la equiparación del hombre y la mujer en el espacio público, dando así continuidad a la realidad social. Muy distinta es la medida que plantea esta ley, que expresamente habilita el fomento de la separación de géneros en el espacio público que supone el aula y en la

formación que en ella se procura. Mientras que la interpretación constitucionalmente adecuada de los artículos 9.2 y 14 pretende que el género sea un factor irrelevante en todo el espectro público (incluyendo sectores tan sensibles como el ejército o las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado), esta ley permite que el sexo sea el dato fundamental en la organización educativa, admitiendo la educación separada de niños y niñas incluso, en lo que ahora nos interesa, su financiación por los poderes públicos.

En este recurso sostenemos que aun cuando se pudiera defender que la educación diferenciada viniese amparada por la libertad de enseñanza, conclusión ya de por sí difícil de alcanzar, su fomento no tendría fundamento alguno en el artículo 9.2 CE. Y es que dicha diferenciación sería constitucionalmente admisible si con ella se pretendiera beneficiar a “determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados” (STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5, entre otras muchas), lo que, evidentemente, no es el caso. El colectivo de “las niñas”, como espejo de la tradicional preterición social de las mujeres respecto de los varones, ha venido sufriendo los efectos de esa relegación en el sistema educativo durante muchos años, pero tal situación solo puede salvarse precisamente en un régimen de coeducación, en tanto que la marginación respecto de “los niños” tiene una naturaleza eminentemente relacional que exige la convivencia democrática en los centros, cuestión en la que más adelante abundaremos. Todo lo contrario de lo que la medida introducida por el legislador propugna al permitir separar radicalmente por razón de sexo. Por este motivo consideramos que el párrafo “En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto”, vulnera también el art. 9.2 CE.

Más aún, el citado precepto conlleva en sí mismo una vulneración del artículo 14 CE, con independencia del juicio que merezca la separación del alumnado en razón del sexo. En el supuesto, que consideramos remoto, de que el Tribunal Constitucional entendiese que no es inconstitucional el precepto que habilita la separación de alumnos por sexo, esta conclusión, repetimos, difícilmente imaginable, no conllevaría de forma automática la

constitucionalidad del fomento de estos centros. Es así, porque en el primer caso, como ya se ha visto, la prohibición de discriminación se desenvuelve junto al derecho de los titulares de los centros educativos privados, que también posee la consideración de derecho fundamental, por más que en nuestra opinión tal naturaleza no autorice al centro a discriminar por razón de sexo. Sin embargo, a la hora de analizar la constitucionalidad del precepto que habilita el fomento de centros que separan por razón de género, ya no hay otro derecho fundamental en juego, puesto que, como ya se ha señalado con cita de jurisprudencia de este Tribunal, los centros privados no tienen derecho a la subvención.

En verdad, ante el supuesto de fomento de centros que separan por razón de sexo, se trata de valorar si el precepto que habilita esta medida resiste su contraste frente al artículo 14, sin que esa medida pueda encontrar amparo alguno en otro derecho fundamental, de suerte que su anclaje es meramente legislativo. Y llegados a este punto, corresponde concluir que la habilitación de la potestad de fomento para potenciar realidades sociales que expresamente califican y separan utilizando uno de los criterios vedados por el artículo 14 CE necesita un especial fundamento constitucional, del que carece la ley, tanto de forma expresa como en una lectura sistemática. En efecto, la ley no indica cuál puede ser el fin que justifique esta medida de fomento, por lo que resulta imposible anclarlo a algún bien constitucional. Si fuese, como se ha defendido en algunos foros, la mayor eficiencia educativa o la mayor madurez de las niñas a ciertas edades, se trata de fines que carecen de relieve constitucional, pues el fin constitucional que alimenta la programación educativa es exclusivamente el dispuesto en el artículo 27.2 CE, que de ningún modo admite la separación por sexos. Pero es que, además, si el fin fuese atender a la mayor madurez de la mujer a ciertas edades, la absoluta separación, como se ha explicado más atrás, es a toda luces innecesaria, pudiéndose imaginar sin ningún esfuerzo medios mucho menos invasivos para alcanzar ese fin.

Por otra parte, el artículo 27.2 CE también se ve lesionado. Nuestra Constitución, a diferencia de otras de nuestro entorno, no contempla únicamente la educación como un proceso de adquisición de conocimientos, sino también como un medio idóneo para lograr "el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos

de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". Conforme más arriba se ha recordado, resulta evidente que "este objetivo, complejo y plural, es el que, conforme al art. 27.2 CE, ha de perseguir el legislador y el resto de los poderes públicos a la hora de configurar el sistema de enseñanza dirigido a garantizar el derecho de todos a la educación" (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 7.b –*vid.*, también, FJ. 9-). No estamos ante una cláusula limitativa de idearios educativos, sino ante una cláusula positiva, que debe orientar el proceso educativo constitucionalmente admisible (ver STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7 *in fine*).

En atención al fin que la Constitución marca a la planificación estatal de toda la educación –pública y privada- es evidentemente contrario a ese fin, vulnerando así el artículo 27.2 CE, un precepto que habilita el fomento de centros que separan por razón de género, abortando y falseando un escenario social cotidiano, como es la convivencia entre seres humanos, independientemente de sus condiciones personales, entre ellas el sexo. En definitiva, una programación educativa constitucional no puede excluir del aula aquellas condiciones personales de las cuales el ser humano no puede prescindir –entre ellas, cualificadamente, las previstas en el artículo 14 CE-. La convivencia democrática a cuya consecución manda el artículo 27.2, se refiere precisamente a un modo de convivencia que afronta democráticamente nuestras diferencias personales, entre ellas las de género. En qué consista esa convivencia democrática admite muchas posibilidades, pero en todo caso excluye modelos educativos que fuerzan inútilmente la desaparición de las diferencias personales o crean mundos separados en virtud de esas diferencias personales. En definitiva, una norma que habilita el fomento de centros que separan por razón de sexo supone poner el gasto público al servicio de modelos educativos que al separar a los niños por razón de género, hacen renunciar a la convivencia democrática entre ellos, vulnerando así el artículo 27.2 CE.

Somos conscientes de que esta última queja deja mayor margen de actuación al Tribunal al que nos dirigimos. Pero creemos firmemente que, al igual que la educación en casa (*home schooling*) es constitucionalmente cuestionable porque dificulta esa convivencia a la que se alude en el art. 27.2 CE (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ. 9), lo mismo

ocurre con la educación separada de niños y niñas, por lo que interesamos que se decrete la nulidad del párrafo tercero del art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006 en la redacción dada por la LOMCE, por vulneración del art. 27.2 CE.

d) A modo de resumen de este apartado, se impugna el párrafo tercero del art. 84.3 de la LO 2/2006, en la redacción proveniente de la LOMCE, por entender que vulnera los arts. 14, 9.2 y 27.2 CE. Entendemos, en particular, que aun en la no compartida hipótesis de que se sostuviera la legitimidad de la educación diferenciada, ésta no podría ponerse en pie de igualdad con la mixta, dado que no contribuye –en modo alguno - a los fines constitucionalmente previstos en el art. 27.2 CE, lo que debe reflejarse, en un plano general, en un régimen jurídico diferenciado, y, en particular, debe impedirle acceder a la ayuda pública mediante un concierto educativo. Por este motivo se interesa que se decrete, por conexión, la nulidad de la disposición transitoria segunda de la LOMCE.

Recapitulación conclusiva.- Por las razones antes expuestas en el presente motivo, se impugnan: los párrafos segundo y tercero de la disposición sesenta y uno del artículo único de la LOMCE, por la que se modifica la redacción del artículo 84.3 de la LOE y, por conexión, la Disposición transitoria segunda de la LOMCE, por vulneración de los artículos 14, 9.2 CE y 27.2 CE.

II. Impugnación de determinados enunciados contenidos en la disposición ochenta del artículo único de la LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), mediante la que se reforma el artículo 127 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), y otras conexas de la disposición ochenta y uno, por la que se reforma el artículo 132 LOE, así como otras disposiciones contenidas en la Disposición Final Segunda LOMCE en tanto modifica, entre otros preceptos, los artículos 57, 59 y 60 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE); todas ellas por contravenir el derecho de profesores, padres y, en su caso, alumnos, a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos garantizado por el artículo 27.7 de la Constitución, interpretado en su relación sistemática con los artículos 9.2 y 53.1, de acuerdo con la doctrina constitucional en materia educativa.

1. El principio de participación en el ámbito educativo.

Una de las dimensiones fundamentales del consenso en materia educativa plasmado en el artículo 27 de la Constitución de 1978 consiste en la previsión de formas de participación específicas en este ámbito, conforme a dos grandes vertientes. Una más institucional y colectiva, la del principio de participación de los sectores afectados en la programación general de la enseñanza para garantizar el derecho de todos a la educación, contemplada en su apartado 5 (“Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”); y otra más personal y directa, correspondiente a los derechos de intervención de los integrantes de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, recogida en el apartado 7 (“Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca”).

Ambas dimensiones del principio de participación en el ámbito educativo están directamente relacionadas con la exigencia general participativa que dimana de un Estado constitucionalmente configurado como social y democrático de Derecho que se fundamenta, entre otros principios y valores, en la libertad y el pluralismo político (art. 1.1 CE) y que dirige con nitidez a los poderes públicos un mandato de remoción de obstáculos y de promoción de las condiciones para hacer reales y efectivas la libertad y la igualdad y “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE), participación “íntimamente ligada al pluralismo político consagrado como uno de los valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1 de la Norma suprema” (entre otras, STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 13); se establece así un principio material de participación cuyo cumplimiento se convierte en un inexcusable deber público.

Conforme a ello, en el ámbito educativo la idea de participación “efectiva” de todos los sectores afectados está incluso expresamente recogida en el mencionado apartado 5 del artículo 27 y también está presente con la misma intensidad, si bien de manera implícita, en el apartado 7, interpretado a la luz de los mencionados principios y valores. Dado el objeto de este motivo del presente recurso de inconstitucionalidad, hacemos en lo que sigue invocación específica del derecho de participación de los profesores, padres y, en su caso, alumnos enunciado en este apartado del artículo 27, relativo a su intervención en el control y gestión de todos los centros sostenidos con fondos públicos, por tanto los de titularidad pública y aquellos otros de titularidad privada que mediante el sistema de conciertos legalmente previsto estén sostenidos total o parcialmente con fondos públicos.

Ni que decir tiene que esta dimensión participativa en el ámbito educativo, que ha de facilitarse y ser real y efectiva, está al servicio de la satisfacción del derecho de todos a la educación y, con ello, del cumplimiento de los objetivos y fines que a la misma marca el apartado 2 del artículo 27 (“el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”), principio constitucional rector del sistema educativo en su conjunto, como precedentemente se ha recordado, que no solo cumple una función meramente limitativa

sino también de inspiración positiva (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7), a cuya luz han de ser por tanto interpretados todos los preceptos que integran el artículo 27, tratándose de un objetivo complejo y plural que ha de perseguir el legislador y el resto de los poderes públicos, pues la educación no se contrae a un proceso de mera transmisión de conocimientos (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 7.b).

En este sentido, si la educación ha de ser crítica y tolerante, si ha de favorecer la comprensión de los demás (art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos –DUDH- y art. 13.1 del Pacto Internacional de derechos económicos, Sociales y culturales de 1966 –PIDESC-), si ha de estar al servicio del diálogo y del respeto a los principios de convivencia democrática y a los derechos y libertades de los demás y, en sintonía con todo ello, ha de estar dirigida al pleno y libre desarrollo de la personalidad, fundamentos junto con la dignidad de la persona del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), sería imposible aceptar como compatible un sistema educativo que no contemplara mecanismos de participación democrática o que estos no fueran suficientes y razonablemente adecuados para la adopción de determinadas decisiones de especial relevancia para los centros, la comunidad educativa y la resolución de los problemas básicos comunes.

Ante la evidente necesidad de esta configuración, así viene a reflejarlo también el legislador en los propios enunciados del artículo 118 LOE (no reformado por la LOMCE), al establecer los principios generales en los que ha de inspirarse la participación en el funcionamiento y gobierno de los centros docentes, a la que otorga el carácter de ser “un valor básico para la formación de ciudadanos autónomos, libres, responsables y comprometidos con los principios y valores de la Constitución” (apartado 1) y al dirigir por todo ello un mandato a las Administraciones educativas para que fomenten su “ejercicio efectivo” (apartado 2). La idea de efectividad en la participación, que no puede quedar por tanto en la mera retórica o ser canalizada tan solo en aspectos marginales o en mecanismos devaluados, impregna todo el precepto conforme a los postulados constitucionales, aludiendo también a la necesidad de “hacer efectiva la

corresponsabilidad entre el profesorado y las familias en la educación de sus hijos” (apartado 3).

Así se refleja igualmente en la LODE en diversos preceptos, entre otros los siguientes: al señalar los fines de la educación en el marco de lo dispuesto en el art. 27.2 CE (art. 2.f); al establecer los derechos de los padres (art. 4.1.e y f); al precisar la finalidades de las asociaciones de padres de alumnos (art. 5.2.c); al reconocer los derechos básicos de los alumnos (art. 6.3.g); al precisar las finalidades de las asociaciones de alumnos (art. 7.2.c); cuando establece, en concordancia con los demás principios de la ley, el mandato de observar el principio de participación tanto en las actividades educativas como en la organización y funcionamiento de los centros (art. 19); al establecer las remisiones pertinentes para la regulación de la participación en centros privados concertados y no concertados (art. 26); y, en fin, al recoger el principio general de intervención en el control y gestión del centro de profesores, padres y alumnos en los centros concertados a través del Consejo Escolar del centro, sin perjuicio de que pudieran instaurarse otras configuraciones orgánicas participativas en los reglamentos de régimen interior (art. 55).

De acuerdo con los fundamentos constitucionales antes expuestos y con el específico mandato que incorpora el art. 27.7 CE, la intervención en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos ha de estar configurada por el legislador de tal manera que en sus distintos elementos permitan su realidad y suficiencia para que sea posible su efectividad. Estas notas se erigen, ya en su mismo núcleo, en límite infranqueable para la antedicha configuración, a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE respecto al contenido esencial del derecho, pues como tiene declarado el alto Tribunal al que nos dirigimos, una vía de determinación de este contenido es la consideración de “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10).

2. El modelo radicalmente restrictivo de la participación introducido por la LOMCE.

Consideramos, sin embargo, que en determinadas modificaciones que se introducen por la LOMCE en materia de participación, control y gestión de los centros, el contenido del derecho de participación democrática de los integrantes de la comunidad educativa en la toma de decisiones se ve considerablemente mermado y devaluado con un entendimiento muy restrictivo y por completo desustancializador de lo dispuesto en el artículo 27.7 CE acerca del derecho de los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos, a “intervenir en el control y gestión” de los centros sostenidos con fondos públicos, quebrando de esta manera el consenso constitucional alcanzado en esta materia y resultando vulnerado el derecho en su contenido esencial.

Entre otras formas adicionales de participación en sentido lato (como las gestiones individuales de los padres tendentes a resolver problemas no atribuidos a la competencia del algún órgano colegiado, mencionadas a título de ejemplo por la STC 5/1981, FJ 18) y otras vías de participación en el funcionamiento y gobierno de los centros públicos y privados concertados que se establecen en la ley (cuales son la toma de decisiones pedagógicas por el Claustro de profesores, la participación del alumnado a través de sus delegados de curso y grupo, así como la de los padres y la de los alumnos a través de sus respectivas asociaciones, art. 119), a las que no nos referiremos, adquiere una importancia fundamental, prototípica de nuestro modelo educativo, la “intervención” de la comunidad educativa en el “control y gestión” de los centros sostenidos con fondos públicos a través del Consejo Escolar de cada uno de ellos, órgano de gobierno mediante el cual, por otra parte, se canalizan y acaban confluyendo predominantemente las demás modalidades participativas antes enunciadas.

El Consejo Escolar del centro es así, sin duda, la vía fundamental para garantizar la participación por medio de representantes de los miembros de la comunidad escolar, a la que este alto Tribunal ya se refiriera en la STC 5/1981 (FJ 18) calificándola de “razonable, ya que las decisiones más importantes para la comunidad escolar habrán de tomarse en tales órganos de gobierno”. Y es precisamente esta fundamental y central vía participativa a través de un órgano colegiado de gobierno de los centros (art. 126 LOE, inscrito en la

Sección I del Capítulo III del Título V, Capítulo intitulado “Órganos colegiados de gobierno y de coordinación docente de los centros públicos”) la que se rebaja y desustancializa al extremo con diversos preceptos de la LOMCE, hasta quedar desnaturalizada, en tanto que con ellos pierde, justamente, su carácter real de órgano de gobierno.

Como sostuvo con manifiesta rotundidad el Consejo de Estado en su Dictamen 172/2013, de 18 de Abril, sobre el Anteproyecto de Ley, “La gestión de los Centros, que hoy se vehicula mediante la implicación activa de la comunidad educativa a través de un sistema de cooperación y corresponsabilidad en la organización y toma de decisiones que dan contenido al derecho de participación democrática, queda limitada a la declaración sobre su intervención en el “control y gestión de los centros”. A su vez el Consejo Escolar pierde...el carácter de órgano de gobierno, al pasar a tener meramente funciones de información, propuesta y consulta” (págs. 152-153). Así puede apreciarse que se deduce con toda claridad, en efecto, de la regulación finalmente llevada a cabo en el artículo 127 de la Ley, letras a), b), e), h), i), a las que más adelante nos referiremos en su detalle.

Ciertamente el Consejo Escolar pasa con esta modificación legal a ser un órgano de simple informe y propuesta, sin capacidad de co-decisión y corresponsabilidad alguna en tanto que pierde sus competencias ejecutivas y decisorias que quedan convertidas en competencias de mera evaluación, informe, propuesta, valoración o simple conocimiento, resultando en un órgano pasivo, vacío de toda relevancia, en suma, en tanto que se trasladan al Director, figura que adquiere un extraordinario refuerzo de carácter autoritativo y gerencial, todas las capacidades que ha venido teniendo el Consejo Escolar para canalizar la participación efectiva, equilibrada y corresponsable de la comunidad escolar en la toma de decisiones, según venía asegurando la normativa anteriormente vigente como uno de los desarrollos centrales del pacto constitucional en materia educativa.

Este alterado carácter del Consejo Escolar de los centros, además, resulta completamente incoherente con la sedicente pretensión de la ley de incremento de la autonomía de los centros, que es solo nominalmente proclamada con reiteración y exceso, pero sin llegar a ser real, porque las decisiones relevantes al respecto las tomará siempre por este motivo

no el centro como tal ente colectivo sino su Director, sin participación activa del resto de la Comunidad educativa y, por tanto, sin los balances, contrapesos y corresponsabilidades de carácter democrático que una participación real comportaría, como se ha encargado también de apreciar reiteradamente y sin ambages el Consejo de Estado en su mencionado Dictamen. El alto órgano consultivo señaló que "...uno de los objetivos de la reforma es la tan preconizada autonomía de los centros, y esta se garantiza mejor con la participación de la comunidad educativa en estos centros". Y, a renglón seguido, destaca: "No obstante, los pretendidos niveles de la autonomía proyectada al no ir acompañados de una mayor participación, implicación y responsabilidad de toda la comunidad educativa en el control, seguimiento de los objetivos institucionales de los centros, análisis internos de los problemas y soluciones a través de los proyectos innovadores, pueden resentirse, ya que cuando el modelo de gestión se basa en la atribución de todas las decisiones a un órgano unipersonal sin participación activa del resto de la comunidad educativa, la autonomía se limita ya que el control se ejerce por agentes y órganos ajenos al centro lo que sin duda incrementa la dependencia de otras instancias" (vid. pgs. 153-154).

Este radical cambio de modelo que, en su conjunto, despoja de sustancia y efectividad a la participación de la comunidad educativa a través del Consejo Escolar, no solo afecta, por supuesto, a los centros de titularidad pública sino que, *mutatis mutandis*, se reitera y reproduce en su carácter restrictivo en el caso de los centros privados concertados, como más adelante argumentaremos también al valorar las disposiciones que modifican la LODE al respecto -Disposición Final Segunda LOMCE, en cuanto modifica el apartado 2 del artículo 54, el artículo 57, letras a), b), f), h), j), k), l) y m), el artículo 59, apartados 1 y 2, y el artículo 60, apartado 5, todos de la LODE-.

En definitiva, entendemos que con este vaciamiento de competencias sustantivas del Consejo no es posible la efectiva satisfacción del derecho de profesores, padres y, en su caso, alumnos a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos contemplado en el reiterado artículo 27.7 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado en su contenido esencial. Sobre este contenido, el alto Tribunal al que nos dirigimos tiene abundantemente declarado desde la STC 11/1981, FJ 10 (reiterado en

muchas otras, de las que sólo a título de ejemplo citamos las SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2 y 112/2006, de 5 de abril, FJ 10), que este concepto al que se refiere el artículo 53.1 CE puede ser determinado considerando en cada caso el elenco de "facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales". Complementariamente y visto desde otro ángulo metodológico, su determinación puede aquilatarse como "aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

3. Valoración de los términos "intervención en el control y gestión" empleados en el artículo 27.7 CE.

Para calibrar la reiterada pérdida de sustancia con la que el legislador de la LOMCE ha desarrollado el derecho enunciado en el artículo 27.7 CE hasta hacer quebrar su contenido esencial, consideramos pertinente una breve reflexión que nos permita aquilatar con mayor precisión los términos que el constituyente empleó al prefigurar este derecho. La Constitución se refiere a la "intervención" tanto en el "control" como en la "gestión" de los centros. Es decir, deben existir posibilidades reales para la comunidad educativa de participar corresponsablemente ejerciendo, por un lado, facultades de control sobre las decisiones y sobre el funcionamiento del centro relacionadas con los aspectos más importantes y relevantes para la vida del mismo. De otro lado, deben existir posibilidades igualmente reales y efectivas de participar en la propia gestión del centro, lo cual significa poder participar en la adopción de las "decisiones más importantes para la

comunidad escolar" que razonablemente "habrán de tomarse en tales órganos de gobierno" (STC 5/1981, FJ 18).

Desde esta perspectiva, procede efectuar una valoración de tipo literal de los términos en los que se regula constitucionalmente el derecho de participación de profesores, padres y alumnos que se canaliza mediante su intervención en el control y gestión de estos centros. Según el Diccionario de la Real Academia española, el término "intervención" denota una idea de autoridad con sentido fuerte, dotada de capacidad de decisión suficiente, que no satisfaría una configuración pasiva o indeterminada. El Diccionario recoge así como primeras entradas de significado para el verbo "intervenir" las siguientes: "examinar y censurar las cuentas con autoridad suficiente para ello"; "controlar o disponer..."; "dicho de una autoridad: dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones"; y, entre otras, "fiscalizar..." , "tomar parte en un asunto", "interponer su autoridad".

De otro lado, de acuerdo con el mismo Diccionario, el término "control" también tiene aparejado un sentido fuerte de actuación que no se compadece en absoluto con acciones meramente evaluatorias indeterminadas o de simple informe o conocimiento, sin más consecuencias. Según el mismo, control significa "comprobación", "inspección", "fiscalización", "intervención", "dominio", "mando preponderante", entre otras acepciones. En definitiva, la asunción por el sujeto que controla de un intenso papel con incidencia decisoria bastante en los asuntos sujetos a control. Por lo que hace al término "gestión", el significado que le otorga el Diccionario como "acción y efecto de gestionar" incorpora esa misma idea de densidad y efectividad para el logro de los asuntos a la que nos venimos refiriendo, que implica una capacidad decisional en cualquier organización, como acredita el uso común del vocablo y la sociología de las organizaciones.

Si las palabras tienen un significado específico que es relevante para la vida social, éste resulta imprescindible para el Derecho, en tanto que permite la precisión y, con ello, la seguridad jurídica, integrando así un primer elemento de interpretación, el literal, que ha de ser conjugado con los demás y, en particular, el sistemático. De esta apreciación resulta que no es concebible que el constituyente, al disponer sobre el enunciado

lingüístico de la disposición que consagra el derecho fundamental de participación de profesores, padres y alumnos empleando la frase “intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos” y producir esa objetivación del enunciado de la norma constitucional, desconociera el significado propio y la densidad que conllevaban esos términos que venían a fraguar uno de los elementos nucleares del consenso constitucional en materia educativa. Ese significado y esa densidad remiten, una vez más, en definitiva, a la idea de efectividad, de posibilidad de realización eficaz del derecho que debe adornar su regulación legal en respeto de su contenido esencial, de tal manera que “los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos” (STC 11/1981, FJ 10).

Por otro lado y a mayor abundamiento, esta conclusión se refuerza cuando de manera sistemática se comprueba el uso del término “control” en la Constitución. Cabe recordar que a lo largo del texto constitucional este término se utiliza, además de en este apartado 7 del artículo 27, bien para señalar un tipo de control político, el parlamentario, o bien el control jurisdiccional, junto a otros supuestos relativos a controles que se reserva el Estado en el caso de normas descentralizadoras. En todos estos supuestos, el concepto constitucional de control tiene una gran densidad, en tanto que incorpora la posibilidad de que el sujeto controlante, dadas determinadas circunstancias, emita decisiones que puedan impedir la eficacia del acto controlado. Así se refleja en el artículo 20.3 (control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público); en el artículo 55.2 (el adecuado control parlamentario en el supuesto de suspensión individual de derechos); en el artículo 66.2 (el control de la acción del Gobierno por las Cortes Generales); en el artículo 70.2 (el control judicial de la validez de las actas y credenciales de los miembros de las Cámaras parlamentarias); en el artículo 82.6 (posibilidad de establecer fórmulas adicionales de control en las delegaciones legislativas); en el artículo 106.1 (control jurisdiccional de la potestad reglamentaria y de legalidad de la actuación administrativa); en el artículo 150, apartados 1 y 2 (modalidades de control de las Cortes Generales sobre normas legislativas de las CCAA en el caso de las leyes marco y formas de control que se reserve el Estado en caso de leyes orgánicas de

transferencia o delegación de competencias); y, en fin, en el artículo 153 (al determinar los supuestos del control de la actividad de los órganos de las CCAA).

Por consiguiente, salvo que pretendamos dar al término control previsto en el apartado 7 del artículo 27 un sentido completamente distinto, necesariamente ha de reconocerse la densidad de la intervención que conlleva el empleo de este término en sentido propio y la correlativa posibilidad de que el órgano controlante en el ámbito educativo también pueda impedir en determinados supuestos la eficacia de las decisiones bajo control y no limitarse a ser tan solo un mero órgano consultivo.

4. Consideraciones sobre la doctrina del Tribunal Constitucional.

Partiendo de las anteriores consideraciones y premisas, antes de descender a concretar los preceptos objeto de impugnación adquiere una importancia fundamental revisar también la doctrina del Tribunal Constitucional producida hasta la fecha en esta materia.

Un primer pronunciamiento sobre la misma se produjo en la STC 5/1981, FFJJ 13 a 17, al abordar el llamado "Motivo Segundo" del recurso por el que se impugnaba la constitucionalidad de diversos preceptos de la LOECE, por entenderlos contrarios al art. 27.7 de la Constitución. Básicamente, y en lo que al presente caso interesa, se destacan en esta doctrina los siguientes elementos: a) la apertura de la fórmula empleada por el constituyente en el apartado 7 del artículo 27, que deja un evidente amplio margen de configuración al legislador en su regulación del derecho, por lo que éste "no tiene otros límites que el genérico que le impone el art. 53.1 de la Constitución de respetar el contenido esencial del derecho garantizado, y el que deriva de las reservas de Ley contenidas tanto en dicho precepto como en el del art. 81.1 (FJ 15); b) en consecuencia, que el derecho de participación a intervenir en el control y gestión de los centros, por lo que hace a la regulación de los órganos de gobierno y participación y sus funciones genéricas, no quedaría suficientemente garantizado mediante la simple remisión de regulación de estos órganos a las normas del reglamento de régimen interior (FJ 15, *in fine*).

Un segundo pronunciamiento especialmente destacable fue realizado en la STC 77/1985, de 27 de junio, en relación con la impugnación de determinados preceptos del proyecto de LODE en el llamado Motivo Quinto del recurso de inconstitucionalidad, centrado en este caso en la interacción y posibilidades de conflicto entre, por un lado, los derechos de participación de la comunidad escolar reconocidos en el art. 27.7 CE y, por otro, los derechos constitucionalmente reconocidos a los titulares de los centros privados (art. 27.6 CE) sostenidos con fondos públicos. Cabe subrayar en la doctrina de esta sentencia los siguientes aspectos sustanciales en relación con el presente recurso: a) el derecho a la dirección de centros privados sostenidos con fondos públicos puede estar legítimamente limitado por la posible intervención estatal resultante de lo establecido por el art. 27.9 de la C.E., en tanto que se trataría de centros “con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad [lo cual] supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros” (FJ 20); b) el derecho a la intervención de profesores, padres y, en su caso, alumnos, en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos debe considerarse como una variedad del derecho de participación que “puede revestir, en principio, las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los Centros”, volviendo a destacarse que la CE deja a “la libertad de configuración del legislador la extensión de esta participación, con los límites consistentes en el respeto del contenido esencial del derecho garantizado (STC 5/1981, F.J. 15...) y de otros mandatos constitucionales”; c) incidiendo en este aspecto, se subraya que al garantizar la Constitución el derecho de los profesores, los padres y en su caso, los alumnos, a intervenir en el control y gestión de todos los Centros sostenidos por la Administración con fondos públicos en los términos que la Ley establezca (art. 27.7) aquella “habilita al legislador para condicionar o restringir aquella facultad [se refiere a la selección del profesorado en los centros privados concertados] en los términos que considere más oportunos para dar contenido concreto a este derecho de los restantes miembros de la comunidad escolar. El pluralismo político que la Constitución consagra

como valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1.1) permite en este punto distintas soluciones legislativas que sólo tienen el límite de los derechos constitucionalmente consagrados" (FJ 24); d) el art. 27.7 confiere una legitimación constitucional a la participación en los centros sostenidos con fondos públicos, con independencia de que ese sostenimiento pueda ser total o parcial (FJ. 28).

Por otro lado, reiterando parcialmente la doctrina anterior, la STC 47/1990, de 20 de marzo, subraya que el artículo 27.7 CE sustantivamente "reconoce un derecho fundamental de participación de los profesores, los padres, y, en su caso, los alumnos en el control y gestión de todos los Centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, «en los términos que la Ley establezca»", tratándose "de un derecho sustantivo y no de la garantía de una situación jurídica", por lo que una regulación reglamentaria restrictiva de los derechos de participación que establezca la ley supondría una conculcación de este derecho fundamental" (FJ 7 *in fine*). Por su parte, la STC 137/1986, de 6 de noviembre, precisó que "en orden al desarrollo de los derechos de intervención de la Comunidad escolar en el control y en la gestión de los centros (art. 27.7), es básica la regulación que exprese las dos determinaciones esenciales que, omitidas en este precepto constitucional, han de dar vida a aquellos títulos de intervención: El carácter de la participación que se reconozca a profesores, padres y, en su caso, alumnos y, de otra parte, la determinación genérica y general para todo el territorio del sistema de órganos en que esa participación haya de expresarse" (FJ 4).

En definitiva, la doctrina constitucional hasta ahora recaída sobre la interpretación del artículo 27.7 CE se centra en destacar que en él se reconoce sustantivamente un derecho fundamental de participación de los profesores, los padres, y, en su caso, los alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración en los términos que la ley establezca; derecho que es de configuración legal por lo que se refiere a su extensión regulatoria, si bien está necesariamente limitado por el contenido esencial que pueda deducirse de su prefiguración constitucional y por la reservas de ley establecidas en la conjunción de los artículos 53.1 y 81.1 CE y, obviamente, por los demás mandatos y derechos constitucionalmente consagrados en el ámbito educativo. Como tal derecho

fundamental puede revestir todas las modalidades propias de toda participación, incluyendo las decisorias tanto en centros públicos como privados sostenidos con fondos públicos, sin que aquella deba limitarse a los aspectos secundarios de la administración de los centros educativos.

Ahora bien, a los efectos de este recurso consideramos importante insistir en que la STC 77/1985 analiza la relación entre dos derechos fundamentales: la libertad de creación de centros y su poder de dirección y el derecho de profesores, padres y, en su caso, alumnos, a intervenir en el control y gestión de aquellos. Es, por tanto, una doctrina específicamente extrapolable a los centros privados concertados. Pero no a los centros públicos. Porque en los centros públicos no hay derecho fundamental de dirección en juego, cuyo contenido esencial haya de ser asegurado. Por lo tanto, el derecho de intervención no tiene en este supuesto un límite tan intenso como en el caso de los centros privados concertados.

Consideramos así que el parámetro de constitucionalidad en el vaciamiento de los Consejos escolares operado por el legislador es distinto según el tipo de centro: en los públicos es mucho más intenso, pues no hay derecho fundamental que asista a la dirección del centro. En los privados concertados, donde hay que respetar el contenido esencial del derecho del titular a la dirección del centro, las formas de la participación pueden ser de distinta modalidad, combinándose unas con otras, pero también incluyendo las de decisión, esto es, aquellas que permitieran compartir equilibradamente la decisión entre el titular del centro y el Consejo o incluso permitir la prevalencia de la posición del Consejo Escolar sobre la del titular del centro concertado en determinados supuestos que sean razonables y respeten indubitadamente el contenido esencial del derecho de aquél a la dirección. Entendemos que este es el sentido que cabe extraer del pronunciamiento del alto Tribunal al que nos dirigimos, al argumentar con el siguiente tenor: "Por ello, este derecho puede revestir, en principio, las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los Centros. Se deja así por la C.E. a la libertad de configuración del

legislador la extensión de esta participación, con los límites consistentes en el respeto del contenido esencial del derecho garantizado (STC 5/1981, F.J. 15, J.C., tomo I, págs. 78-79) y de otros mandatos constitucionales. Más concretamente, el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los Centros sostenidos con fondos públicos estaría, en lo que aquí nos concierne, en el respeto al contenido esencial de los derechos de los restantes miembros de la comunidad escolar y, en este caso, del derecho del titular a la creación y dirección del Centro docente." (STC 77/1985, FJ 21).

Sin embargo, este pronunciamiento obviamente no resuelve con carácter general, ni tiene por qué hacerlo, qué combinación de modalidades sería o no lesiva de uno o de otro derecho. Llegados a este punto, parece evidente que un Consejo Escolar que tuviese facultades decisorias sobre todos los aspectos esenciales del centro, venciendo incluso la posición del titular de un centro concertado, sería inconstitucional por vulnerar el derecho a crear centros y a dirigirlos. Pero, a su vez y en el otro extremo, un Consejo que solo tuviera facultades consultivas, configurando un derecho absoluto de dirección en favor del titular del centro concertado, negaría y vulneraría el derecho de participación.

Entendemos también que esta doctrina del Tribunal Constitucional se integra naturalmente y sin dificultad alguna, siguiendo una interpretación constitucional sistemática, con la exigencia que dimana del principio establecido en el artículo 9.2 acerca de que el legislador está obligado por el mandato de que toda modalidad de participación, y la contemplada en el artículo 27.7 lo es, ha de ser facilitada con objeto de hacerla real y efectiva y, por tanto, digna de tal carácter. Si esta nota no se diera, el derecho de participación quedaría desnaturalizado y, por ende, vulnerado su contenido esencial. A estos efectos, metodológicamente convendría por tanto distinguir dos aspectos en la regulación del derecho susceptible de ser realizada por el legislador en ejercicio de su libertad de configuración: de un lado, la extensión de la participación, esto es, el conjunto de modalidades participativas; de otro, su intensidad, es decir, el grado de profundidad que la participación alcance. Los ámbitos o modalidades de participación, obviamente, pueden ser variados y adoptados en mayor o menor número, pero siempre han de recogerse inexcusablemente aquellos que son necesarios y nucleares para que el derecho

tenga efectividad; de la misma manera, los que de entre éstos sean regulados como tales han de tener, considerados uno a uno, las notas de la densidad y efectividad necesarias para su real satisfacción, de tal manera que si así no fuera quedaría conculcado, conforme a lo argumentado, el contenido esencial del derecho.

5. Disposiciones concretas que se impugnan.

De acuerdo con las precedentes argumentaciones, descendemos ahora a precisar concretamente cómo se organiza esta materia en la nueva regulación legal objeto de impugnación, distinguiendo entre centros públicos y centros privados concertados, indicando las razones de inconstitucionalidad de las concretas disposiciones que se impugnan.

A) Centros públicos. Por lo que se refiere a los centros de titularidad pública, la LOMCE, en la disposición ochenta de su artículo único por el que se modifica la LOE, da nueva redacción al artículo 127 al establecer las competencias del Consejo Escolar, produciendo un cambio de modelo tal, como más arriba se argumentó, que desaparecen por completo las competencias decisorias o co-decisorias del Consejo Escolar, que se concentran en su conjunto en un órgano unipersonal, el Director del centro, privando así de sustantividad y efectividad a la participación de la comunidad educativa mediante la intervención en el control y gestión de los centros. Estos son sus perfiles más relevantes al respecto:

(1) En la letra a) del artículo 127, el Consejo Escolar, que según la redacción anterior de la LOE tenía la atribución de “aprobar y evaluar” los proyectos y las normas a los que se refiere el Capítulo II del Título V de la ley, se ve desprovisto de la competencia de “aprobar” tales proyectos y normas y solo se le atribuye la de “evaluar”, sin ulteriores previsiones sobre la configuración y las consecuencias de esa evaluación. La aprobación de estos fundamentales elementos se atribuye en exclusiva al Director en la letra l) del artículo 132.

El Capítulo II del Título V de la ley (arts. 120 a 125) al que remite este artículo se refiere a la aprobación y ejecución de los proyectos educativos y de gestión, planes de trabajo, normas de organización y funcionamiento del centro y, entre ellas las normas de

convivencia. Se trata, por tanto, del conjunto de decisiones que de manera más intensa, fundamental y relevante marcarán el devenir de la vida escolar en todos sus aspectos: de determinación de las especializaciones curriculares y acciones de calidad educativa, docente, de organización, de gestión, ordenación y utilización de sus recursos, de establecimiento y desarrollo de los compromisos educativos con las familias, de convivencia y conducta de la comunidad escolar, de establecimiento de condiciones de despliegue y desarrollo de los valores constitucionales en el ámbito educativo, entre otros aspectos.

Pese a la densidad e importancia fundamental de los señalados aspectos de la vida escolar, la aprobación de las decisiones a ellos relativas se deja por entero en manos del Director del centro, relegando al Consejo Escolar a una posición pasiva de mero evaluador, sin ninguna intervención en la gestión, sin determinar siquiera los perfiles de esa evaluación, el alcance o la incidencia que tendrá sobre las decisiones efectivamente tomadas o a tomar ni tampoco las consecuencias que estarían aparejadas a una eventual evaluación de carácter negativo. Luce en esta disposición, pues, una configuración meramente formal, pasiva e indeterminada de la participación sobre asuntos que, sin embargo, son enteramente determinantes para la vida, desarrollo y proyección futura del centro, dejando por tanto al Consejo Escolar sin capacidad de decisión eficaz y corresponsable alguna; de esta manera, esta configuración legal no satisface con efectividad el contenido esencial del derecho fundamental de intervención del artículo 27.7 CE, sino que lo restringe de manera no razonable hasta vulnerarlo.

En virtud de estos argumentos, en lo que atañe a la letra a) de la nueva redacción dada por la LOMCE al artículo 127 de la LOE consideramos que se produce un vaciamiento y desustancialización del derecho de profesores, padres y, en su caso, alumnos a intervenir a través del Consejo Escolar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos en tanto que el interés jurídicamente protegible que da vida a este derecho (participar democráticamente en el control y la gestión) no resulta real y efectivamente protegido al quedar reducido en su sustancia con limitaciones que lo hacen impracticable y lo dificultan más allá de lo razonable y del sentido propio que se desprende de los

términos empleados por el constituyente, por lo que resulta vulnerado su contenido esencial y desconocidas con ello las exigencias constitucionales del art. 27.7 CE, interpretado en su relación sistemática con los artículos 9.2 y 53.1, de acuerdo con la doctrina constitucional al respecto.

En consecuencia, solicitamos del Tribunal Constitucional la declaración de su inconstitucionalidad y correspondiente nulidad y por conexión y consecuencia la de la letra l) del artículo 132, en la nueva redacción dada por la LOMCE, en el apartado ochenta y uno de su artículo único, en la medida en que otorga en exclusiva al Director del centro la aprobación de todos los proyectos y normas de referencia (regulados en el Capítulo II del Título V de la ley).

(2) En la letra b) del mencionado artículo 127, donde la LOE atribuía al Consejo Escolar competencia para “aprobar y evaluar la programación general anual del centro sin perjuicio de las competencias del Claustro de profesores, en relación con la planificación y organización docente”, se le desprovee igualmente de la competencia de “aprobar” esta programación, pudiendo participar solamente en su evaluación. Del mismo modo, es al Director al que se atribuye esta competencia aprobatoria (art. 132.m).

El carácter fundamental y central que tiene la programación general anual del centro para la vida y decurso del mismo y, por tanto, para el derecho fundamental de participación de profesores, padres y alumnos en su establecimiento, no necesita ser ponderado más allá de lo ya señalado respecto de la letra a) del mismo precepto, por lo que remitimos enteramente a las reflexiones anteriormente expuestas para considerar la devaluación que se produce del derecho al limitarlo irrazonablemente tan solo a una indeterminada posibilidad de evaluación, de la que tampoco se prevé su carácter y las consecuencias que pudieran darle efectividad, mientras que se reside la aprobación, es decir, la entera capacidad de decisión, en un órgano unipersonal de gobierno, el Director.

Dado que las razones para considerar la inconstitucionalidad y nulidad de esta disposición legal son las mismas, *mutatis mutandis*, que las que acaban de exponerse para la letra a) del mismo precepto, las damos aquí por reproducidas y solicitamos igualmente del Tribunal Constitucional la declaración de su inconstitucionalidad y nulidad y, por conexión

y consecuencia, la de la letra m) del artículo 132, en cuanto que atribuye la competencia aprobatoria de la programación anual del centro exclusivamente a su Director.

(3) En la letra e) del mismo artículo 127, donde al Consejo Escolar del centro, según la redacción anterior de la LOE, le correspondía “decidir sobre la admisión de alumnos con sujeción a lo establecido en esta Ley y disposiciones que la desarrollen”, con la reforma se ve igualmente desprovisto de esta importante capacidad de decisión, debiendo limitarse tan solo a “informar”, en tanto que aquella se atribuye también en exclusiva al Director (art. 132. n). Como es sabido, es en la admisión de alumnos de acuerdo con los criterios establecidos por la ley donde se ve concernida de manera especialmente relevante la igualdad en el acceso a los centros sostenidos con fondos públicos y la equidad del sistema educativo, respecto de cuyas operaciones para su realización suele generarse socialmente una considerable conflictividad en relación con el derecho de los padres a elegir centro.

La simple operación de “informar” por el Consejo en asunto tan delicado e importante como es la admisión de los alumnos está abocada a convertirse en una mera formalidad y a la pérdida de todo carácter real y efectivo de “intervención” de los representantes de la comunidad educativa en ese concreto ámbito del control y gestión del centro, en el sentido propio de este enunciado, sobre todo si esa función de informe, como es el caso, no va acompañada de la atribución de un valor que la haga relevante en el plano fiscalizador y resolutorio; esto es, que haga eficaz la intervención del Consejo en este central elemento para la satisfacción del derecho a la educación y, por tanto, de los profesores, padres y, en su caso, alumnos en él representados, en el control de la regularidad legal y en la gestión de las concretas admisiones que se realicen.

De acuerdo con estos argumentos, solicitamos del Tribunal Constitucional la declaración de la inconstitucionalidad y correspondiente nulidad de la disposición enunciada en la letra e) del artículo 127 de la LOE en la redacción dada por la LOMCE, en cuanto que limita de manera no razonable el bien jurídico protegible que da vida al derecho enunciado en el artículo 27.7, lesionando su contenido esencial; y, por conexión y consecuencia, la de la

letra n) del artículo 132, en cuanto la función de decidir sobre la admisión de alumnos se atribuye en exclusiva al Director del centro.

(4) En la letra h) del mismo artículo, donde antes correspondía al Consejo Escolar “promover la conservación y renovación de las instalaciones y del equipo escolar y aprobar la obtención de recursos complementarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 122.3”, la reforma le desprovee también de esta última competencia aprobatoria, que igualmente traslada al Director (art. 132 ñ), y le atribuye únicamente la función de “informar” al respecto.

Se observa del mismo modo en esta disposición una manifestación más del cambio de modelo tan drástico en sentido restrictivo que opera la reforma legal, al rebajar radicalmente el papel que el Consejo Escolar puede desempeñar en esta materia, recortándose correspondientemente, también por esta vía, la amplitud e intensidad de la intervención de los miembros de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros.

La obtención de recursos complementarios, que pueden provenir de muy diversas fuentes y llevarse a cabo con importantes repercusiones para la planificación y el desarrollo del centro, sus proyectos y acciones, y, en consecuencia, con capacidad para producir importantes vinculaciones externas, integra también un elemento central de la gestión; y, con independencia de reconocer, obviamente, la actividad de este carácter que corresponde al Director, afecta intensamente al derecho de profesores, padres y alumnos a intervenir en las decisiones que el centro haya de adoptar en este ámbito. Una función de mero informe en este plano por parte del Consejo, sin mayores precisiones y sin atribución de valor y efectos específicos a ese informe, en tanto que las decisiones solo las adopta el Director, no satisface tampoco, en línea con los argumentos antes expuestos, la intensidad y efectividad de la participación que debe tener la intervención de la comunidad escolar en la gestión del centro a través de sus representantes, por lo que esta disposición también traspasa en nuestra opinión el límite del respeto al contenido esencial del derecho enunciado en el artículo 27.7 CE.

Con fundamento en estas consideraciones y a la luz de las efectuadas precedentemente con carácter general, solicitamos igualmente del Tribunal Constitucional la declaración de la inconstitucionalidad y nulidad de la parte del contenido de la letra h) del artículo 127 de la LOE, en la redacción dada por la LOMCE, en tanto que atribuye al Consejo Escolar solo la competencia de "informar" la obtención de tales recursos y, por conexión y consecuencia, la de la letra ñ) del art. 132, en la medida que atribuye correlativa y exclusivamente al Director la competencia de aprobarlos.

(5) En la letra i) del precepto analizado, según la redacción anterior de la LOE correspondía al Consejo Escolar "fijar las directrices para la colaboración, con fines educativos y culturales, con las Administraciones locales, con otros centros, entidades y organismos", mientras que con la reforma LOMCE tan solo se le atribuye la capacidad de, otra vez más, "informar" esas directrices, en tanto que su fijación corresponde en exclusiva al Director (art. 132, letra o).

La fijación de las directrices de colaboración con entidades de diverso carácter externas al centro con la señalada finalidad educativa y cultural es también un asunto de fundamental importancia para la identidad y para la vida del centro en tanto que con esas actividades se puede contribuir en diversa medida, de manera especialmente relevante e intensa, o lo contrario, a la realización del fundamental objetivo que a la educación marca el apartado 2 del artículo 27, esto es, "el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". De ahí la necesidad de que el carácter de la intervención en este ámbito de padres, profesores y alumnos a través del Consejo Escolar deba tener la intensidad suficiente, que no puede conseguirse con una actividad de mero informe, de tal manera que aquellos puedan participar activa, responsable y eficazmente en el establecimiento de aquellos principios y normas directrices de las actividades de colaboración externas.

La participación democrática en la vida del centro persigue precisamente que padres, profesores y alumnos puedan convivir en un permanente aprendizaje social de la misma, lo que supone la realización de los valores y principios que alienta la Constitución que se

ven condensados en el fundamental objetivo que ésta fija a la educación en el mencionado artículo 27.2. Y este tipo de actividades suponen para ello un campo especialmente fértil y propicio. Desde esta perspectiva, es por completo incoherente y perturbadora, como en los casos antes señalados, una concepción tan restrictiva y limitadora de la participación para fijar unas directrices que tanta trascendencia pueden tener para la educación, al atribuir esta función autoritativamente tan solo al Director del centro, en una actuación decisoria que, para respetar el contenido esencial del derecho, debiera ser, cuando menos, compartida.

Por estas razones y con el mismo fundamento que el manifestado para las anteriores impugnaciones, solicitamos del Tribunal la declaración de la inconstitucionalidad y nulidad de la letra i) del artículo 127 de la LOE, en la redacción dada por la LOMCE, en cuanto que atribuye al Consejo Escolar solo la capacidad de "informar" sobre las directrices para la colaboración a la que se refiere, mientras que la decisión sobre su fijación las atribuye al Director en exclusiva; y, por conexión y consecuencia, la de la letra o) del artículo 32, en tanto que realiza esta atribución.

B) Centros de titularidad privada sostenidos con fondos públicos. La Disposición Final Segunda LOMCE modifica, entre otros preceptos de la LOE, el artículo 57, letras a), b), f), h), j), k), l) y m) (apartado tres), el artículo 59, apartados 1 y 2 (apartado cuatro), el artículo 60 (apartado cinco), y el apartado 1 del artículo 61 (apartado seis). Tales preceptos se incardinan en el Título IV, que regula los centros concertados, por tanto los sostenidos con fondos públicos, lo cual implica, entre otros aspectos, la obligación de impartir gratuitamente las enseñanzas propias de los mismos y que las actividades complementarias, las extraescolares y los servicios escolares no puedan tener carácter lucrativo (art. 51). De acuerdo con esta configuración, el artículo 55 reitera el derecho constitucional que asiste a los padres, a los profesores y a los alumnos para intervenir en el control y gestión de este tipo centros a través de su Consejo Escolar, sin perjuicio de que reglamentariamente puedan establecerse otros órganos participativos.

Obviamente, y de acuerdo con la doctrina constitucional precedentemente recordada, en estos centros ha de armonizarse este derecho de intervención de la comunidad escolar con el que asiste al titular a la dirección del centro, incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza, cuya cobertura constitucional se establece en el apartado 6, en relación con el 1, del artículo 27 CE, según cabe precisar su contenido de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.2 CE a la luz de lo estipulado en los tratados internacionales en la materia, singularmente el cuarto y último párrafo del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por España.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, reiterando doctrina ya establecida en la STC 11/1981, ha dicho que el contenido esencial del derecho a la dirección puede delimitarse tanto desde una perspectiva positiva como negativa. Desde la primera “implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del profesorado”. Desde la segunda, “ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección. De ello se desprende 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, FJ 20). Este contenido sería, por tanto, el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los Centros sostenidos con fondos públicos, derecho que ha de ser igualmente garantizado (FJ 21), por lo que el desarrollo legislativo, cualquiera que éste sea dentro de las posibilidades que brinda el pluralismo político, debe adecuarse por imperativo constitucional a la realización de un razonable y proporcionado balance y equilibrio entre ambos derechos.

A la luz de esta doctrina y del planteamiento general más arriba realizado sobre el significado de este derecho de intervención, entendemos que muchas de las

modificaciones que en esta materia se introducen por la LOMCE en la LODE relativas a los centros concertados resultan también, especularmente respecto de las ya analizadas correspondientes a los centros públicos, en detrimento y completa pérdida de sustancia del mencionado derecho. También para esta clase de centros se deja de hacer efectiva y equilibrada la participación para la cooperación y corresponsabilidad entre los miembros de la comunidad educativa, afectando negativamente, a nuestro entender, al contenido esencial del derecho formulado en el art. 27.7 CE. Los aspectos fundamentales a analizar bajo esta perspectiva son los siguientes:

(a) El artículo 57, letra a) atribuye al Consejo Escolar la facultad de “intervenir” en la designación del Director del centro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59 (nombramiento por el titular previo informe del Consejo, adoptado por mayoría simple).

Por tanto, la intervención queda reducida a un mero informe del Consejo Escolar sobre el nombramiento, adoptado por simple mayoría de los asistentes, en tanto que en la regulación anteriormente vigente la intervención se proyectaba también sobre algo tan importante y determinante como es el cese del Director, con el requerimiento, además, de que el acuerdo del Consejo Escolar que debía preceder al acuerdo entre el titular del centro y este órgano para su nombramiento había de ser adoptado por mayoría absoluta (arts. 57.a, y 59.1 LOE, en su anterior redacción). Este último precepto establecía en su apartado 2 que en caso de desacuerdo entre el titular del centro y el Consejo, el Director sería designado por el Consejo entre una terna de profesores propuesta por el titular, requiriéndose de nuevo mayoría absoluta. De otro lado, el apartado 3 exigía para el cese del Director el acuerdo entre la titularidad y el Consejo Escolar del Centro. Como dijera el alto Tribunal al que nos dirigimos en la STC 77/1985 en relación con la redacción original de la LODE en este sentido (art. 59.4) “el requisito de la conformidad del Consejo Escolar debe reputarse como una garantía del mantenimiento de la estabilidad, de manera que el titular necesite un requisito adicional, esto es, la conformidad del Consejo Escolar, para proceder a la remoción del director antes del transcurso del periodo de mandato legalmente previsto” (FJ 23).

Se establecía así por la ley un razonable y efectivo sistema de equilibrios, controles y contrapesos que respetaban los respectivos contenidos esenciales de los derechos del titular a la dirección y de los miembros de la comunidad escolar, representados en el Consejo, a intervenir en el control y gestión de los centros. De esta manera, quedaban armonizados tales derechos, conforme a la doctrina constitucional antes recordada, y se garantizaba una participación equilibrada que hacía posible la corresponsabilidad en la decisión sobre tan importantes cuestiones relativas al nombramiento y cese del Director; y se establecía, sin mermar la capacidad de dirección del titular, la posibilidad de un freno necesario a posibles destituciones insuficientemente fundadas o irrazonables del Director por parte de aquél, o que indebidamente pudieran alterar la necesaria estabilidad en el cargo durante el tiempo legalmente dispuesto.

Sin embargo, con la nueva regulación introducida por la LOMCE, de un lado, se eliminan los mencionados equilibrios y balances en el nombramiento del Director, y el Consejo solo interviene mediante un informe por simple mayoría, lo que supone degradar al extremo el sentido de la intervención de la comunidad escolar conforme a la caracterización de la misma más arriba realizada, que ha de implicar capacidad de control suficiente y efectivo y tener una incidencia que sea relevante y haga al Consejo corresponsable en cierta medida en la decisión que se adopte.

De otro lado, el cese del Director de estos centros puede llevarse a cabo por parte del titular con absoluta libertad y ninguna cortapisa o control. Únicamente se prevé, naturalmente, que han de concurrir razones justificadas (sin mayores precisiones) “de las que dará cuenta al Consejo Escolar” (art. 59.3), igualmente sin precisar ni deducir consecuencias del juicio que pudiera merecer al Consejo la adopción de una decisión de tanta relevancia y trascendencia, lo que deja realmente sin capacidad alguna de participación a la comunidad educativa en la toma de esta determinante decisión, cuyos representantes habrán de limitarse a tomar mero conocimiento de la misma, sin capacidad alguna de reacción e incidencia en el asunto, produciéndose por tanto en este caso una completa ablación de esta faceta del derecho de intervención en el control de los centros sostenidos con fondos públicos.

Por todo ello entendemos que la letra a) del artículo 57, en relación con lo dispuesto en el artículo 59, en la redacción dada por la LOMCE, vulnera el contenido esencial del derecho a la intervención de los miembros de la comunidad escolar en el control y gestión de estos centros garantizado por el art. 27.7 CE, en tanto que limita la participación a un simple informe del Consejo en la designación del Director y elimina por completo la posibilidad de participar en la adopción de la decisión sobre su cese. En consecuencia, solicitamos del Tribunal Constitucional que, estimándolo así, declare la inconstitucionalidad y correspondiente nulidad de esta letra a) del mencionado precepto y, por conexión y consecuencia, del apartado 1 del artículo 59 en la medida en que no da cabida a la participación efectiva del Consejo en el nombramiento del Director, y no contempla ninguna participación en su cese.

(b) La letra b) del artículo 57 reformado por la LOMCE prevé la intervención del Consejo Escolar en la selección del profesorado del centro, conforme con el sistema previsto en el artículo 60, estableciendo de común acuerdo los criterios de selección, que han de atender básicamente a los principios de mérito y capacidad (apartados 2 y 3 del artículo 60). Hasta aquí, evidentemente, ninguna objeción de fondo cabría oponer.

Sucedo, sin embargo, que esta letra b) del artículo 57 elimina por completo la intervención del Consejo Escolar en asunto tan grave, importante y de consecuencias potencialmente tan intensas para el centro como el despido del profesorado, que sí preveía la LOE en su anterior redacción. Correspondientemente, el artículo 60 elimina en su nueva redacción el apartado 5 de la anterior en el que se exigía el pronunciamiento previo del Consejo Escolar mediante acuerdo motivado para el despido de profesores por mayoría absoluta de sus miembros y, en caso desfavorable, la reunión inmediata de la Comisión de conciliación. Por su parte, y en esta misma línea restrictiva, el artículo 61.1 queda redactado eliminando la necesidad de intervención de la Comisión de conciliación en caso de conflicto entre el titular del centro y el Consejo Escolar, cuya intervención se reduce ahora al caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de concierto.

La incapacidad resultante de todo ello para que el Consejo Escolar pueda siquiera participar en algún modo en el despido del profesorado, asunto cuya especial importancia y repercusión para la vida del centro y por tanto para la comunidad escolar no necesita de mayor argumentación, cercena de forma completa esta faceta del derecho de intervención en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos que el reiterado art. 27.7 CE reconoce y garantiza a profesores, padres y, en su caso, alumnos. En consecuencia, solicitamos también del Tribunal la declaración de la inconstitucionalidad y correspondiente nulidad de la letra b) del artículo 57 en la medida en que vulnera el contenido esencial del mencionado derecho constitucional impidiendo la participación real y efectiva de la comunidad escolar en este aspecto central del control y gestión de los centros.

(c) Finalmente nos referiremos de manera unitaria y con objeto de no ser más reiterativos a un conjunto de disposiciones contenidas en el artículo 57 que, en la misma línea limitadora de la participación, contribuyen a desfigurar el carácter de órgano de gobierno efectivo del Consejo Escolar en este tipo de centros y que, por ello, no respetan tampoco la cualidad de hacer real y efectiva la intervención de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, rebajando su densidad hasta vulnerar su contenido esencial en tanto que el bien jurídico protegible que da vida al derecho queda limitado, dificultándolo más allá de lo razonable; más todavía teniendo en cuenta que, considerando todas las atribuciones en su conjunto, el derecho de intervención no halla vías participativas reales y suficientes en ninguno de los ámbitos de control y gestión sobre los que debiera proyectarse.

Así, la letra f), en lo relativo a la programación general del Centro que elaborará el equipo directivo, limita la competencia del Consejo meramente a "informar y evaluar", cuando la anterior redacción le atribuía la de "aprobar y evaluar". Vuelve aquí a rebajarse, hasta desfigurarla, la densidad de la intervención a la que ya nos hemos referido abundantemente.

En la misma línea, la letra h) se refiere como competencia del Consejo a la de “informar” las directrices para la programación y desarrollo de las actividades escolares complementarias, actividades extraescolares y servicios escolares, en tanto que en la redacción anterior se le atribuía, la de “elaborar” esas directrices.

Igualmente, en la letra j), respecto de la participación del centro en actividades culturales, deportivas y recreativas, así como en aquellas acciones asistenciales a las que el centro pudiera prestar su colaboración, se prevé tan solo la facultad del Consejo de “informar” los criterios, cuando en la anterior redacción le correspondía la de establecerlos.

La letra k), por su parte, relega al Consejo a la función indeterminada y prácticamente vacía de “favorecer” las relaciones de colaboración con otros centros, con fines culturales y educativos, mientras que en la redacción anterior le correspondía igualmente su establecimiento.

Según la letra l) al Consejo corresponderá tan solo “informar” el reglamento de régimen interior del centro, un ámbito de fundamental importancia para la convivencia y la vida del centro, cuando en la redacción anterior le correspondía la competencia de aprobarlo.

En fin, en la letra m), respecto a la intervención en la evaluación de la marcha general del centro en los aspectos administrativos y docentes, aspecto central de la “gestión”, se atribuye al Consejo Escolar la facultad de “participar”, sin especificar o fijar criterios acerca de en qué consista esa participación, en tanto que en la redacción anterior se le atribuía la función de “supervisar” (letra ll).

Como puede apreciarse, hay en el enunciado de todas y cada una de estas disposiciones un evidente y sistemático designio de vaciamiento de las competencias del Consejo en el sentido de tan solo darle voz, o conocimiento o ser oído para cubrir formal y aparentemente la exigencia participativa que dimana de la Constitución, pero relegándolo en cuanto órgano de gobierno del centro a una condición de mero “informante”, de tal manera que los miembros de la comunidad escolar que a través de él podrían participar quedan enteramente subordinados a la voluntad exclusiva del titular del centro, no pudiendo participar democrática y corresponsablemente con las características propias y

la suficiencia de una "intervención" realmente tal en el control y gestión de los centros concertados, de acuerdo con el significado que cabe otorgar a estas palabras empleadas por el constituyente, significado del que ya nos ocupamos más arriba y al que remitimos.

En conclusión, cabe señalar que la inmensa mayoría de las funciones atribuidas al Consejo Escolar carecen de carácter decisorio o co-decisorio. De este modo el Consejo ha pasado de ser un órgano que interviene en el control y gestión de estos centros, sostenidos con fondos públicos, a ser un órgano meramente consultivo. Si bien podría discutirse constitucionalmente el contenido específico del control y la gestión, no se puede dudar de que un órgano consultivo no "interviene" en el control y gestión. Intervenir en el control y gestión puede tener muchos significados, pero nunca puede ser sinónimo de funciones de mera consulta.

En definitiva, con este conjunto normativo queda claramente de manifiesto que el radical cambio de modelo operado por el legislador se concreta en la atribución al Consejo Escolar en el artículo 57, como dijera en Consejo de Estado en su ya citado Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley, de "competencias meramente consultivas de las que hasta ahora conocía con carácter ejecutivo", pasando "de un régimen en el que el Consejo Escolar asume un muy alto número de funciones decisorias a un régimen en el que en el mejor de los casos el mismo pasa a ser un órgano de simple informe o propuesta". En su fundada opinión, potenciar las capacidades de dirección del centro "debería ser compatible con mantener algunas competencias de decisión o co-decisión en la comunidad educativa, Consejo Escolar y Claustro de Profesores al menos en algunas cuestiones que den contenido a su derecho a participar en la gestión y ejercer su control".

Este, en efecto, es el problema de la regulación legal que de esta materia ha operado la LOMCE: que no da "contenido" sustantivo al derecho, que ha eliminado por completo el contenido real y efectivo del derecho a participar en la gestión y el control de los centros sostenidos con fondos públicos; razón por la cual entendemos que no es un cambio de modelo legítimo, efectuado conforme permite el pluralismo político (art. 1.1 CE) mediante la correspondiente libertad de configuración del legislador dentro del marco constitucional, sino que notoriamente traspasa este marco en tanto que limita de manera

no razonable y con abuso el bien jurídico protegible, en este caso la intervención real y efectiva de la comunidad escolar, vulnerando con ello el contenido esencial del derecho enunciado por el artículo 27.7 de la Constitución.

Con fundamento en estas argumentaciones, solicitamos igualmente del Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad y correspondiente nulidad de las letras f), h), j), k), l) y m) del artículo 57 de la LODE en la redacción dada por La Disposición Final Segunda LOMCE.

5. Recapitulación conclusiva sobre las disposiciones impugnadas.

Finalmente recapitulamos las disposiciones de la LOMCE que son impugnadas conforme a los argumentos antes desarrollados sobre cada una de ellas.

- Se impugnan los enunciados contenidos en las letras a), b), e), h), i) de la disposición ochenta del artículo único de la LOMCE, mediante la que se reforma el artículo 127 LOE y, respectivamente, por conexión y consecuencia, las de las letras l), m), n), ñ), o), de la disposición ochenta y uno, por la que se reforma el artículo 132 LOE, por vulneración del apartado 7 del artículo 27 CE, interpretado en su relación sistemática con los artículos 9.2 y 53.1, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

- Se impugnan también los enunciados contenidos en las letras a), b), f), h), j), k), l) y m) del apartado tres de la Disposición Final Segunda LOMCE por la que se da nueva redacción al artículo 57 LODE; las dos primeras letras en relación, respectivamente, con lo dispuesto en el apartado cuatro, por el que se da nueva redacción al artículo 59.1 y 2 LODE y con el apartado cinco, por el que se da nueva redacción al artículo 60 LODE, que elimina la participación del Consejo Escolar en el despido del profesorado. Todo ello por vulneración del apartado 7 del artículo 27 CE, interpretado en su relación sistemática con los artículos 9.2 y 53.1, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

III. Impugnación del sistema implantado por la LOMCE sobre enseñanza de las asignaturas de “Religión” y “Valores Culturales y Cívicos”/ “Valores Éticos” y en concreto de lo previsto respecto a estas materias en las disposiciones nueve, quince y dieciséis del artículo único de la LOMCE por las que se reforman los artículos 18, 24 y 25 LOE.

1. El régimen LOMCE.

A los efectos que interesan en este apartado del presente recurso, la LOMCE establece un sistema específico para la enseñanza de la religión con arreglo a los siguientes criterios:

(1) En la educación primaria (art. 18), que comprende seis cursos y se organiza en áreas, los estudiantes, además de las asignaturas troncales, deben cursar tres áreas del bloque de asignaturas *específicas*:

a) Educación Física.

b) *Religión* o *Valores Sociales y Cívicos*, a elección de padres, madres y tutores legales.

c) En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, al menos una de las siguientes áreas del bloque de asignaturas específicas:

1º)...

2º)...

3º) *Religión*, sólo si los padres, madres o tutores legales no la han escogido en la elección indicada en el apartado 3.b).

4º) *Valores Sociales y Cívicos*, sólo si los padres, madres o tutores legales no la han escogido en la elección indicada en el apartado 3.b).

(2) La Educación Secundaria Obligatoria (art. 23.*bis*) comprende dos ciclos. En el primer ciclo (art. 24), de tres cursos, los alumnos y alumnas deben cursar unas materias del

bloque de asignaturas troncales, con una opción en el área matemáticas, y tres materias del bloque de asignaturas específicas en cada curso:

a) Educación Física.

b) *Religión* o *Valores Éticos*, a elección de los padres, madres o tutores legales o, en su caso, del alumno o alumna.

c) En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, un mínimo de una y un máximo de cuatro, de las siguientes materias del bloque de asignaturas específicas, que podrán ser diferentes en cada uno de los cursos:

1º)...

(...)

6º)...

7º) *Religión*, sólo si los padres, madres o tutores legales o, en su caso, el alumno o alumna no la han escogido en la elección indicada en el apartado 4.b).

8º) *Valores Éticos*, sólo si los padres, madres o tutores legales o, en su caso, el alumno o alumna no la han escogido en la elección indicada en el apartado 4.b).

En el cuarto curso de ESO (art. 25) aparecen dos opciones con sus materias propias. Además, los alumnos y alumnas cursarán las consabidas tres áreas de asignaturas específicas, que son idénticas ampliándose el área tercera a diez opciones, entre las cuales se encuentran Religión o Valores Éticos según la elección que se haya hecho en la segunda área específica.

(3) El Bachillerato comprende dos cursos con tres modalidades diferentes. En cada uno de los cursos y en todas las modalidades aparece un bloque de asignaturas específicas, entre las cuales se encuentra Religión acompañada de otras 11 materias en el primer curso y de otras 14 asignaturas en el segundo. Los estudiantes deben cursar, en función de los criterios de regulación y programación educativas, un mínimo de dos y un máximo de tres materias de cada lista (arts. 34 *bis* y 34 *ter*).

(4) Conviene también hacer una referencia a la evaluación, asunto al que la Ley concede especial importancia. A este efecto cabe distinguir los siguientes criterios:

a) En la Educación Primaria se establece una evaluación durante la etapa y una evaluación final que no dispone ninguna especificidad para el tratamiento de la asignatura Religión o Valores Sociales y Cívicos / Valores Éticos (art. 20 y 21);

b) Lo mismo sucede en la evaluación interna continua en la etapa de Educación Secundaria Obligatoria (art. 28). Sin embargo, para la evaluación final de la etapa se prevé la exclusión de ambas materias que forman parte del bloque de asignaturas específicas (art. 29);

c) El mismo régimen se sigue en el Bachillerato, de modo que la Religión, que puede haber sido cursada, queda excluida de la evaluación final (arts. 36 y 36 *bis*).

(5) La enseñanza de la religión se regula específicamente en la Disposición Adicional Segunda, que remite en sus dos primeros párrafos, que no sufren innovación alguna, al Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español (en adelante, AEAC) y a los Acuerdos de cooperación vigentes o los que en el futuro pudieran celebrarse.

En relación con lo dispuesto en la LOE, se añade un párrafo tercero en la citada Disposición Adicional Segunda que viene a reforzar las competencias de las autoridades religiosas en la determinación del currículo de Religión y en la fijación de los estándares de aprendizaje evaluables, así como en la supervisión y aprobación de los libros de texto.

(6) Finalmente, es preciso indicar que desaparece del currículo la asignatura Educación para la Ciudadanía, que estaba prevista como obligatoria en algunas etapas educativas. A este respecto, el Preámbulo de la Ley, si bien reconoce la importancia de la educación para la ciudadanía democrática y su carácter esencial para la promoción de una sociedad libre y democrática, explica que en el contexto metodológico que esta Ley Orgánica propugna “se ha optado por incluir sus contenidos de forma transversal en todas las asignaturas durante la educación básica (XIV).

2. Los precedentes.

(1) En 1980 se establece el primer modelo de enseñanza de la religión posterior a la CE y a los acuerdos con la Santa Sede mediante un conjunto de Órdenes Ministeriales (OO.MM. de 16 de junio). Haciendo depender todo el sistema del cumplimiento del AEAC y por esa vía de la *misión educativa de la Iglesia* (Preámbulo), disponen la enseñanza ordinaria de la religión en todos los centros públicos y privados con carácter obligatorio siempre que el número de los solicitantes fuera superior a la veintena. El sistema se declara sometido, no obstante, a los principios de voluntariedad y no discriminación, de modo que los padres deben hacer constar su opción para que los alumnos reciban clase de religión. En los niveles educativos superiores (bachillerato y formación profesional) se prevé que quienes no elijan la enseñanza de religión cursen una asignatura de *Ética y moral*.

(2) Entre 1990 y 1991 entra en vigor el bloque legal constituido por LOGSE y sus normas de desarrollo reglamentario (RRDD 1006/91, de 14 de junio, 1007/91, de 14 de junio y 1700/91, de 29 de noviembre), que implanta un modelo diverso, aunque no radicalmente diferente al anterior. Las claves del sistema siguen siendo la obligatoriedad de la oferta y la voluntariedad de la demanda.

Aparecen, sin embargo, dos elementos nuevos: a) no hay asignatura alternativa, de modo que desaparece la *ética* impartida solo para quienes no soliciten enseñanza de religión. En su lugar y manteniéndose, por tanto, un vestigio de *alternatividad*, se establece que quienes no deseen cursar estas enseñanzas deberán realizar *actividades de estudio orientadas por un profesor en relación con las enseñanzas mínimas de las áreas del correspondiente ciclo*. b) La religión es asignatura evaluable, pero las calificaciones no serán tenidas en cuenta cuando los expedientes académicos deban entrar en concurrencia a efectos de convocatorias realizadas por las Administraciones públicas dentro del sistema educativo. Así pues, sólo en el sustrato no afectado por la igualdad se aplica el régimen común al conjunto de las asignaturas ordinarias.

Este régimen sigue trayendo causa, según la ley, del mismo sustrato fundamental: la bilateralidad. La Disposición Final Segunda de la LOGSE hace depender el sistema del Acuerdo alcanzado con la Santa Sede y de los pactos que pudieran suscribirse con las confesiones dotadas de notorio arraigo en España, que no se alcanzarán hasta 1992. *Bilateralidad y no constitucionalidad* es el fundamento último del sistema, es decir, la enseñanza de la religión no está situada en el núcleo de las enseñanzas fundamentales por aplicación de los principios constitucionales que rigen el sistema educativo; antes bien, entra a formar parte de las enseñanzas mínimas por virtud de lo dispuesto en una norma legal que aplica el pacto alcanzado con la Iglesia católica.

(3) El modelo LOGSE sufre posteriormente una adaptación a causa de la aguda conflictividad jurisdiccional que se produce por sendas sentencias del TS de 1994 que resuelven los recursos presentados contra los RRDD de desarrollo. El problema de fondo que se plantea por parte de los recurrentes es que no se cumple el requisito de *equiparabilidad* previsto en AEAC. Así, cursar religión supondría un gravamen para los alumnos que lo solicitan toda vez que la alternativa no es otra asignatura, no tiene suficiente entidad, resulta poco concreta y no se evalúa.

El TS resuelve los recursos decretando la ilegalidad del modelo. Se aprecia la falta de equiparabilidad y también la lesión del principio de igualdad, pero no por las razones esgrimidas por los recurrentes, sino porque la opción alternativa coloca a quienes la elijan en posición de adquirir mejor formación en las enseñanzas mínimas que aquellos alumnos que cursen religión.

El RD 2438/1994, de 16 de noviembre modifica correspondientemente el sistema en vigor. Manteniendo la no evaluabilidad de la religión por las causas de concurrencia previstas, la alternativa se modifica en ejecución de lo dicho por el TS: no podrá recaer sobre los contenidos de las enseñanzas mínimas, sino que tendrá por finalidad facilitar el conocimiento de determinados aspectos de la vida cultural y social. Se introduce también la novedad de una asignatura sobre los aspectos conexos a la religión como hecho cultural en dos cursos de la enseñanza secundaria obligatoria y en el bachillerato.

(4) Con la promulgación de la LOCE en 2002 se produce una profunda innovación del sistema. El nuevo modelo establece la creación de un área o asignatura obligatoria de *Sociedad, Cultura y religión* con dos opciones, confesional y no confesional, de oferta obligada para los centros y que los alumnos deberán cursar en una de las dos opciones. Fuera de ciertos contenidos comunes para ambas vías, las autoridades académicas fijarán el contenido de la opción no confesional y las religiosas, en función de lo previsto en los acuerdos concluidos por el Estado, los correspondientes a la opción confesional. Las enseñanzas son evaluables como cualquier asignatura ordinaria, sin perjuicio de la excepción prevista para los casos de concurrencia. Este sistema no afecta a la educación preescolar e infantil, en las que solo se incluirá enseñanza de la religión para los alumnos cuyos padres la soliciten.

La novedad es que por primera vez se instala un régimen común en la historia del sistema. En efecto, por primera vez el Estado incorpora como obligación propia, no derivada de compromisos externos, la de ofrecer en sus centros una asignatura única de contenido religioso. El modelo de alternativa se sustituye por un modelo de opción. Sin perjuicio de lo que luego se dirá, la religión se convierte en un factor apreciado por el Estado en lo relativo a la formación de los ciudadanos en los términos del art. 27. 1 de la CE.

(5) Lo dispuesto en la LOCE no llegó a concretarse a causa de la paralización del calendario de reformas que llevó consigo el cambio de las mayorías políticas. En 2006 entra en vigor la LOE, que hace un paréntesis del sistema anterior y enlaza de nuevo con el modelo LOGSE. La enseñanza de la religión se regula en la clásica Disposición Adicional Segunda con remisión al AEAC y los Acuerdos de Cooperación confesionales. Los RRDD de desarrollo (1531/2006, de 7 de diciembre; 1630/2006, de 29 de diciembre; 1631/2006, de 29 de diciembre; 1467/2007, de 2 de noviembre) establecen que los centros dispondrán las medidas educativas necesarias para proporcionar la debida atención

educativa a los alumnos que no hayan optado por cursar las enseñanzas de religión. Las calificaciones no serán tenidas en cuenta en supuestos de concurrencia de expedientes.

También hay que poner de manifiesto que la LOE implantó el estudio de una disciplina con el título de *Educación para la ciudadanía*. Esta asignatura debía impartirse de manera obligatoria en uno de los cursos del tercer ciclo de educación primaria y en uno de los tres primeros cursos de educación secundaria obligatoria, así como en el último curso de esta etapa educativa (*educación ético – cívica*).

3. Los requerimientos legales sobre la asignatura de religión.

Conviene ahora despejar algunas cuestiones antes de entrar en el fondo del asunto que interesa a este apartado del recurso.

En primer lugar, procede afirmar que la presencia de la religión en la escuela no viene exigida por la CE. Su art. 27.2, del que se ha dicho que define el ideario democrático constitucional, vincula el objeto de la educación al “pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

Este ideario es el único que está constitucionalizado, y lo está con tal fuerza normativa que, por un lado, exige la acción positiva de los poderes públicos en su aplicación y, por otro, excluye la posibilidad de una educación que tenga como objeto cualesquiera otros elementos que excedan el ideario democrático constitucional. Quedan excluidas, por tanto, aquellas fórmulas que tienen como objeto la formación en las doctrinas religiosas que, al decir del TC, solo pueden actuar “desde la ortodoxia de las diversas confesiones” (STC 128/2007, de 4 de junio, FJ 9 c).

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión de una manera contundente frente al argumento de que el art. 27 CE contendría un “auténtico y completo sistema educativo”, de modo tal que el pleno desarrollo de la personalidad, que es el verdadero objeto de la educación, implicaría “necesariamente que también todos accedan o bien a una formación religiosa o bien a una formación moral aconfesional, sin alguna de las

cuales sería difícilmente asumible la idea de un pleno desarrollo de la personalidad humana". En contra de este planteamiento, el Alto Tribunal entiende que el texto constitucional asigna a la finalidad de la educación "un contenido que bien merece la calificación de moral, entendida esta noción en un sentido cívico y aconfesional... Este ámbito subjetivo y teleológico de la educación, fijado en los apartados 1 y 2 es el que delimita el sistema unitario y obligatorio que a todos alcanza. Más allá, el apartado 3, se mueve ya en el terreno de la relevancia de las convicciones de cada cual, siendo el mensaje constitucional que de él se deriva el del respeto a la libertad de los ciudadanos para que puedan elegir para sus hijos una formación religiosa y moral de acuerdo con aquéllas, entendido esto como un plus, que atiende a quienes tienen creencias religiosas o valoraciones morales específicas, que siendo compatibles con los objetivos descritos en el apartado 2 como obligatorios para toda educación, sin embargo no están comprendidos necesariamente en los mismos..." (STS de 31 de enero de 1997, FJ 2; en el mismo sentido, STS de 26 de enero de 1998, FJ 2).

Incluso, este derecho de los padres a definir la educación religiosa y moral de sus hijos está subordinado y tiene su límite en el derecho de los hijos a recibir una educación integral. Así lo ha establecido el TS (STS 260/1994, de 3 de octubre, FJ 1) en doctrina dictada desde la STC 24/1982 y apoyada en las normas internacionales. La jurisprudencia del TEDH apoya dicha posición (STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Kjeldsen, Busk, Mandsen y Padersen*; STEDH de 25 de febrero de 1982, caso *Campbell y Cosans*), mientras que, en el mismo sentido, el TC considera expresamente que la formación de ciudadanos responsables en la igualdad, la tolerancia y el respeto a los derechos de los demás para la participación en la sociedad plural "integra el contenido de la dimensión prestacional del derecho del niño a la educación" (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 7.b).

Así pues, la enseñanza de la religión no está constitucionalizada. Ello no quita, sin embargo, para que la presencia de la religión en la escuela encuentre un apoyo en el principio constitucional de cooperación establecido en el art. 16.3. Sin embargo, es preciso indicar que la CE, que manda a los poderes públicos "cooperar con la Iglesia

católica y las demás confesiones”, no predetermina un modo concreto de cooperar, de modo que la cooperación es “un cauce posible” para justificar la inserción en el itinerario educativo (STC 128/2007, de 4 de junio, FJ 5), pero no necesariamente un cauce obligado. En definitiva, se trata de una opción del legislador, con amparo constitucional, pero que no forma parte del núcleo requerido por el objeto de la educación.

En cambio, sí se incorpora a nuestro ordenamiento el establecimiento de la enseñanza de la religión en el sistema escolar mediante un compromiso de carácter bilateral, ya incluido en un tratado internacional (AEAC), ya reflejado en la legislación ordinaria, pero también en este caso como producto del principio de participación (Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre que aprueban los acuerdos con las confesiones de notorio arraigo en España).

Mucho se ha escrito sobre el alcance de este compromiso y, en concreto, sobre el alcance de la equiparabilidad de la asignatura de religión con las demás asignaturas fundamentales previsto en AEAC. Baste decir que, en opinión de los recurrentes, equiparabilidad no es identidad, sino semejanza, de modo que la implantación de asignatura de religión no tiene que seguir linealmente los parámetros que afectan a las demás asignaturas fundamentales, p. ej., en cuanto a evaluación u otras condiciones de la prestación. Se trata más bien de una fórmula indeterminada relacionada con la idea de equivalencia (Dictamen del Consejo de Estado 1742/1994 sobre el RD 2438/1994, de 16 de noviembre; STS de 26 de enero de 1998 y STS de 14 de abril de 1998). Esta condición debe referirse a los aspectos organizativos de la enseñanza que aseguren la posibilidad de oferta en condiciones equivalentes a otras disciplinas fundamentales. En este sentido, el TS ha dicho que la garantía del derecho a recibir la enseñanza religiosa supone la exigencia de que los centros tengan dispuestos los medios personales y materiales para ello cuando la demanda de esta enseñanza se produzca (STS de 3 de febrero de 1994).

Esta cuestión es un punto clave en el complejo problema de la enseñanza religiosa en el sistema educativo español, pero no es objeto del presente recurso cuestionar la constitucionalidad de AEAC, en sí mismo o en algunas de sus concreciones. Tan sólo se plantea aquí, a los efectos que luego se dirán, el modo en que el Estado organiza una

prestación que no viene constitucionalmente exigida, sino que es fruto de un compromiso político.

4. Los supuestos de inconstitucionalidad de la LOMCE.

El problema de fondo que, en opinión de los recurrentes, plantea la LOMCE en este aspecto es la *equiparación material entre la asignatura de religión y la asignatura de Valores Sociales y Cívicos /Valores Éticos*. Y ello por un doble motivo: a) por causa de la propia equiparación, que eleva la condición de la asignatura de religión y fusiona dos planos que no pueden confundirse; b) por la discriminación que produce para los alumnos que han elegido cursar religión, que no pueden acceder a las enseñanzas de valores éticos y ciudadanos.

Este planteamiento no es casual ni tampoco nuevo, en su raíz, para el sistema educativo español, antes bien, forma parte de una posición confesional bien conocida en la sociología española y en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia. Es precisamente esta línea argumental la posición mantenida por los recursos introducidos por diversas entidades de confesionalidad católica frente al sistema LOGSE y que se inscribe en una línea de pretendida equiparación constitucional, cuyo hito fundamental es el sistema regulado por LOCE, que ha quedado desautorizado por el TS (STS de 31 de enero de 1997 y concordantes). En opinión de los recurrentes, esta es la posición que se manifiesta en otros extremos no menos importantes de la propia LOMCE, como son la desaparición de la asignatura Educación para la Ciudadanía, la introducción de la referencia a la libertad de enseñanza en el art. 1 q) o el reforzamiento que supone la introducción de un párrafo tercero en su Disposición Adicional Segunda, que en nada significa innovación legal, sino que parece salir al paso de ciertas dificultades que a lo largo del proceso de aprobación de los textos educativos de religión han surgido en algunos momentos de la historia.

Pues bien, el mencionado planteamiento contradice, en opinión de los recurrentes, el contenido de la CE por las dos vías indicadas con anterioridad:

1ª. Antes se ha dicho que la formación religiosa no forma parte del núcleo educativo referido por el art. 27. 2 CE. Conviene ahora afirmar que es el propio entramado constitucional el que impide equiparar a estos efectos (como a otros) valores cívicos y religiosos, religión y comportamiento ciudadano, ética y religión.

La CE ampara sin duda la secularización de los valores sociales que fundamentan la convivencia ciudadana (que no la ausencia de valores morales, civiles y políticos) y la autonomía de las iglesias frente al Estado y del Estado frente a las organizaciones religiosas. Sin perjuicio de las impurezas de la fórmula del art. 16.3, inciso primero de la CE, que ha puesto de manifiesto la doctrina, es notorio que incorpora la separación entre Estado y fenómeno religioso y la imparcialidad de los poderes públicos ante las ideas y convicciones de los ciudadanos que protege el párrafo 1 del propio artículo.

Esta neutralidad o imparcialidad es ampliamente recogida por la jurisprudencia constitucional desde algunos de sus pronunciamientos más tempranos. La STC 5/1981, de 13 de febrero, considera que la aconfesionalidad (o laicidad), que comprende la neutralidad y la separación, junto con el pluralismo y la libertad ideológica y religiosa, son el fundamento del modo de comportarse las instituciones públicas, precisamente en materias tan sensibles como la enseñanza, de la que se reclama como "característica necesaria" la neutralidad de los poderes públicos (FJ 9). La STC 154/2002, de 18 de julio considera que el fundamento de la neutralidad es precisamente la libertad religiosa (FJ 6).

Esto quiere decir que el Estado no puede realizar juicio de valor alguno sobre la religión. Neutralidad significa ausencia de valoración, negativa o positiva de la religión y, por ello, los poderes públicos no pueden tomar la doctrina religiosa como referencia de su manera de actuar. Por eso el TS, como se ha visto, considera el factor religión como un plus superpuesto sobre el sustrato común e ineludible de la formación obligada para garantizar el libre desarrollo de la personalidad (STS de 31 de enero de 1997, cit.). Colocar la enseñanza de la religión, valga decir, la doctrina religiosa al mismo nivel que la moral común, que comprende el núcleo compartido de los principios constitucionales que rigen la convivencia, entraña cuando menos una valoración positiva de las doctrinas religiosas que pone en peligro la neutralidad.

En otro orden de cosas, pero en la misma línea argumental, el TC ha establecido claramente la doctrina según la cual Estado y religión se sitúan en planos distintos. “El art. 16.3 de la Constitución proclama que ninguna confesión tendrá carácter estatal e impide por ende... que los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos. Al mismo tiempo, el citado precepto constitucional veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y función pública...” (STC 24/1984, de 13 de mayo, FJ 1). Así pues, los criterios religiosos no pueden incorporarse a la definición de la legalidad, como hizo el sistema confesional implantado en épocas pretéritas. Pero, además, las organizaciones religiosas no están facultadas para actuar como entidades públicas porque “en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado” (STC 340/1993, de 16 de noviembre, FJ4), de la misma manera que “el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso” (STC 24/1982, de 13 de mayo FJ 1). Esta doctrina ha sido ampliamente utilizada por la jurisprudencia del Alto Tribunal y constituye el fundamento de alguno de sus pronunciamientos más importantes en la materia (STC 46/2001, de 15 de febrero).

La imposibilidad de equiparación entre Estado y confesiones religiosas, la interdicción de la confusión de planos, la distinción de fines y la necesidad de evitar la trascendencia al campo de funcionamiento de los poderes públicos de las doctrinas religiosas, todo ello, como se ha visto, constitutivo de doctrina constitucional firme, ponen de manifiesto que no es posible equiparar para situarlas al mismo nivel dos enseñanzas que tienen naturaleza y raíz netamente diferenciados y cuyos contenidos se fijan, en un caso, por el sistema público y, en otro, por organizaciones que no pueden situarse en esa posición por imperativo constitucional.

A ello no se opone el mandato de cooperación incluido en el art. 16.3 de la CE. La cooperación no puede limitar la libertad ideológica y religiosa ni tampoco la separación o la neutralidad, que no pueden ser sólo parciales. La CE ordena cooperar con las confesiones religiosas porque considera que para la mejor realización del derecho de

libertad de conciencia de los individuos, en su faceta religiosa, se requiere el mantenimiento de relaciones de cooperación con las organizaciones que los agrupan, todo ello para atender lo previsto en el art. 9.2 (igualdad y libertad sustanciales y no sólo formales) y en el marco de los principios constitucionales de acuerdo con la doctrina constitucional expresada en STC 128/2007, ya aludida.

En conclusión, el legislador, al equiparar las asignaturas Religión y Valores Sociales y Cívicos/ Valores Éticos a efectos de elección por los alumnos, arbitra una fórmula que, no siendo requerida por la CE, es contraria a lo dispuesto en la norma fundamental. Sin este requerimiento constitucional, asume aquí el Estado como obligación propia el compromiso de introducir la asignatura de religión en el sistema educativo, que sólo está amparado en la vía de la convención bilateral y por supuesto sujeto en su aplicación a los principios constitucionales.

2ª. Como se ha apuntado anteriormente, el régimen implantado supone que los alumnos y alumnas que opten por Religión no pueden recibir enseñanzas de la asignatura que cubre los valores constitucionales y sufren, por tanto, discriminación. El Consejo de Estado llama la atención sobre el particular: "...Hay que advertir que la proyectada reforma establece como optativa a la "Religión" la materia de "Valores Culturales y Sociales" o "Valores Éticos", de modo que su mantenimiento, en su caso, discriminaría a los alumnos que al elegir la primera no cursarán asignatura alguna sobre valores sociales y éticos a lo largo de toda su formación" (Dictamen 172/2013, de 18 de Abril, sobre el Anteproyecto LOMCE, p. 174).

Parece claro que con esta regulación se apunta a la definición de pautas éticas o morales en el espacio público a través de doctrinas laicas o religiosas situadas en el mismo nivel. O, lo que es lo mismo, se estudiarían supuestamente en el currículo escolar un conjunto de pautas o criterios de comportamiento que, pudiendo ser formulados desde una perspectiva de moral general o desde una perspectiva religiosa, adquieren sin embargo el mismo valor como fundamento del sistema de convivencia.

Pero, además, al establecerse la opción excluyente (con el matiz al que luego se aludirá), se impone a quienes se encuentran afectados por su opción religiosa un modo de entender las virtudes ciudadanas *basado* en doctrinas religiosas y *formulado* por autoridades confesionales. Hay una vuelta al sistema histórico de alternativa religión – ética, que ahora discrimina en sentido inverso: ya no se trata de que unos alumnos se vean compelidos a cursar una disciplina escolar por virtud del ejercicio por otros de su derecho de opción, sino que ahora quienes se ven abocados a un injustificado gravamen son aquellos mismos alumnos que por el ejercicio de su derecho quedan excluidos de la posibilidad de acceso a otros estudios que constituyen una exigencia fundamental en la CE.

El asunto así formulado no es obviamente, menor, pero tampoco es baladí plantear que lo que está en juego no son perspectivas diferentes de un mismo elemento, porque no hay equivalencia posible. Si es necesario estudiar los valores que constituyen el fundamento de la convivencia, tendrán que hacerlo todos los alumnos, sin que la perspectiva confesional pueda sustituir a la perspectiva constitucional convirtiéndose en *modalidades didácticas* de la misma disciplina.

La perspectiva común no es posible a menos que se diluya la naturaleza de los valores constitucionales. La cuestión se vería claramente si ya pudiera contarse con los objetivos educativos formulados a través de los “Elementos básicos del currículo”, que deberán establecerse reglamentariamente para las diversas etapas educativas. Sin embargo, el problema ya queda patente en la propia letra de la Ley. Cuando el legislador proclama como objetivos de la educación primaria, entre otros, preparar para el ejercicio de la ciudadanía, formar en el respeto a los derechos humanos o desarrollar el “pluralismo propio de una sociedad democrática” (art. 17.a) no está pensando en descargar la responsabilidad de formación en otra dimensión que no sea la constitucional. Cuando la Ley se refiere a la práctica de la tolerancia, el ejercicio del diálogo para afianzar los derechos humanos “como valores comunes de una sociedad plural” y de “prepararse para el ejercicio de la ciudadanía democrática” como objetivos de educación secundaria obligatoria (art. 23. a), no está pensando en delegar estas funciones hacia vías

confesionales. Y lo mismo cabe decir de los objetivos del bachillerato: "Ejercer la ciudadanía democrática desde una perspectiva global y adquirir una conciencia cívica responsable inspirada en los valores de la Constitución española..." (art. 33 a). En todos estos aspectos, como es tantos otros, no es posible proporcionar desde una opción confesional una formación equivalente a la que proporciona la enseñanza no confesional. El entramado constitucional está formado por principios no siempre trasladables sin matices al ámbito religioso doctrinal, pero la pretensión de su tratamiento con perspectiva unitaria es prácticamente imposible de aplicar en la mayoría de los casos. Todo ello provocaría una confusión entre sujetos, actividades y fines religiosos y públicos cuya prohibición está advertida por el Tribunal Constitucional (STC 46/2001, de 15 de febrero).

No enerva este argumento la posibilidad que ofrece la Ley de cursar la asignatura alternativa por la vía de las enseñanzas específicas prevista en los arts. 18 c), 23 *bis* c) y 25. Se trata aquí tan sólo de abrir la posibilidad de elección de una asignatura optativa como materia no troncal, que, por otra parte, puede no existir, porque está condicionada a la regulación y programación educativas.

En definitiva, el régimen implantado da lugar a una posición diferenciada entre quienes accedan a la Religión y quienes opten por Valores Sociales y Cívicos /Valores Éticos, con discriminación de los primeros, porque la segunda se ajusta mejor (y, además, exclusivamente, cabría decir) a los objetivos de formación de la personalidad y libre desarrollo de la persona constitucionalmente previstos. Y ello es más grave aún cuando el régimen se extiende también a la educación primaria, etapa educativa que no estaba incluida en anteriores regulaciones (Dictamen 172/2013 del Consejo de Estado, cit., p.173).

Esta línea argumental pone de manifiesto que la medida de supresión de la asignatura "Educación para la ciudadanía" que adopta la LOMCE no es en absoluto inocua, antes bien, debilita sustancialmente la formación en los valores constitucionales.

El Consejo de Estado también se pronuncia en el mencionado Dictamen sobre la cuestión en base a dos criterios: por un lado, "en aras a la educación integral a que se refiere el art. 27.2 de la Constitución" (p. 66) denuncia que los alumnos pueden no haber cursado

la asignatura que la sustituye “a lo largo de toda su formación obligatoria y postobligatoria” (*ibid.*, p. 67); por otra parte, reclama la inclusión de una asignatura sobre el aprendizaje de los valores democráticos y de la participación democrática como consecuencia de los acuerdos y recomendaciones, suscritos por España, del Consejo de Europa y de la Unión Europea, desoyendo las razones del Preámbulo de la Ley que justifican la ausencia de la asignatura en “el contexto del cambio metodológico” que, al parecer, exige abordar estos contenidos de forma transversal (Preámbulo, XIV).

Ciertamente, la enseñanza ha de servir primordialmente a los valores que constituyen el llamado “ideario educativo constitucional”. El TC ha declarado que el derecho de todos a la educación reclama de los poderes públicos una tarea propia que “no se contrae a un proceso de mera transmisión de conocimientos..., sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y las capacidades de los alumnos... y comprende la formación de los alumnos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural... en condiciones de igualdad y tolerancia...” (STC 133/2010, de 2 de diciembre). Aunque se trata de un supuesto relativo a la escolarización obligatoria, permite insistir, como hace alguna doctrina, en que la mejor manera de asegurar la formación integral constitucionalmente requerida es mediante una asignatura específica, especialmente cuando se configura el acceso a hipotéticos contenidos más o menos semejantes como una alternativa a la religión.

5. Recapitulación conclusiva.

De acuerdo con los argumentos anteriores, se solicita del Tribunal Constitucional la **declaración de inconstitucionalidad del sistema implantado en LOMCE y en concreto de lo previsto en las disposiciones nueve, quince y dieciséis del artículo único de la LOMCE por las que se reforman los artículos 18, 24 y 25 LOE para la enseñanza de las asignaturas Religión y Valores Culturales y Cívicos / Valores éticos, todo ello sin perjuicio de la necesaria adecuación a la legalidad constitucional del régimen que pudiera establecerse, en sustitución del actualmente previsto, por aplicación de la Disposición Adicional Segunda de la Ley.**

IV. Separación de alumnos por itinerarios en la Educación Secundaria Obligatoria. Impugnación de determinadas disposiciones contenidas en los nuevos artículos 27 LOE (regulado en la disposición dieciocho LOMCE de su artículo único); 28 (regulado en la disposición diecinueve de su artículo único); 30 (regulado en la disposición veintiuno de su artículo único); 41 (regulado en la disposición treinta y cuatro de su artículo único); y 42 (regulado en la disposición treinta y cinco de su artículo único).

1. Separación por itinerarios en la educación secundaria obligatoria.

La disposición diecinueve del artículo único de la LOMCE incorpora una nueva redacción del artículo 28 de la LOE, cuyo apartado siete, en su segundo párrafo, contiene la configuración de un modelo de itinerarios:

“7. [...]

Al final de cada uno de los cursos de Educación Secundaria Obligatoria se entregará a los padres, madres o tutores legales de cada alumno o alumna un consejo orientador, que incluirá un informe sobre el grado de logro de los objetivos y de adquisición de las competencias correspondientes, así como una propuesta a padres, madres o tutores legales o, en su caso, al alumno o alumna del itinerario más adecuado a seguir, que podrá incluir la incorporación a un programa de mejora del aprendizaje y el rendimiento o a un ciclo de Formación Profesional Básica.”

En la educación básica obligatoria son dos, por lo tanto, los itinerarios que el alumnado puede seguir al margen del ordinario: un Programa de mejora del aprendizaje y el rendimiento o un ciclo de Formación Profesional Básica (fuera de nuestra impugnación quedaría una tercera opción, que podría considerarse como itinerario, prevista para el último curso de la educación secundaria y que permite a los padres, madres, tutores legales y, en su caso, al alumnado, la opción de elegir entre enseñanzas académicas para la iniciación del bachillerato o enseñanzas aplicadas para la iniciación de la formación profesional, art. 25).

2. Régimen jurídico del itinerario relativo al Programa de mejora del aprendizaje y el rendimiento.

Para una mejor comprensión de la impugnación, conviene detenerse en el régimen jurídico del Programa de mejora del aprendizaje y el rendimiento. Queda definido, además de por el precepto transcrito, por el nuevo artículo 27, redactado según la disposición dieciocho. En concreto, el Programa de mejora del aprendizaje y el rendimiento se configura por sus destinatarios, el objetivo que persigue, el contenido para alcanzar ese objetivo y la forma de la decisión para incluir al alumnado en el itinerario.

Respecto a los destinatarios, el nuevo artículo 27, en su apartado segundo, utiliza dos variables, el estadio de la educación en el que se encuentra el alumnado y sus capacidades. En el primer caso, pueden incorporarse al Programa los alumnos y alumnas “que hayan repetido al menos un curso en cualquier etapa, y que una vez cursado el primer curso de Educación Secundaria Obligatoria no estén en condiciones de promocionar al segundo curso, o que una vez cursado el segundo curso no estén en condiciones de promocionar al tercero” (apartado 2); de manera excepcional, también podrán incorporarse “aquellos alumnos y alumnas que, habiendo cursado tercer curso de Educación Secundaria Obligatoria, no estén en condiciones de promocionar al cuarto curso” (apartado 2). Respecto al segundo criterio se determina que “[e]stos programas irán dirigidos preferentemente a aquellos alumnos y alumnas que presenten dificultades relevantes de aprendizaje no imputables a falta de estudio o esfuerzo.” (apartado 3). En definitiva, en cuanto al elemento subjetivo, la inclusión de los alumnos y alumnas dentro de este itinerario se puede producir desde los catorce años (segundo curso de la educación secundaria), cuando hayan repetido una vez en primaria y vayan a repetir otro curso, y cuyas dificultades de aprendizaje no sean imputables a la falta de estudio o esfuerzo.

El objetivo o finalidad del itinerario, según el apartado primero del artículo 27 sería “[...] que los alumnos y alumnas puedan cursar el cuarto curso por la vía ordinaria y obtengan el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria.” En cuanto al contenido de este itinerario, el apartado primero del artículo 27 remite a una decisión posterior de

naturaleza gubernamental para fijar las condiciones básicas de los requisitos de los Programas de mejora de aprendizaje y del rendimiento. La ley únicamente indica que tales programas podrán establecer una metodología específica de contenidos, actividades prácticas y materias. Por último, en lo atinente a la decisión, el apartado segundo del artículo 27 regula “una propuesta” del equipo docente a los padres, madres o tutores legales, o en su caso -sin determinar qué casos- al alumnado.

3. Régimen jurídico del itinerario relativo a Formación profesional básica.

El régimen jurídico de la Formación profesional básica se define en las disposiciones veintiuno y treinta y cuatro, que regulan los nuevos artículos 30 y 41, y abarca las condiciones subjetivas, finalidad, el contenido y la decisión para la incorporación del alumnado en este itinerario.

Las condiciones subjetivas para acceder a la Formación profesional básica vienen recogidas en el apartado primero del artículo 41, que requiere “a) Tener cumplidos quince años, o cumplirlos durante el año natural en curso, y no superar los diecisiete años de edad en el momento del acceso o durante el año natural en curso”; y “b) Haber cursado el primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria o, excepcionalmente, haber cursado el segundo curso de la Educación Secundaria Obligatoria.”. Se establece, por tanto, un requisito de edad –entre quince y diecisiete años- y un estadio académico –haber cursado al menos el segundo curso de Educación Secundaria Obligatoria”.

La ley no contiene una definición expresa de cuál sea la finalidad de este itinerario alternativo a la educación secundaria obligatoria ordinaria. Así las cosas, su finalidad habrá de deducirse de la atribuida a la formación profesional en el artículo 39, sea la general en la versión no modificada de su apartado primero, capacitar “[...] para el desempeño cualificado de las diversas profesiones, el acceso al empleo y la participación activa en la vida social, cultural y económica [...]”, sea la específica de la formación profesional en el sistema educativo, que según la nueva versión del apartado segundo del artículo 39 sería “[...] preparar al alumnado para la actividad en un campo profesional y

facilitar su adaptación a las modificaciones laborales que pueden producirse a lo largo de su vida, contribuir a su desarrollo personal y al ejercicio de una ciudadanía democrática, y permitir su progresión en el sistema educativo y en el sistema de formación profesional para el empleo, así como el aprendizaje a lo largo de la vida.”. Sin olvidar que, respecto a la formación profesional básica, además de los objetivos generales del apartado primero del artículo 41, en su apartado segundo se dispone que sirve para que “[...] el alumnado adquiera o complete las competencias del aprendizaje permanente”. El contenido de la Formación profesional básica está detallado en el apartado cuarto del nuevo artículo 42, que especifica la duración, el contenido y la organización de la oferta. Sin embargo, nada se dice de los motivos que justificarían la derivación de un alumno hacia este itinerario. Tanto el apartado siete del nuevo artículo 28, como las condiciones dispuestas en el apartado primero del artículo 41, se limitan a prever una “propuesta del equipo docente” a los padres y madres del alumnado, o sus tutores legales, pero sin determinar las razones precisas y concretas que han de motivar esta decisión más allá de una referencia genérica a cuando “ [...] el grado de la adquisición de las competencias así lo aconseje”, recogida en el artículo 30.

4. La regulación de los itinerarios en el contexto del derecho fundamental a la educación.

Es obvio que el alumnado se encuentra de forma destacada entre los titulares del derecho fundamental que la Constitución reconoce a “todos” (artículo 27.1). El dato de que el alumnado ejerza su derecho a la educación de modo natural a través de sus padres, al menos en los primeros años, plantea algunas singularidades, pero no oculta que se trata de un derecho que define prioritariamente la posición jurídica de los niños y los adolescentes. Concretamente, en los diversos contenidos que se reúnen en el artículo 27, el derecho/deber a la enseñanza básica obligatoria espiga como uno de los elementos claves que va a definir el estatus constitucional del alumnado, esto es, ese contenido esencial sin el cual el derecho a la educación se hace irreconocible o los intereses que protegen son escamoteados.

Dentro de ese derecho/deber a la educación básica obligatoria, sin ánimo de exhaustividad y desde la perspectiva de su tratamiento como derecho, dejando al margen su consideración de deber, al alumnado le asistirían al menos la siguientes facultades: la facultad de reivindicar a los poderes públicos la provisión de una plaza dentro del sistema educativo, que le sea accesible en forma y tiempo razonable, es decir, que no suponga para el alumno un esfuerzo desproporcionado de medios y tiempo acceder al centro donde se le ha otorgado la plaza; la facultad para solicitar un centro educativo y que el proceso de selección se desarrolle conforme a condiciones previstas en la ley, objetivas y razonables; asimismo, el alumnado goza de la facultad para disfrutar de esa plaza de manera gratuita; igualmente, el alumnado tiene la facultad de oponerse a terceros, incluidos los padres, que impidan su adecuada escolarización; una vez escolarizado y a lo largo de la enseñanza básica obligatoria, el alumnado posee el derecho a estar sujeto a un mismo currículum (objetivos, competencias, contenidos, metodología y criterios de evaluación); finalmente, el alumno, atendiendo a su grado de madurez, tiene la facultad de participar en las decisiones educativas que le afecten en términos curriculares.

A los efectos de este recurso, resulta especialmente importante detenernos en las dos últimas facultades del derecho a la educación del alumnado, referidas al currículum. La igualdad exigida por nuestra Constitución, sea en su vertiente de igualdad ante la ley o igualdad en la ley, se proyecta de manera singular en el campo de la educación a través de ese mandato de educación básica obligatoria. En efecto, todos los niños y niñas, independientemente de sus condiciones personales, familiares o sociales han de ser escolarizados y cursar una enseñanza que por definición de "básica" tiende a conformar un currículum potencialmente idéntico. Proclamar el derecho a una educación básica obligatoria, para luego diseñar *currícula* distintos según la condición personal, familiar o social de los niños, sería una contradicción que desbarataría el sentido constitucional de la educación básica obligatoria. La Constitución sigue así la línea marcada por los científicos de la educación, que imputan efectos devastadores a la selección del alumnado y a su separación en la educación básica: potencia las desigualdades de partida presentes en la sociedad, a la vez que perjudica de modo irremediable al alumno (OECD, *Equity and Quality in Education: Supporting Disadvantaged Students and Schools*, OECD publishing,

2012, págs. 56 y sigs.). Este presupuesto, sin embargo, no niega absolutamente la posibilidad constitucional de diseñar diversos itinerarios curriculares dentro de la educación básica obligatoria. Ahora bien, le impone importantes requisitos de constitucionalidad formales y materiales.

Desde el punto de vista formal, no cabe duda de que la estipulación de itinerarios en la educación básica obligatoria, en cuanto que supone una modulación del currículum, afecta a los aspectos esenciales del derecho a la educación, esto es, delimita su ámbito y sus límites. Es así, pues las condiciones para ser ubicado en uno u otro itinerario, al igual que los objetivos, contenidos, metodología y evaluación de uno u otro itinerario, diferencian el estatus educativo del alumnado, su posición jurídica elemental frente a la administración y sus compañeros. En definitiva, el régimen jurídico del itinerario clasifica al alumnado con consecuencias presentes y futuras extraordinarias tanto para su formación como para su propio desarrollo profesional. Así las cosas, parece evidente que el diseño del régimen jurídico de los itinerarios está sometido a reserva de ley –regula el ejercicio de un derecho fundamental- y no puede quedar en manos de la administración y los particulares. Y, más aún, los elementos principales del régimen jurídico de esos itinerarios –las condiciones subjetivas de acceso, el régimen de la decisión para integrarse en ellos y los aspectos estructurales del currículum- son un desarrollo directo del derecho fundamental y, por ello, sometidos a reserva de ley orgánica.

Desde el punto de vista material, la ley que crea los itinerarios debe especificar, en primer lugar, los motivos que justifican la inclusión de un niño dentro de ellos y fuera del régimen común, motivos que además solo pueden fundarse en déficits que le impiden significativamente el seguimiento del currículum ordinario. Quedan así proscritos para fundar la inclusión en un itinerario los motivos directamente discriminadores; los motivos que siendo formalmente neutros en la práctica afectan a un grupo identificable por condiciones personales discriminatorias; los motivos imprecisos; o la ausencia de motivos, que no permiten a la administración una justificación del caso particular. En segundo lugar, el currículum que compone el itinerario separado del régimen común debe ser adecuado para responder a ese déficit. Y, en tercer lugar, la decisión que ubica a los

niños en el itinerario especial ha de ir precedida de un procedimiento transparente, en el que participen los padres y el alumno, y concluya con una decisión que aporte motivos específicos y concretos, y sea controlable jurisdiccionalmente.

5. La reserva de ley orgánica en el desarrollo directo de los derechos fundamentales y la reserva de ley en el ejercicio de los derechos fundamentales.

El derecho fundamental a la educación está sometido a una doble reserva de ley: orgánica para su desarrollo directo y de ley ordinaria para la regulación del ejercicio. Es importante retener a lo que interesa en este recurso, que con la reserva de ley orgánica, el constituyente ha querido imponer un tipo de ley frente a otras (estatales o autonómica) en la ordenación del “desarrollo directo” de un derecho fundamental. Como es sabido, para el Tribunal Constitucional esto significa que debe ser el legislador orgánico, y ningún otro (ni tampoco la administración o particulares, obviamente), el que ordene los “elementos o aspectos esenciales del derecho fundamental”, realizando así “la delimitación y definición legal del derecho”, en definitiva, la “previsión de su ámbito” y la “fijación de sus límites” (por todas, STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7). Por otro lado, la reserva de ley ordinaria para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales es esencialmente una garantía frente a la intervención del Gobierno y su Administración o de los particulares (función que también es predicable, lógicamente, de la reserva de ley orgánica). Con ella se asegura que las condiciones de tiempo, modo y lugar de ejercicio estén previstas en una disposición con rango de ley.

Establecida esta primera distinción, que tendrá una utilidad posterior, conviene recordar que el legislador, sea en el desarrollo directo o en la regulación del ejercicio, puede vulnerar un derecho fundamental al menos de tres maneras. En primer lugar, estableciendo una ordenación del derecho que lo hace impracticable en la medida que desprotege los intereses nucleares que garantizan el derecho o estipulando condiciones que no permiten reconocerlo en su concepto abstracto. En segundo lugar, delimitando y restringiendo el derecho con el uso de límites constitucionalmente ilegítimos. Y, en tercer

lugar, habilitando a la Administración o a los particulares para que estipulen el ámbito y los límites de un derecho fundamental.

Es esta tercera posibilidad de vulneración de un derecho fundamental por el legislador la que nos interesa subrayar a efectos de esta impugnación. Y, en concreto, bastaría con traer a la luz las contundentes afirmaciones de este Tribunal que tachan de inconstitucional los desapoderamientos legislativos y la habilitación de la intervención reglamentaria y administrativa en la definición de los límites de los derechos fundamentales:

“Por esta razón, cuando la Constitución no contempla esta posibilidad de que un Poder Público distinto al Legislador fije y aplique los límites de un derecho fundamental o que esos límites sean distintos a los implícitamente derivados de su coexistencia con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, es irrelevante que la Ley habilitante sujete a los poderes públicos en ese cometido a procedimientos y criterios todo lo precisos que se quiera, incluso si la Ley habilitante enumera con detalle los bienes o intereses invocables por los poderes públicos en cuestión, o que sus decisiones sean revisables jurisdiccionalmente (que lo son en cualquier caso, con arreglo al art. 106 CE). Esa Ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 CE), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro Poder Público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de Derecho (art. 1.1 CE). La fijación de los límites de un derecho fundamental, así lo hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un lugar idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente (SSTC 83/1984, de 24 de julio [RTC 1984, 83] , F. 4, 137/1986, de 6 de noviembre [RTC 1986, 137] , F. 3, 254/1994, de 21 de septiembre [RTC 1994, 254] , F. 5).” (STC 292/2000, de 30 de noviembre FJ 11).”

En definitiva, es el legislador (no el Gobierno y su Administración o los particulares), el órgano constitucional que debe determinar cuándo concurre el fin constitucional que justifica la restricción de un derecho fundamental, y debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias. Es este mandato de reglas precisas la que permite a la Administración motivar su decisión conforme a las razones previstas en la habilitación legal, así como justificar la proporcionalidad de su decisión. Solo de este modo logra el legislador cumplir su función de garantía del derecho fundamental y que éste no quede al mero albur de la voluntad de la Administración o de los particulares.

6. Argumentación de las concretas impugnaciones correspondientes a esta parte del recurso.

(a) Conforme a las precisiones y argumentos anteriormente expuestos, consideramos en primer lugar que el apartado uno del nuevo artículo 41 regulado en la disposición treinta y cuatro, y el apartado cuatro del nuevo artículo 42 regulado en la disposición treinta y cinco, ambas de la LOMCE, no respetan la reserva de ley orgánica en la ordenación del desarrollo directo del derecho a la educación.

El apartado uno del nuevo artículo 41, tal y como se ha señalado anteriormente, estipula las condiciones subjetivas para acceder a la Formación profesional básica. El apartado cuatro del nuevo artículo 42, a su vez, determina el currículum de la Formación profesional básica. Ambos preceptos, por lo tanto, ordenan aspectos esenciales – condiciones subjetivas y currículum- de un itinerario de la educación básica obligatoria, es decir, de un camino que separa a los alumnos del régimen educativo ordinario. En definitiva, los apartados uno y cuatro definen el ámbito del derecho a la educación del alumnado que es separado curricularmente del resto de compañeros. Esta separación, sus elementos esenciales, deben estar establecidos en disposiciones con naturaleza de ley orgánica.

La anterior conclusión no puede desbaratarse alegando que los aspectos esenciales de la Formación profesional básica estarían establecidos en el artículo 30, este sí con carácter de ley orgánica. Es obvio que ese artículo 30 no contiene ni las condiciones subjetivas para ser ubicado en ese itinerario, ni la finalidad del itinerario, ni los motivos, ni la especialidad curricular. Simplemente prevé una remisión al artículo 41.1 para el conocimiento de sus requisitos, artículo 41.1., que carece de naturaleza orgánica. En definitiva, los preceptos que ordenan los aspectos esenciales del itinerario Formación profesional básica, al carecer de naturaleza orgánica, incurren en inconstitucionalidad.

Es oportuno en este sentido comparar la regulación dada al otro itinerario, el Programa de mejora del aprendizaje y del rendimiento. La finalidad, condiciones subjetivas y currículum de este itinerario están previstas en el artículo 27, que sí posee carácter de ley orgánica de conformidad con la disposición ciento ocho de la Ley orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad de la enseñanza (si bien, como se verá más adelante los problemas de este precepto nacen por su escasa densidad). En fin, esta comparación sirve para poner de manifiesto que los aspectos esenciales del itinerario Formación profesional básica no poseen la debida naturaleza orgánica, padeciendo así vicio de inconstitucionalidad.

(b) En segundo lugar, consideramos igualmente que los apartados uno, dos y tres del nuevo artículo 27 estipulado en la disposición dieciocho de la LOMCE no regulan con la densidad necesaria aspectos del itinerario Programas de mejora del aprendizaje y del rendimiento, vulnerando así el mandato de reserva de ley en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (artículo 53.1 de la Constitución).

En las páginas anteriores se han alcanzado dos conclusiones que ahora basta con recordar. Primero, que de conformidad con el artículo 27.1 de la Constitución, el alumnado, una vez escolarizado y a lo largo de la enseñanza básica obligatoria, posee el derecho a estar sujeto a un mismo currículum (objetivos, competencias, contenidos, metodología y criterios de evaluación) y el derecho, atendiendo a su grado de madurez, de participar en las decisiones educativas que le afecten en términos curriculares.

Segundo, que la ordenación de estos elementos, en especial si se prevén itinerarios en la educación básica obligatoria, requieren de ley, pues se trata de criterios que modulan el ejercicio del derecho a la educación. No cabe duda de que la estipulación de itinerarios en la educación básica obligatoria, en cuanto que supone una alteración del currículum común, afecta a los aspectos esenciales del derecho a la educación, esto es, configura su ámbito y sus límites, así como a su ejercicio, pues lo condiciona distinguiéndolo del ejercicio ordinario. Los parámetros para ser ubicado en uno u otro itinerario, al igual que los objetivos, contenidos, metodología y evaluación de uno u otro itinerario, diferencian el estatus educativo del alumno, su posición jurídica elemental frente a la administración y sus compañeros. En definitiva, el régimen jurídico del itinerario clasifica al alumnado, con consecuencias presentes y futuras extraordinarias tanto para su formación como para su propio desarrollo profesional.

Desde la anterior premisa, el apartado uno del artículo 27, según la redacción dada por la LOMCE, sería una palmaria vulneración del mandato constitucional de reserva de ley en el ejercicio del derecho fundamental de educación. Como se hace evidente, tal precepto reenvía al Gobierno para definir las condiciones básicas de los requisitos de los programas, estableciendo sin más la referencia a que tales requisitos contendrán una metodología específica y en su caso materias diferentes. En definitiva, el legislador deja completamente en manos del Gobierno la regulación de las condiciones de un aspecto nuclear del itinerario como es su currículum. Dicho de la manera más clara posible: con la lectura de la ley se desconoce absolutamente en qué consistirán tales programas: ¿conllevarán distintas materias?, ¿supondrán la segregación de los alumnos en clases distintas?, ¿pueden reincorporarse al itinerario ordinario?, ¿cómo se evaluará su desempeño?, etc. Estos interrogantes básicos, que están resueltos en la ley para el itinerario ordinario, quedan incógnitos precisamente en un itinerario llamado a clasificar y distinguir a los alumnos.

(c) Sostenemos también, en tercer lugar, que los nuevos artículos 30 y 41, regulados en las disposiciones veintiuno y treinta y cuatro de la LOMCE, no regulan los motivos o

causas que derivan a un alumno hacia el itinerario Formación profesional básica, vulnerando así el mandato constitucional de reserva de ley en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (artículo 53.1 de la Constitución).

Nuevamente, debemos partir de las conclusiones alcanzadas en las páginas anteriores. El diseño de los itinerarios dentro de la educación básica obligatoria, en la medida que separan a los alumnos del régimen ordinario, supone el desarrollo directo del derecho y la regulación del ejercicio del alumnado a su derecho/deber a la educación básica obligatoria. Concretamente, ese desarrollo directo y regulación del ejercicio deben esbozar en términos suficientes las condiciones subjetivas que sitúan a un alumno en ese itinerario, el fin perseguido, la razón para situar a un alumno en ese itinerario y los elementos distintivos del currículum.

Pues bien, entre los citados elementos, ni el artículo 30 ni el artículo 40 disponen criterio alguno sobre los motivos que justificarían el traslado de un alumno desde el régimen común al itinerario de la Formación profesional básica. El artículo 30 regula la propuesta del equipo docente encaminada a justificar el emplazamiento de un alumno en ese itinerario, pero remite al artículo 41 respecto a los requisitos. Y en el artículo 41.1 encontramos condiciones subjetivas referidas a la edad y el estadio educativo en el que se debe encontrar, pero nada se dice respecto a los motivos o razones que deben sostener la decisión tan cualificada de separar a un alumno del régimen ordinario, que como es evidente tiene consecuencias de futuro especialmente relevantes. La decisión administrativa o paternal de conducir a un alumno hacia la Formación profesional básica no tiene en la ley condiciones o límites algunos ligados a motivos académicos (por ejemplo, repetición de cursos) y cognitivos del alumno (por ejemplo, dificultades de aprendizaje), más allá de un referencia en el artículo 30 “al grado de adquisición de las competencias”, que es inservible por genérica. Dicho de la manera más clara posible: el régimen jurídico dispuesto en la ley no permite saber cuál es la razón que ha de motivar la decisión de situar a un alumno en la Formación profesional básica; de este modo, un alumno que haya cursado el régimen ordinario con resultados óptimos –esto es, sin repetir ningún curso- podría ser separado del régimen ordinario y situado en la Formación

profesional básica. En definitiva, los nuevos artículos 30 y 41, regulados en las disposiciones veintiuno y treinta y cuatro de la Ley orgánica no regulan los motivos o causas que derivan a un alumno hacia el itinerario Formación profesional básica, vulnerando así el mandato de reserva de ley impuesto por la Constitución en el artículo 53.1.

(d) En cuarto lugar, entendemos por último que el apartado dos del artículo 27 regulado en la disposición dieciocho, el apartado 7 del artículo 28 regulado en la disposición diecinueve, el artículo 30 regulado en la disposición veintiuno y el apartado 1.c del artículo 41 regulado en la disposición treinta y cuatro, todas ellas de la LOMCE, vulneran el derecho fundamental del alumnado a participar en las decisiones claves que afectan a su currículum y el mandato de reserva de ley.

Los preceptos citados en el encabezamiento regulan el procedimiento y la decisión encaminada a situar a un alumno o alumna fuera del régimen ordinario de la educación básica obligatoria y dentro de uno de los dos itinerarios especiales. Así, el apartado siete del artículo 28 ordena en términos generales el procedimiento, que, si no lo entendemos mal, consistiría en una primera propuesta del equipo docente referida al itinerario a seguir (no es este en sentido estricto un órgano de la administración educativa, pero se entiende que lo componen el profesorado que concretamente enseña al alumno o alumna). La propuesta es recibida en todo caso por el padre y la madre (o tutores legales) que, entendemos, toman la decisión. Este mismo apartado parece abrir la participación del alumnado afectado cuando lo incluye limitadamente con la locución “en su caso”. No obstante, el precepto deja sin regular cuáles son los casos en los que el alumnado debe participar, en qué consiste su participación y cómo se resuelven los posibles conflictos con la posición de los padres. Más aún, cuando descendemos al régimen concreto de los Programas de mejora del aprendizaje y el rendimiento (apartado 2 del artículo 27) y de la Formación profesional básica (artículo 30), la participación del alumno o alumna afectado simple y llanamente desaparece.

Son dos los vicios de inconstitucionalidad que aquejan a este procedimiento para la decisión que separa al alumnado del régimen ordinario de la educación básica obligatoria. En primer lugar, vulnera el contenido esencial del derecho fundamental de “todos” a la educación, concretamente a la educación básica obligatoria. Como se ha señalado anteriormente, el derecho fundamental a la educación incluye el derecho del alumnado a participar en las decisiones curriculares clave, una de las cuales, sin duda, sería la de ser separado del régimen ordinario y situado en un itinerario especial, decisión que obviamente tiene consecuencias presentes y futuras evidentes. Esta facultad no es negada por el hecho de que normalmente el alumnado ejerza su derecho a la educación a través de la mediación de los padres, madres y/o tutores. La intervención necesaria de éstos no significa que el derecho les pertenezca en detrimento del alumnado, sino que simplemente coadyuvan a su mejor ejercicio (por todas, STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Es por ello que, aunque la ley otorgue de modo general la decisión a los padres, no puede prescindir en ningún caso de la participación del alumnado que se va a ver afectado por la decisión paternal. La participación del alumnado, que no tiene que conllevar la atribución de la competencia para decidir, sí que necesariamente debe incluir en todo caso la facultad del alumno o alumna de ser informado de las consecuencias de la propuesta del equipo docente y de ser oído respecto a la oportunidad de esa propuesta. Todo lo que sea negar ese reducto mínimo de participación, tal y como hacen los preceptos mencionados, supone vulnerar el contenido esencial del derecho fundamental a la educación al eliminar uno de los elementos –la facultad del alumnado a participar en las decisiones curriculares claves- que le dan sentido al derecho fundamental a la educación, haciéndolo irreconocible en sus términos generales y desprotegiendo los intereses que le son propios. Dicho de manera rotunda: ¿podemos hablar de un derecho a la educación cuando la ley que lo regula separa al alumnado sin siquiera informar u oír al alumno o alumna afectada?

El segundo vicio de inconstitucionalidad en el que incurren los tres preceptos mencionados supone nuevamente la conculcación del mandato de reserva de ley. Es indiferente en este sentido que el procedimiento encaminado a la decisión de separar a un alumno lo situemos en el predio del desarrollo directo (reserva de ley orgánica, artículo

81.1 de la Constitución) o en el de la regulación del ejercicio (artículo 53.1 de la Constitución), pues sea uno u otro el supuesto, lo evidente es que la ley no ha regulado con la densidad necesaria ni la participación del alumnado, ni los casos en los que ha de participar, ni los posibles conflictos con sus padres o tutores legales. En efecto, nada de esto disponen los artículos 27.2, 30 y 41.1; y, como ya se ha señalado, tampoco el artículo 28.7 prevé cuáles son los casos en los que el alumno ha de participar, ni en qué consiste esa participación, ni los efectos de esa participación frente a la decisión parental. En definitiva, la lectura de la ley no da contorno alguno sobre lo que es un elemento propio del contenido esencial del derecho fundamental a la educación, y por tal motivo incurre en inconstitucionalidad.

7. Recapitulación conclusiva. De acuerdo con los argumentos expuestos:

(a) Se impugnan el apartado uno del nuevo artículo 41 LOE regulado en la disposición treinta y cuatro, y el apartado cuatro del nuevo artículo 42 LOE regulado en la disposición treinta y cinco, ambas de la LOMCE, en tanto que no respetan la reserva de ley orgánica en la ordenación del desarrollo directo del derecho a la educación (art. 53.1).

(b) Se impugnan los apartados uno, dos y tres del nuevo artículo 27 LOE estipulado en la disposición dieciocho de la LOMCE, en tanto que no regulan con la densidad necesaria aspectos del itinerario Programas de mejora del aprendizaje y del rendimiento, vulnerando así el mandato de reserva de ley en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (artículo 53.1 de la Constitución).

(c) Se impugnan los nuevos artículos 30 y 41 LOE, regulados en las disposiciones veintiuno y treinta y cuatro de la LOMCE, en tanto que no regulan los motivos o causas que derivan a un alumno hacia el itinerario Formación profesional básica, vulnerando así el mandato constitucional de reserva de ley

en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (artículo 53.1 de la Constitución).

(d) Se impugnan el apartado dos del artículo 27 LOE regulado en la disposición dieciocho, el apartado 7 del artículo 28 LOE regulado en la disposición diecinueve, el artículo 30 LOE regulado en la disposición veintiuno y el apartado 1.c del artículo 41 LOE regulado en la disposición treinta y cuatro, todas ellas de la LOMCE, en tanto que vulneran el derecho fundamental del alumnado a participar en las decisiones claves que afectan a su currículum y el mandato de reserva de ley (arts. 27.1 y 53.1 CE).

V. Admisión y selección del alumnado a partir de su rendimiento académico. Impugnación del nuevo párrafo incorporado por la disposición sesenta LOMCE en el apartado dos del artículo 84 LOE.

1. El régimen jurídico de la selección del alumnado a partir de su rendimiento académico.

La disposición sesenta LOMCE modifica el apartado dos del artículo 84, añadiendo un párrafo, de manera que el precepto queda del siguiente tenor:

"2. Cuando no existan plazas suficientes, el proceso de admisión se regirá por los criterios prioritarios de existencia de hermanos matriculados en el centro, padres, madres o tutores legales que trabajen en el mismo, proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de alguno de sus padres, madres o tutores legales, renta per cápita de la unidad familiar y condición legal de familia numerosa y concurrencia de discapacidad en el alumno o alumna o en alguno de sus padres, madres o hermanos, sin que ninguno de ellos tenga carácter excluyente y sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 de este artículo.

No obstante, aquellos centros que tengan reconocida una especialización curricular por las Administraciones educativas, o que participen en una acción destinada a fomentar la calidad de los centros docentes de las descritas en el artículo 122 bis, podrán reservar al criterio del rendimiento académico del alumno o alumna hasta un 20 por ciento de la puntuación asignada a las solicitudes de admisión a enseñanzas postobligatorias. Dicho porcentaje podrá reducirse o modularse cuando sea necesario para evitar la ruptura de criterios de equidad y de cohesión del sistema” (el subrayado es nuestro y se utiliza para identificar el párrafo introducido por la Ley orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa).

Como es bien sabido, este precepto responde al tradicional problema de los *numerus clausus* en la educación: un centro educativo oferta por curso una cantidad de plazas inferior al número de alumnos solicitantes. El primer párrafo establece el régimen seguido hasta la reforma, que se construye sobre dos elementos, a saber, los criterios que serán tomados para la cuantificación y la naturaleza prioritaria y no excluyente de esos criterios.

Respecto a lo primero, el legislador orgánico elige seis elementos orientados a propiciar una planificación que, ante la escasez de plazas, ubique al alumnado según la cercanía del centro (domicilio, lugar de trabajo del padre, la madre o tutores legales), escolarización conjunta de la familia (hermanos en el centro), situación económica de la familia (renta y familia numerosa) y accesibilidad (discapacidad). A su vez, estos criterios son prioritarios, es decir, han de estar necesariamente presentes entre las reglas de selección, aunque se podrán prever otros adicionales. Y no pueden ser excluyentes, lo cual significa que ninguno ha de sumar por sí mismo un número de puntos superior a la suma total de los restantes criterios. En la práctica, el domicilio es el elemento principal en la atribución de una plaza. Por ello, es habitual que en los centros más demandados finalmente deba recurrirse al sorteo entre solicitudes situadas geográficamente en el mismo distrito educativo.

No obstante lo dicho, debe tenerse en cuenta que el sistema regulado en el apartado 2 del artículo 84 es, en verdad, el sistema propio de la educación infantil. Una vez que el alumnado es escolarizado en un centro, en las siguientes etapas –primaria, secundaria

obligatoria, bachillerato, etc.,- rige el modelo diseñado en el apartado siete del artículo 84, que da prioridad a la adscripción entre el centro de proveniencia y el de incorporación. Así, independientemente del domicilio, los hermanos, el lugar de trabajo de los padres, la renta, la familia numerosa o la discapacidad, más allá de la educación infantil, el criterio único ante la insuficiencia de plazas es la adscripción del centro de proveniencia, operando los restantes criterios de manera subsidiaria.

Es en este contexto donde debe situarse el segundo párrafo del apartado dos del artículo 84, novedad introducida por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad de la enseñanza, y objeto de impugnación de este recurso. El precepto se refiere exclusivamente a las enseñanzas postobligatorias. Quedan fuera de su ámbito, por tanto, la infantil, la primaria y la secundaria obligatoria; y afecta significativamente al bachillerato y la formación profesional (a excepción de la formación profesional básica). Concretamente, en las enseñanzas postobligatorias, el nuevo párrafo habilita al centro que tenga reconocida una "especialización curricular" o una "acción destinada a fomentar la calidad de los centros" a utilizar el criterio de "rendimiento académico" hasta en un 20% para la selección del alumnado, porcentaje que podrá "reducirse o modularse cuando sea necesario para evitar la ruptura de criterios de equidad y de cohesión del sistema".

Ahora bien, en la medida que en las enseñanzas postobligatorias, la proveniencia de un centro adscrito es el criterio de partida fundamental que neutraliza prácticamente a los criterios del primer párrafo, en verdad, el rendimiento académico se convierte en el elemento clave para ser seleccionado en uno de los centros que pueden utilizar ese criterio. Un ejemplo permite comprender mejor el sentido normativo de este precepto. Imaginemos un distrito o zona escolar donde existe un centro de bachillerato con "especialización curricular" reconocida. El alumnado seleccionado prioritariamente será aquel que ha cursado la educación obligatoria en un centro adscrito. Pero si el número de solicitudes es superior a las plazas ofertadas, el principal criterio dirimente será el rendimiento académico (a salvo de los casos excepcionales de hermanos en el centro, renta, familia numerosa o discapacidad y siempre que merezcan una cuantificación

significativa). Puede ocurrir, por otro lado, que en un distrito o zona escolar sean más los centros de bachillerato con “especialización curricular” que los centros ordinarios, produciéndose en virtud del criterio de selección académica la generación de *ghettos* educativos. Y, además, es posible incluso que todos los centros de bachillerato del distrito sean de los previstos en el artículo 122 *bis*, de manera que los alumnos serán seleccionados en atención al rendimiento académico, pudiéndose dar la situación en la que un número de alumnos tendrá que ser escolarizado fuera de su distrito. En definitiva, el nuevo párrafo está en condiciones de transformar la educación postobligatoria, pasando de un modelo planificado por las administraciones a un modelo organizado según demanda y capacidad del alumnado.

2. Los criterios de selección como elemento nuclear que articula el derecho de los padres y del alumnado a la elección de centro y el derecho/potestad del centro a la selección del alumnado.

El legislador ha dado al artículo 84 naturaleza de ley orgánica (disposición ciento ocho que modifica la disposición final séptima), decisión correcta pues supone el desarrollo directo de dos facultades que integran los aspectos esenciales del derecho fundamental a la educación. De un lado, la facultad de los padres y del alumnado a elegir el centro donde se quiere que el alumno o alumna sea escolarizado; facultad que se agota con la solicitud y que no se extiende al derecho a recibir una concreta plaza, aunque sí cubre el derecho a que la solicitud sea tratada de un modo razonable y objetivo a través de un procedimiento con todas las garantías (al respecto, recogiendo jurisprudencia consolidada, la STS de 21 de julio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, ponente Segundo Menéndez Pérez, RJ\2000\6169). De otro lado, también integrando el derecho fundamental, encontramos la facultad de la dirección del centro educativo para elegir al alumnado; facultad que no es absoluta en la medida en que el centro está obligado a cumplir con los parámetros de selección fijados en la legislación educativa (véase la ya citada STS de 21 de julio de 2000). En este segundo caso, sin embargo, la facultad propia de un derecho fundamental la poseen solo los centros

privados, concertados o no. En el caso de los centros públicos, antes que del ejercicio de la facultad propia de un derecho fundamental, más correcto será afirmar que su dirección está ejerciendo una potestad de ordenación habilitada legislativamente. Efectivamente, no parece que las facultades de dirección cobijadas bajo el derecho fundamental a la educación sean de tal naturaleza que puedan ser asimismo predicadas como una excepcional manifestación de un derecho fundamental de titularidad pública.

A esta necesidad de articular dos facultades que integran el derecho fundamental, se añade el mandato constitucional del apartado 5 del artículo 27 de la Constitución, que impone a los poderes públicos la exigencia de garantizar el derecho de todos a la educación, que se concreta, al menos, en el requisito de que los poderes públicos oferten un número de plazas suficientes en el conjunto del sistema y que justifica la potestad de los centros públicos de seleccionar a sus alumnos (potestad que en los privados, concertados o no, es en sentido técnico la manifestación de la facultad de un derecho fundamental).

Así las cosas, los criterios de selección del alumnado son un instrumento capital para que la administración programe y diseñe el mapa de escolarización. Pero, además y, sobre todo, son un mecanismo clave en el desarrollo directo del derecho fundamental a la educación, tanto de los padres y el alumnado, en su facultad para seleccionar un centro y ser valorado de manera razonable y objetiva, como en la facultad de los centros privados, concertados o no, para seleccionar a su alumnado.

3. Argumentación más concreta de los motivos de inconstitucionalidad de la disposición sesenta LOMCE que incorpora un nuevo párrafo al apartado dos al artículo 84 LOE.

(a) Entendemos que el nuevo párrafo del apartado dos del artículo 84 LOE incorporado por la disposición sesenta LOMCE vulnera el mandato de reserva de ley.

Para no resultar reiterativos remitimos íntegramente a nuestra argumentación anteriormente realizada en el apartado 5 del anterior motivo de impugnación sobre la reserva de ley orgánica en el desarrollo directo de los derechos fundamentales y la

reserva de ley en el ejercicio de los derechos fundamentales. A la luz de las mismas y de las consideraciones anteriormente realizadas concluimos sosteniendo la inconstitucionalidad del nuevo párrafo segundo del apartado dos del artículo 84 LOE incorporado por la disposición sesenta LOMCE por insuficiencia en la regulación de la materia reservada a ley orgánica.

En el párrafo incorporado por la disposición sesenta en el apartado dos del artículo 84 vulnera el mandato de reserva de ley previsto en el artículo 81.1 de la Constitución al no cubrir con la densidad necesaria la regulación que obligadamente ha de estar recogida en la ley orgánica, puesto que los criterios de selección, como se ha señalado, articulan la concurrencia de dos facultades propias del derecho fundamental a la educación, la facultad de elección de centro y la facultad de selección del alumnado, y además desarrollan el mandato constitucional que obliga a los poderes públicos a ofrecer un número suficiente de plazas. En concreto, tal vulneración se manifiesta en los siguientes aspectos:

- *Indefinición del concepto de rendimiento académico.*

En primer lugar, ese déficit de regulación se produce al no definirse qué se ha de entender por "rendimiento académico". Como ya se ha señalado, de acuerdo con el nuevo apartado dos del artículo 84, corresponde a los centros educativos con reconocida "especialización curricular" o "acciones de fomento de la calidad" decidir la utilización del criterio de "rendimiento académico". Sin embargo, el apartado segundo del artículo 84 no precisa qué ha de entenderse por rendimiento académico. ¿Deben considerarse solo los resultados de la educación secundaria obligatoria? ¿Deben tomarse en cuenta todos los resultados de la educación obligatoria? ¿Deben valorarse solo los resultados relativos a la "especialización curricular"? ¿Es el rendimiento académico fijado por la "evaluación final" de la secundaria o por la "calificación final"? ¿Pueden los centros establecer un examen propio para determinar el rendimiento?

Todos estos interrogantes son cuestiones que no pueden dejarse en manos de la administración (centros educativos públicos) o de los particulares (centros privados concertados o no), pues definen concretamente el régimen del derecho fundamental a la

educación al determinar uno de sus aspectos esenciales. Y no cabe sostener que se trata de cuestiones que serán reguladas ulteriormente por el legislador ordinario, pues el propio legislador orgánico ha considerado este aspecto como “desarrollo directo” del derecho fundamental y debe, por tanto, si no agotar su significado, si marcar las pautas de intervención al legislador ordinario, cosa que no ocurre en este supuesto, donde el concepto “rendimiento académico” es absolutamente indeterminado, admitiendo múltiples posibilidades, sin que el legislador orgánico señale no ya las necesarias, sino que ni siquiera precisa los márgenes en los que debe desenvolverse la concreción del concepto.

En este sentido, sirve como contraste comparar la indeterminación del rendimiento académico previsto en el apartado dos del artículo 84, con la concreción del rendimiento académico en el artículo 38, referido al uso de este criterio en la selección del alumnado por parte de las Universidades. Ambos son preceptos orgánicos en los que se habilita a la administración (centros públicos) y a los particulares (centros privados) para utilizar el rendimiento académico en la selección del alumnado. Sin embargo, la densidad regulatoria es bien distinta. Para el acceso a la Universidad, el legislador orgánico satisface las exigencias de la reserva, determinando que la “calificación final del Bachillerato” será el instrumento que determinará esencialmente el rendimiento académico, siendo valorado hasta un 60% como mínimo, pudiendo ser completado por cuatro criterios de rendimiento tasados en la ley y, excepcionalmente, por evaluaciones específicas. Ciertamente, en este caso cabe la colaboración del legislador ordinario autonómico y de las administraciones o particulares (Universidades), pero el legislador orgánico ha realizado un desarrollo directo que precisa el concepto de rendimiento académico y acota los términos de la colaboración. Nada de esto, sin embargo, encontramos en el párrafo segundo del apartado dos del artículo 84, donde, repetimos, la articulación de las facultades de elección de centro y de selección del alumnado quedan totalmente a la decisión de la administración y los particulares.

- *Indefinición del concepto de modulación del porcentaje.*

Contiene además el mencionado párrafo del nuevo apartado dos del artículo 84 otro concepto indeterminado referido a la "modulación" de ese porcentaje para evitar la ruptura de criterios de equidad y cohesión del sistema. El concepto de "modulación" se utiliza junto al de "reducción" del porcentaje. Ese uso conjunto es el que provoca la vulneración del mandato de reserva de ley. Parece obvio que la "modulación" del porcentaje no se refiere a su "reducción", salvo que se considere que se trata de un concepto redundante, que nada añade en términos normativos al de "reducción", de manera que nos encontramos simplemente ante un defecto técnico. Pero cabe interpretar que esa "modulación" abre la posibilidad de una alteración creciente del porcentaje, de manera que los centros educativos podrán incrementar el porcentaje del 20% con la única limitación de no convertirlo en un criterio "excluyente". Esta modulación creciente del porcentaje serviría, por ejemplo, para que centros con "acciones de mejora de la calidad" pudiesen atraer a alumnas y alumnos excelentes con la intención de reequilibrar un alumnado de calidad deficitaria. Ahora bien, de tomarse por posible esta interpretación, el párrafo segundo del apartado dos del artículo 84 deja totalmente en manos de la administración y los particulares la modulación creciente del porcentaje, sin que el legislador orgánico haya precisado mínimamente este aspecto esencial del derecho fundamental a la educación, más allá de su proscripción como criterio excluyente. En definitiva, el legislador orgánico ha habilitado en blanco el uso ascendente del rendimiento académico. Y es esta indefinición la que provoca la vulneración de la reserva de ley y la consiguiente inconstitucionalidad.

(b) Sostenemos también que la nueva redacción del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 84 LOE incorporado por la disposición sesenta LOMCE vulnera el apartado cinco del artículo 27 de la Constitución, que atribuye a los poderes públicos la potestad de programación general de la enseñanza.

La Constitución, en el apartado cinco del artículo 27, reserva a los poderes públicos la programación general de la enseñanza como instrumento para garantizar el derecho de

todos a la educación. Hasta dónde llegue esta potestad de programación es obviamente discutible, pero es indudable que en todo caso cubre las actuaciones públicas encaminadas a ofrecer un número de plazas educativas suficientes en el ámbito de la educación básica obligatoria y, en lo que ahora interesa, las medidas dirigidas a organizar el reparto de las plazas en la educación postobligatoria, cuando éstas son escasas. En definitiva, el mandato de programación general de la enseñanza ordena y reserva a los poderes públicos las decisiones que articulan la oferta y demanda de plazas educativas.

La LOE, antes y después de las modificaciones introducidas por la LOMCE, dirige la potestad de programación hacia la equidad (entendida como igualdad de oportunidades) y la cohesión. En este sentido, significativamente, el artículo 87 prevé la intervención de las administraciones en la selección de alumnos y alumnas con la reserva de plazas para el alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo o con el incremento de plazas para la escolarización inmediata o escolarización extraordinaria por traslado. En todo caso, se quiere subrayar que, en consonancia con el mandato constitucional, esta medida de programación se reserva a las administraciones educativas. Administraciones educativas que, por si existiera alguna duda, son concretadas en el apartado dos del nuevo artículo dos bis: "2. Las Administraciones educativas son los órganos de la Administración General del Estado y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas competentes en materia educativa."

No ocurre así, sin embargo, en el nuevo párrafo segundo del apartado dos del artículo 84 incorporado por la disposición sesenta LOMCE. Como ya hemos visto, en este precepto se habilita a determinados centros educativos, los que tienen reconocida la "especialización curricular" o "acciones de mejora del rendimiento", para establecer el "rendimiento académico" como criterio de selección del alumnado y, en lo que ahora interesa, reducir o modular el porcentaje del 20 por ciento atribuido al "rendimiento académico", cuando "sea necesario para evitar la ruptura de criterios de equidad y de cohesión del sistema". Es decir, el mencionado párrafo del nuevo apartado segundo del artículo 84 atribuye a los centros educativos decisiones sobre la programación general de la educación en relación con los principios nucleares de equidad y cohesión.

La constitucionalidad de esta habilitación es salvable en lo referido a los centros públicos, que necesariamente se incardinan jerárquicamente en la administración educativa de la correspondiente Comunidad Autónoma. La inconstitucionalidad emerge en el caso de los centros privados, concertados o no, a los que la ley atribuye competencias de planificación general mediante su facultad para reducir o modular el criterio del rendimiento académico con la finalidad de “evitar la ruptura de criterios de equidad y de cohesión del sistema”. No cabe duda de que el mantenimiento de la equidad y cohesión del conjunto del sistema educativo a través de la selección del alumnado es una medida que se incardina necesariamente en la programación general de la educación y que, por tanto, está reservada constitucionalmente a los poderes públicos, sin que pueda ser atribuida a los particulares. Por ello, el nuevo apartado segundo del artículo 84 incorporado por la disposición sesenta LOMCE incurre en inconstitucionalidad en tanto que permite a los centros privados, concertados o no, tomar decisiones de programación general de la educación, mediante la reducción o modulación del criterio del rendimiento académico en la selección del alumnado en aras de la cohesión y equidad del conjunto del sistema educativo.

4. Recapitulación a modo de conclusión. Sostenemos la **inconstitucionalidad del nuevo párrafo segundo del apartado segundo del artículo 84 LOE**, incorporado por la disposición sesenta LOMCE, por los siguientes motivos:

(a) Este nuevo párrafo vulnera el mandato de reserva de ley por insuficiencia en la regulación de la materia reservada a ley orgánica (art. 53.1 y 81.1 CE), tanto por indefinición del concepto de rendimiento académico como por indefinición del concepto de modulación del porcentaje.

(b) Este párrafo vulnera igualmente el apartado cinco del artículo 27 de la Constitución, que atribuye a los poderes públicos la potestad de programación general de la enseñanza.

En virtud de todo lo expuesto,

SUPLICO AL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL que, teniendo por presentado este escrito con los documentos que le acompañan, tenga por interpuesto, en la representación que ostento, y en tiempo y forma, **recurso de inconstitucionalidad** contra los siguientes preceptos de la **Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa**:

- En el apartado nueve de su artículo único, la nueva redacción del artículo 18 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- En el apartado quince de su artículo único, la nueva redacción del artículo 24 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- En el apartado dieciséis de su artículo único, la nueva redacción del artículo 25 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- En el apartado dieciocho de su artículo único, la nueva redacción del artículo 27 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- En el apartado diecinueve de su artículo único, la nueva redacción del artículo 28 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- En el apartado veintiuno de su artículo único, la nueva redacción del artículo 30 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- En el apartado treinta y cuatro de su artículo único, la nueva redacción del artículo 41 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- En el apartado treinta y cinco de su artículo único, la nueva redacción del artículo 42 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- En el apartado sesenta de su artículo único, el nuevo párrafo del apartado 2 del artículo 84 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- En el apartado sesenta y uno de su artículo único, los párrafos segundo y tercero del apartado 3 del artículo 84 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

- En el apartado ochenta de su artículo único, las letras a), b), e), h), i) de la nueva redacción del artículo 127 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- En el apartado ochenta y uno de su artículo único, las letras l), m), n), ñ), o), de la nueva redacción del artículo 132 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- La disposición transitoria segunda.
- En la disposición final segunda, la redacción que se contiene en su apartado tres para las letras a), b), f), h), j), k), l) y m) del artículo 57 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, en relación, respectivamente, con lo dispuesto en el apartado cuatro, por el que se da nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 59 de la misma Ley y con el apartado cinco, por el que se da nueva redacción al artículo 60 de la misma Ley.

Y en su virtud, se sirva admitirlo y, previos los trámites preceptivos en Derecho, dicte, en definitiva y con estimación del recurso, **Sentencia por la que declare la inconstitucionalidad y consecuente nulidad de las disposiciones recurridas de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.**

Es Justicia que pido en Madrid, a siete de marzo de 2014

OTROSÍ DIGO Que siendo generales para pleitos las dos escrituras adjuntas y precisándolas para otros usos

SUPLICO A LA SALA acuerde su desglose y devolución

Letrada

Procuradora

Fdo. Consolación Álvarez Padilla

Fdo. Virginia Aragón Segura

Col. nº 22050

Col. nº 1040