

# La ruptura educativa en la Ley Celaá: Un análisis jurídico\*

**Juan José Guardia** | Profesor de Derecho administrativo de la Universitat Internacional de Catalunya y vocal de la Junta del Club Tocqueville



Imagen: Pixabay

## Resumen

El proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOE (LOMLOE) constituye la última reforma del sistema educativo español. Su tramitación es controvertida por una celeridad que ha impedido un debate social inclusivo. Su contenido rompe con el modelo existente de complementariedad de los centros docentes de titularidad de una administración y los centros concertados. Existe el riesgo de una mayor politización y judicialización de la enseñanza en España.

## Introducción

No son pocos los que, sin hipérbole alguna, han calificado la situación en España en lo relativo a la escuela como de «guerra educativa» (NUEVO, 2009). Siguiendo esta metáfora, podríamos decir que el último capítulo de esta contienda es el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOE (LOMLOE), también conocida como Ley Celaá. Esta iniciativa ha sido aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el pasado 19 de noviembre de 2020 y se encuentra actualmente en el Senado para proseguir su tramitación.

El objeto de estas líneas consiste en dar una respuesta técnica que de razón de la controversia suscitada por la ley Celaá. Todo ello teniendo en cuenta que aún hay tiempo para cambios en el proyecto de ley y las consideraciones que aquí formulamos son, por tanto, provisionales.

Además, hemos de precisar que, en esta contribución, nos limitamos a analizar algunos de los cambios que, a nuestro juicio, merecen un comentario de urgencia. Por lo tanto, soslayaremos otros aspectos que, sin duda, son importantes pero que por sí solos merecerían una atención específica que exceda la extensión de este artículo.

Es necesario realizar unas consideraciones previas complementarias. Es un lugar común en España afirmar que adolecemos de una cascada intermitente de leyes educativas. Siendo esto verdad, no es toda la verdad. No faltan expertos (VIDAL, 2017: 11-12) que matizan esta afirmación. Ha habido muchas leyes, pero en realidad, el nervio del sistema educativo ha permanecido invariable en toda la democracia. Esta circunstancia varía con la Ley Celaá. En efecto, como veremos a continuación, la LOMLOE no constituirá una ley educativa más, sino que, usando una imagen, rompe las reglas de juego, escritas o no, en España. Pues también una guerra tiene sus reglas y sus consensos mínimos.

\* Trabajo derivado del Proyecto de investigación Libertad y responsabilidad educativas: Fundamentos, aproximación crítica y líneas de acción (LIREDU) MPFI20PS, FUSP CEU.

## Antecedentes imprescindibles

1. El sistema educativo español tiene su origen en el art. 27 de la Constitución Española (CE) y su desarrollo legal realizado en 1985, por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE). En el año 2020 el modelo actual cumple 35 años de vigencia. Este artículo fue, precisamente, uno de los que más debate suscitó en la elaboración de nuestra Ley Fundamental.

A nuestro juicio, en el fondo de la controversia, se encuentra la deliberada ambigüedad del art. 27 de la CE. La reconciliación debía empezar por una Constitución de consenso. Y la cuestión educativa, no lo tenía. En efecto, existía una pugna entre los valedores de un sistema de provisión educativa fundamentalmente en manos de Estado, y los valedores del principio de subsidiariedad, según el cual era más acorde con los nuevos tiempos de libertad fomentar las iniciativas educativas provenientes de la sociedad civil.

### **“El sistema de conciertos no constituyó una solución transitoria para una población escolar en aumento”**

2. La concordia fue posible, pero a un alto precio. El reenvío a la posterior legislación orgánica de desarrollo debería haber supuesto pactos de Estado que prolongasen el espíritu de acuerdo de la transición. Sin embargo, esa voluntad del momento constituyente, no se prolongó en el tiempo.

El ejecutivo de Adolfo Suarez en la I legislatura apostó por financiar la demanda, esto es, a las familias con el denominado cheque escolar. Constituía una manera de empoderar a la sociedad civil en aquellos tiempos de apertura.

Sin embargo, a partir de la II legislatura, el ejecutivo de Felipe González, y sus sucesores han mantenido como solución la financiación de la oferta, esto es, a los

centros educativos a través del concierto educativo. Por lo tanto, carece de fundamento afirmar que el sistema de conciertos constituyó una solución transitoria para hacer frente a una población escolar en aumento.

3. Con estos mimbres, las políticas públicas educativas en nuestra democracia se han movido entre dos polos. Entre aquellos que afirman que la equidad del sistema educativo solo se puede conseguir mediante una intervención administrativa a través de la planificación pública. Y otros que responden que los rígidos mapas escolares públicos, precisamente, crean guetos educativos al impedir la movilidad de los estudiantes. Unos acuden al art. 27.5 CE que alude a la programación general de la enseñanza, los otros recuerdan que al art. 27.9 CE contiene un mandato constitucional a los poderes públicos para que ayuden a los centros docentes (no gubernamentales) que reúnan los requisitos que la ley establezca. En algún punto entre estos dos vértices se han encontrado nuestras leyes educativas que han recogido elementos de ambos paradigmas. El *statu quo* era, pues, que no se establece un derecho absoluto e incondicionado al concierto, sino supeditado a los requisitos y trámites que la ley establezca, siempre y cuando ese desarrollo legal no hiciera irreconocible el derecho contenido en el citado art. 27.9 CE. En los términos usados por los constitucionalistas, un derecho prestacional de configuración legal. Lo cual ha dejado un amplio margen de actuación a las CCAA. En la actualidad, en el País Vasco aproximadamente el 48% % de los centros docentes son concertados mientras que en Castilla La-Mancha ascienden al 15%. Y, en los casos extremos, ha permitido a los tribunales corregir a la administración cuando actuaba con evidente arbitrariedad, por ejemplo, cuando denegaba la renovación de un concierto sin motivación alguna o cuando había demanda acreditada de plazas suficiente y el centro docente seguía reuniendo todos los requisitos legales. Con todo, el modelo paulatinamente se escoró hacia un intervencionismo excesivo, también en los centros de titularidad de la administración, con escasa autonomía docente y financiera, aspectos todos ellos de muy difícil control judicial.

## La tramitación de urgencia y unilateral es contraria a los estándares españoles e internacionales de políticas educativas

4. El primer rasgo de ruptura son las formas empleadas. Se justifica la tramitación atropellada de la LOMLOE en que la *Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa* (LOMCE) constituyó una imposición sin consenso. Se viene a decir que la nueva ley no está moralmente obligada ahora a suscitarlo, sino a aplicar de modo inmediato las reformas que España necesita, en este caso hacía el polo de una intensa intervención administrativa. Vamos a intentar justificar de modo técnico estas afirmaciones.

5. La XII legislatura (julio de 2016-marzo de 2019) dio un vuelco en junio de 2018 mediante la moción de censura de la que resultó investido Pedro Sánchez como presidente del gobierno. El ejecutivo socialista aprobó un anteproyecto para modificar la *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación* (LOE). Como es preceptivo, fue sometido a consulta pública y audiencia a los interesados a finales de 2018.

En España la gestión de la materia educativa fue transferida a las CCAA de modo definitivo en el año 2000. Para llevar a cabo la cooperación intergubernamental, se han institucionalizado las llamadas Conferencias Sectoriales que reúnen por materias a los responsables de las CCAA y del Gobierno. En noviembre de 2018 se reunió la Conferencia Sectorial de educación permitiendo las aportaciones de las CCAA a la primera versión de la LOMLOE.



Imagen: Pixabay

Igualmente, España cuenta con un importante órgano consultivo en materia educativa denominado Consejo Escolar del Estado. También en noviembre del 2018 se reunió su Comisión Permanente en la que se debatieron hasta 150 enmiendas al Anteproyecto. El trabajo del Consejo Escolar concluyó con el Dictamen 1/2019, que provocó algunas modificaciones del texto sometido a consulta.

### “La LOE y la LOMCE contaron con dictamen del Consejo de Estado. La LOMLOE no”

El proyecto de ley se expidió con celeridad al Congreso de los Diputados el 27 de noviembre de 2018. Y aquí radica una de las primeras rarezas de esta reforma educativa pues se remitió sin un informe previo del Consejo de Estado. Es cierto que, con la literalidad de la normativa, éste no es preceptivo en este caso, pero, también es cierto que tanto la LOE como la LOMCE contaron con este dictamen. El Consejo de Estado constituye el más alto cuerpo consultivo en España. Tiene como misión velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Así pues, ¿por qué se eludió solicitar su opinión? Una de las hipótesis que se pueden contemplar es que fue para evitar algunas consideraciones que luego pudiesen esgrimirse en sede parlamentaria o ante el Tribunal Constitucional contra la reforma legal.

La XII legislatura finalizó en marzo 2019, por lo que la LOMLOE decayó. En la XIII legislatura (mayo de 2019 - septiembre de 2019) no hubo novedades en lo que respecta a esta iniciativa legislativa.

6. La XIV legislatura (actual) empezó en diciembre de 2019, y en marzo del 2020 el gobierno volvió a presentar, nuevamente sin dictamen del Consejo de Estado, la LOMLOE. Eso sí con una pléyade de informes internos redactados antes de esa fecha.

Aquí aparece otra rareza con respecto a nuestra historia legislativa educativa en democracia. Los

Grupos Parlamentarios que sostienen al gobierno presentaron **a su propio proyecto de ley más de 200 enmiendas**. La batería de cambios tiene un calado que ha dado lugar a una ley nueva, y las enmiendas no constituían un texto pactado con el resto de las fuerzas parlamentarias, sino un equilibrio de poderes dentro del ejecutivo a espaldas de buena parte de la comunidad educativa y de las CCAA.

Este punto no es menor a nuestro juicio, y nos lleva a pensar que las consultas previas, alegaciones y trámite de información pública se realizaron con respecto a un texto sustancialmente distinto del que se debate en el Parlamento. Y los informes internos de la propia administración han analizado un proyecto de ley distinto al que se tramita. De igual modo, la Conferencia Sectorial de educación tampoco fue convocada, por lo que se privó a las CCAA de su participación y, en consecuencia, menoscabó el llamado principio de cogobernanza. Esta realidad suscita muchas dudas: ¿Se ha respetado la *Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno* en lo relativo a los trámites para la presentación de iniciativas parlamentarias? ¿Estamos ante un ejercicio de fraude de ley para evitar las polémicas en el Consejo Escolar del Estado, las alegaciones en el trámite de información pública, los informes jurídicos propios de la Administración General del Estado y las contribuciones de las CCAA?

Por nuestra parte, entendemos que esta tramitación es contraria a las buenas prácticas de implementación legislativa y que reduce la participación ciudadana a mero trámite sin ninguna influencia real.

7. A ello hay que añadir que la pandemia, y los sucesivos Estados de Alarma, han impedido la manifestación de la oposición de los discrepantes a la LOMLOE. Una lógica de compromiso exigía demorar esta reforma a un momento más propicio, también para conjurar el peligro de que los españoles puedan pensar que se quiere aprovechar la crisis sanitaria para aprobar la Ley con una contestación social menor.

8. Por otra parte, se ha producido otra ruptura: el veto a las comparecencias de expertos independientes y representantes del mundo educativo, patronales, sindicatos, asociaciones de madres y padres en la Comisión de educación del Congreso de los Diputados de conformidad con el art. 44 de su Reglamento. Esta negativa no tiene precedentes en nuestra democracia. Los partidos que forman el ejecutivo y quienes lo sostienen lo impidieron, pese a la solicitud de tres grupos parlamentarios.

9. En otro orden de cosas, las buenas prácticas internacionales son claras. El éxito de toda reforma educativa está supeditado a un proceso participativo, inclusivo y de consenso, con compromisos de todos los actores implicados. La unilateralidad del gobierno español con la LOMLOE es garantía de fracaso y conflictividad. El escenario más probable será el de una judicialización en cuyos principales perjudicados serán los alumnos y el propio sistema en su conjunto.

Sin ánimo de ser exhaustivo, la UNESCO afirmó expresamente que «Una buena gobernanza en el sector de la educación requiere múltiples alianzas del gobierno y la sociedad civil, y la política nacional de educación debería ser fruto de una amplia consulta social y un consenso nacional» (UNESCO, 2015: 89).



Imagen: Pixabay

## La pérdida de autonomía de la inspección educativa

10. La Inspección Educativa tiene como fin asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico y su evaluación. Ejerce sus funciones en todos los centros. Las denuncias de alumnos, padres y docentes de presuntas infracciones del aparato público y centros no gubernamentales recaen en sus manos. La función inspectora en general (en el ámbito tributario, laboral, entre otros) ejerce una potestad administrativa vinculante, esto es, que implica ejercicio de autoridad, por lo que se ha reservado con carácter general a funcionarios de carrera como una manera de garantizar su imparcialidad y su actuación sometida estrictamente al derecho, no a intereses o presiones partidistas.

Los inspectores de educación deben ser funcionarios de carrera. Y a este respecto es aplicable el art. 61 del *Estatuto Básico del Empleado Público* (TREBEP) que regula los sistemas de selectivos para la función pública. En concreto, esta norma afirma que los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de **oposición** y **concurso-oposición**. Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consiste únicamente en la valoración de méritos.

11. En lógica coherencia, la Disposición adicional duodécima LOE señala que el acceso al cuerpo de inspectores será el concurso-oposición. El legislador, con acierto, y para evitar equívocos o prácticas *astutas* de alguna administración educativa,

señaló que «La fase de oposición consistirá en una **prueba** en la que se valorarán los conocimientos pedagógicos, de administración y legislación educativa de los aspirantes adecuada a la función inspectora que van a realizar, así como los conocimientos y técnicas específicos para el desempeño de la misma».

Pese a la dicción literal del texto hasta ahora vigente, hay que reconocer una praxis administrativa reprochable como es el nombramiento de «inspectores accidentales», sin seguir el riguroso procedimiento previsto en la LOE, es decir, sin oposición o prueba alguna. Se trata de cubrir vacantes mediante la técnica de la comisión de servicios con funcionarios mediante un concurso de méritos. Se reduce todo a una valoración de los candidatos (su antigüedad, por ejemplo) pero también de otros elementos subjetivos como proyectos realizados o el resultado de entrevistas personales. Por lo tanto, se corre el riesgo que en la selección de los inspectores accidentales primen criterios políticos o partidistas en vez de técnicos.

12. Con estas consideraciones previas, ya es posible enjuiciar la enmienda introducida por el Grupo Parlamentario republicano y que ha asombrado a la comunidad educativa. En efecto, la enmienda transaccional suprime en la citada Disposición adicional duodécima LOE la palabra «prueba» y se sustituye por «valoración». Asombro porque se trata de una reforma nunca anunciada y asombro porque el gobierno no ha proporcionado una explicación convincente sobre los motivos reales que avalan esta nueva redacción.

ENMIENDA NÚM. 790

FIRMANTE:

Grupo Parlamentario Republicano

Al artículo único. Ochenta y uno

De modificación.

Se propone la modificación del punto ochenta y uno, con relación a las letras b) y c) del apartado 4 de la disposición adicional duodécima, que queda redactado de esta forma:

«b) La fase de oposición consistirá en la valoración de la capacidad de liderazgo pedagógico y la evaluación de las competencias propias de la función inspectora de los aspirantes, así como los conocimientos pedagógicos, de administración y legislación educativa para el desempeño de la misma. **En todo caso, la fase de prácticas tendrá un carácter marcadamente selectivo.**»

~~c) En las convocatorias de acceso al cuerpo de inspectores, las Administraciones educativas podrán reservar hasta un tercio de las plazas para la provisión mediante concurso de méritos destinado a los profesores que, reuniendo los requisitos generales, hayan ejercido con evaluación positiva, al menos durante tres mandatos, el cargo de director.»~~

JUSTIFICACIÓN

La capacidad de liderazgo educativo es uno de los elementos que más calidad aportan a los sistemas educativos. En este sentido, este criterio debe ser considerado de una manera prioritaria en el acceso a la función inspectora. El ejercicio de la función directiva debe ser valorado como un mérito, pero no como un requisito de acceso.

## “Catalunya es la comunidad autónoma con más inspectores accidentales”

A nuestro juicio, la práctica de los inspectores accidentales es de legalidad dudosa, por más que se hayan extendido por toda España. Desde un punto de visto jurídico, se observa que se está usando una institución (la comisión de servicios) regulada para proveer de manera temporal y excepcional un puesto de trabajo que ha quedado vacante en casos de urgente e inaplazable necesidad, para unos supuestos que de modo discutible cumplen esos requisitos.

A este respecto, hay que añadir que, probablemente, Catalunya es la Comunidad autónoma con más inspectores accidentales ya que durante muchos años la Generalitat no convocó ningún concurso-oposición para la inspección educativa.

El punto de inflexión ha sido la sentencia de 25 de julio de 2016 del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 11 de Barcelona, y que ha forzado a la Generalitat a la *Resolució EDU/2655/2019, de 15 d'octubre, de convocatòria de concurs oposició per a l'accés al cos d'inspectors d'educació*. En otras palabras, al anular la convocatoria de inspectores accidentales, se ha obligado a la administración catalana a convocar plazas con los requisitos de la LOE, so pena de quedarse sin inspectores. Así pues, se puede afirmar que esta reforma merma las garantías de imparcialidad de la inspección y constituye otra voladura no ya con la LOMCE, sino con la misma LOE aprobada por el gobierno de Rodríguez-Zapatero. Tenemos, pues, una ruptura más.

Es posible que esta sea la causa de dicha enmienda, habida cuenta que con la nueva redacción de la



Disposición adicional duodécima LOE, se produce un cambio significativo. La fase de oposición se desnaturaliza y se convierte en una suerte de valoración subjetiva de la capacidad de liderazgo pedagógico. Ya no hará falta acudir a los inspectores accidentales.

## La inversión del principio de subsidiariedad: la planificación educativa gubernamental

13. En este punto es crucial el art. 109 LOE. La lectura sin prejuicios de su versión vigente revela una redacción densa, pero, de algún modo, equilibrada. Entre los criterios que establece para la programación de la red de centros, es decir, para la oferta pública y concertada, afirma que hay tomar «en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la **demanda social**. Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas suficientes».

¿Qué cambia la LOMLOE en este punto decisivo?

- Elimina la locución «demanda social».
- Transforma el derecho a una plaza educativa en un derecho a una plaza en una escuela **pública**.
- Ordena un incremento progresivo de puestos escolares en la red de titularidad pública.

La Ley Celaá pasa del paradigma de complementariedad de la oferta estatal y concertada, a uno de subsidiariedad de la concertada con respecto a la de la administración.

El sintagma «demanda social» constituye un concepto jurídico indeterminado que ha permitido un amplio control de legalidad por parte de los tribunales. Concertar o no concertar, o más bien, renovar o no renovar un concierto, no constituía una potestad administrativa discrecional de siempre difícil enjuiciamiento. Es decir, a la hora de planificar la oferta de plazas, las administraciones debían tomar en consideración, entre otras razones, las preferencias de las familias a la hora de escoger centro docente, sea para ampliar la oferta pública, concertar uno de iniciativa social, o mantener o ampliar uno ya suscrito. Y, correlativamente, empodera a los padres a la hora de escoger centro educativo, o de impugnar ante los

tribunales una planificación educativa que soslaye arbitrariamente una demanda social verificada. Y así ha sido. El Tribunal Supremo ha usado este concepto en diversas sentencias para mantener los conciertos educativos<sup>1</sup>. Cabe señalar que ni el TS ni quienes defienden la demanda social piden un “concierto a la carta”. Tampoco que exista un derecho público subjetivo incondicional derivado directamente de la CE al concierto, sino que, si existen peticiones contrastadas de familias a favor de un centro, ese hecho sociológico tenga consecuencias jurídicas.

### “La «demanda social» constituye un concepto jurídico indeterminado que ha permitido un amplio control judicial”

14. Ahora bien, ese potencial control judicial queda en parte desarmado con la LOMLOE. Será judicialmente más fácil para la administración eliminar unidades concertadas con demanda social en beneficio de unidades públicas existentes que no la tengan. No se verá obligada a motivar sus decisiones. La Ley prevé el incremento de puestos escolares en los centros de titularidad pública sin tener en cuenta si las necesidades de escolarización de una zona están ya satisfechas. El derecho a la educación será ahora el derecho a una plaza educativa en una escuela de titularidad de la administración.

Es cierto que la LOMLOE permite una actuación administrativa que no navegue por los derroteros descritos. Sin embargo, viendo el reguero de recursos y resoluciones judiciales que han provocado en las últimas décadas las administraciones educativas de Andalucía, Extremadura, Asturias, y más recientemente en la Comunidad Valenciana, Aragón o La Rioja relativas a la reducción de los conciertos... incluso cuando existía la alusión a la demanda social en la LOE, lo razonable es pensar que esa va a ser la

1 Por ejemplo, en la STS de 13 de febrero de 2017: «Conviene añadir que efectivamente en la programación de la red de centros rige la armonización para garantizar el derecho de todos a la educación y los derechos individuales de alumnos, alumnas, padres, madres y tutores legales (artículo 109.1). Por lo que dicha programación, a la que ya se refería el artículo 15, *ha de hacerse tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social* (artículo 109.2)».

hoja de ruta en los próximos años.

Con un tenor profético, el TS rechazó en el 2016 una interpretación de la LOE que permitiera forzar la desaparición de los conciertos a través de promoción de una oferta artificial de puestos en centros estatales, de tal modo que se derivara a los estudiantes a ellos invocando criterios de eficiencia del gasto público. En concreto:

«En fin, la solución contraria a la que sostenemos determinaría que la Administración educativa podría ir incrementado plazas en los centros públicos, y correlativamente suprimir unidades en los centros privados concertados (a pesar de que la demanda de los mismos se mantenga o se incremente y se cumpla la ratio profesor/alumnos), haciendo desaparecer esa necesidad de escolarización, y por dicha vía, derogar el sistema de conciertos previsto en la ley. Esta consecuencia distorsiona y vulnera el sistema que traza la Ley Orgánica de Educación, violenta el régimen dual que regula y se apoya en el principio de subsidiariedad [de la concertada con respecto a la pública] que esta Sala Tercera ya ha desautorizado» (STS 1180/2016 de 25 de mayo, FJ 9º).

15. ¿Cuál es el futuro inmediato? La respuesta más evidente es la pérdida de aulas concertadas con demanda para cubrir las plazas de las aulas públicas sin cubrir. ¿Cuál es el futuro a medio plazo? Muchos han afirmado que el cierre de centros concertados. Sin embargo, a nuestro juicio ese no es el único futuro que subyace en la LOMLOE. Probablemente una alternativa sea la integración de centros concertados en la red de titularidad de una administración educativa, esto es, su transformación en colegio gubernamental. Lo cierto es que Catalunya ha sido pionera en este aspecto, pues cuenta ya con el Decreto-Ley 10/2019, de 28 de mayo, del procedimiento de integración de centros educativos a la red de titularidad de la Generalitat, y a lo largo del curso 2020/2021 varios centros catalanes han sido asumidos por la administración autonómica. Este proceso tiene indudables ventajas económicas para las administraciones al poder ampliar la oferta pública sin necesidad de adquirir suelo y construir nuevos centros o ampliar aulas de los existentes. Sin duda, si la LOMLOE suscita una situación financiera complicada en los colegios, esta metamorfosis será

más fácil. Y, además, esta transformación puede ser también deseada por los propios docentes en la medida que su conversión en empleados públicos permite mantener su puesto de trabajo.

## La educación diferenciada por sexos

16. La educación diferenciada constituye un modelo pedagógico que ha encontrado una notable hostilidad en España por parte de algunas administraciones educativas en los últimos años. No existe ningún país de nuestro entorno en que se haya sometido a este tipo de centros docentes a un hostigamiento análogo. Existen en el entorno europeo sin mayores problemas, incluso en la oferta pública de plazas docentes en algunos países. Sus resultados académicos en nuestro país son satisfactorios y los datos disponibles indican que la meta de equidad de sexos se alcanza ampliamente. Existen, además, algunos estudios en otros países que sugieren que las alumnas escolarizadas en este sistema pedagógico eligen estudiar disciplinas técnicas por encima de la media (THOMPSON, 2003). Por estas y otras razones, en los múltiples conflictos judiciales contra las administraciones se ha comprobado que no hay ningún indicador negativo que las haga merecedoras de un trato diferente al resto de la educación de iniciativa social.

Esta controversia parecía haberse ya cerrado entre nosotros por dos importantes resoluciones del Tribunal Constitucional:

a) La STC 31/2018, de 10 de abril, que avala la constitucionalidad de los artículos de la LOE, en su redacción dada por la LOMCE, que prohíben cualquier trato discriminatorio a esta modalidad educativa. Y

que, por tanto, podrán acceder al concierto educativo en condiciones de igualdad junto con el resto de los centros educativos no gubernamentales.

b) La STC 74/2018, de 5 de julio, que resuelve un recurso de amparo suscitado por la asociación de madres y padres de alumnos de un colegio de educación diferenciada a los que el Gobierno de Cantabria les denegó la renovación del concierto solo por esa razón. Y que concluye de modo contundente: «1º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la libertad educativa (art. 27, apartados primero y tercero CE), en conexión con la garantía constitucional de la libertad ideológica (art. 16.1 CE)».

## “La educación diferenciada no es discriminatoria según el TC”

Pese a este sólido fundamento jurídico, nos encontramos con administraciones como la catalana que en el curso 2020/2021 decidió no renovar los conciertos con los colegios que desarrollan este modelo educativo exclusivamente por esta razón. No es de extrañar que el Tribunal Superior de Catalunya mediante Auto de 16 de noviembre de 2020 haya ordenado conceder cautelarmente el concierto a dichos centros por un período de seis cursos escolares, lo cual supone, ciertamente, un notable revés judicial a la administración autonómica.

17. En resumidas cuentas, el TC afirma con rotundidad que educación diferenciada «no puede ser considerada como discriminatoria, siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos» a lo que se refiere 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. Este documento avala la educación diferenciada.

Y lo que es más importante en términos constitucionales, el Alto Tribunal concluye que esta opción pedagógica forma parte del derecho a establecer un centro docente con carácter propio. Este aspecto pertenece al contenido esencial (art. 53.1 CE) de la libertad enseñanza, por lo que debe ser respetado por los Poderes Públicos, también por el legislador.



Imagen: El Mundo



18. Con estas referencias, encontramos que la LOMLOE concede una extraordinaria importancia a este tipo de educación, pues le hace merecedora de la reforma de tres disposiciones, incluyendo el primer artículo de la LOE, solo con el propósito de vetar los conciertos educativos a este tipo de colegios. En síntesis, se establece que el régimen de la coeducación de niños y niñas constituye uno de los principios del sistema educativo español, se suprime la alusión a la Convención de la UNESCO citada, y se impone sin matices que los centros sostenidos con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas.

Los autores de estas enmiendas no olvidan al TC. Su estrategia legal para sortear al «Guardián de la Constitución» no consiste en afirmar que la educación diferenciada es discriminatoria, pues ese extremo va contra la literalidad de su jurisprudencia. Se viene a justificar en una ambigua acción positiva (fomentar la igualdad), quizás, en la confianza que una futura nueva composición del Alto Tribunal sea más deferente con el legislativo.

19. En conclusión, el nuevo régimen legal de la educación diferenciada, si se aprueba en los términos descritos, es incompatible con la jurisprudencia del TC. El legislador estatal cercenaría algunos aspectos del contenido esencial de la libertad de enseñanza que ni siquiera una ley puede modificar. Esta ruptura generaría una notable espiral de conflictividad judicial y constitucional incluyendo instancias europeas<sup>2</sup>.

2 El art. 14.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce «el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas». La educación diferencia entraría en esta última categoría. El trato que se le dispensa debe ser análogo al que se dispense al resto de modelos en el derecho nacional de cada Estado miembro. En ese sentido, en España tienen derecho a acceder al concierto en condiciones de igualdad con el resto de los centros de la iniciativa social.

Además, constituye un riesgo que el legislador apruebe leyes inconstitucionales de modo consciente. Nada impide que emplee esta praxis en otros temas, o que futuras mayorías parlamentarias lo usen en otros.

## El castellano ¿lengua vehicular?

20. La Disposición adicional trigésima octava de la LOE alude explícitamente a que el castellano será lengua vehicular de España. La ley Celaá cambia este régimen legal de la siguiente manera:

- Elimina la referencia al carácter vehicular del castellano.
- Remite a las CCAA la determinación de la presencia del castellano en la escuela.
- Suprime la atribución explícita de velar por la utilización de la lengua vehicular común a la Alta Inspección del Estado.

En abstracto, la reforma podría ser conforme a la CE, pero en el contexto español actual, no es una reforma inocente. De hecho, el gobierno arguye, precisamente, que nada cambia con la enmienda. El anuncio de la ausencia de cambio por parte del ejecutivo lleva naturalmente a preguntarse por la justificación de la propia reforma: Si nada cambia, ¿por qué hay que reformar? Máxime cuando en el primer borrador de la LOMLOE sí que se mencionaba la vehicularidad del castellano. Esto nos obliga a algunas aclaraciones.

La expresión «lengua vehicular» significa en qué lengua (o lenguas) se enseña tanto disciplinas lingüísticas como no lingüísticas, y cuál es la lengua para las comunicaciones dentro de un centro docente, sean entre docentes y alumnos (tutorías), entre alumnos (en el deporte o en los momentos de recreo) o entre docentes y personal de administración y servicios, y entre éstos y padres.



Imagen: La Región

21. El TC ha afirmado que el castellano es lengua vehicular también en las CCAA con lenguas cooficiales, de tal modo que no es suficiente con que se impartan clases “de” castellano en castellano (ver SSTC 6/1982 y 337/1994). Es interesante la STC 31/2010, según la cual el catalán y el castellano en las escuelas catalanas «han de ser no sólo objeto de enseñanza, sino también medio de comunicación».

Como es conocido, el sistema educativo catalán es el más judicializado de España. Las distintas sentencias del TC, del TS o del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya instan a impartir un mínimo de asignaturas no lingüísticas en castellano. En alguna resolución judicial se cifra ese mínimo en un 25%. Lo cierto es que ese porcentaje no se respeta en absoluto.

En este sentido, la Ley Celaá no puede cambiar la jurisprudencia del TC sobre la vehicularidad del castellano. Pero sí puede introducir confusión que prive a las familias de uno de los argumentos legales que les permitía impugnar ante los tribunales una actividad administrativa que excluía al castellano, y lo relegaba al estudio de una suerte de lengua extranjera. Por lo tanto, sí cambian cosas, en contra de lo afirmado por el ejecutivo.

22. Además, consta que los impulsores de esta enmienda interpretan que con ésta se devuelve a



Imagen: Pixabay

los gobiernos autonómicos la competencia de decidir las lenguas vehiculares del sistema educativo, con lo que se volvería a la casilla judicial de salida y augura a los padres que piden para sus hijos un mínimo de castellano una nueva travesía judicial.

### “La inmersión lingüística sobre el alumnado castellanoparlante en Catalunya contribuye a la segregación social”

23. Pero el diablo está en los detalles. La LOMLOE introduce matices que pueden haber pasado desapercibidos, como, por ejemplo, una nueva denominación de las áreas educativas en Educación Primaria, ESO y bachillerato (arts. 18, 25 y 34). Ahora en las CCAA con lengua cooficial aparece el área de *lengua y literatura propia*. Este matiz semántico no es inocente. Y constituye una especie de pensamiento *identitarista* que considera, por ejemplo, que la cultura hecha en castellano en Catalunya no es cultura catalana. Es decir, que la música, el teatro, la literatura o el cine catalán hecho en castellano no es cultura catalana. Merece la pena leer, en ese sentido, «Otra Cataluña: Seis siglos de cultura catalana en castellano», de Sergio Vila-Sanjuán para advertir los excesos de ese pensamiento.

La nueva ley, de alguna manera, puede dar cobertura ante los tribunales a los proyectos educativos en donde se extienda la inmersión lingüística más allá de las aulas. Es decir, a los «patios, comedores y las actividades extraescolares», de tal modo que se pueda sancionar a los docentes que no usen de manera exclusiva en esos ámbitos el catalán (u otra lengua cooficial).

24. Una cuestión preocupante son los efectos de la inmersión lingüística sobre el alumnado castellanoparlante en Catalunya. Los economistas de la Universitat de Barcelona, Jorge Calero y Álvaro Choi en un interesante estudio concluyen que «la política de inmersión tiene una dimensión problemática que hasta el momento no ha sido suficientemente abordada. La tan reiterada identificación de la inmersión lingüística como una “política de éxito” tiene, por consiguiente, un componente relacionado con objetivos políticos, no técnicos; no ha sido avalada por evidencia empírica contrastable y la que aportamos aquí apunta en un

sentido contrario». En otras palabras, el desempeño educativo de los alumnos cuya lengua en el hogar es el catalán son considerablemente mayores a las de los alumnos cuya lengua en el hogar es el castellano, todo ello teniendo en cuenta el sesgo de origen económico y sociocultural, asociados a la obtención de mayores niveles de competencias.

Por lo tanto, la LOMLOE es criticable también por lo que omite. O por los que deja de lado, en este caso los problemas de equidad educativa (al menos en Catalunya) en relación con la población escolar castellanoparlante. Esta ruptura (por omisión) perjudica a los estratos socioeconómicos con menos renta, pues la nueva ley contribuye a mantener en el tiempo un determinado modelo de organización humana dificultando el ascensor social.

### **Educación especial: La memoria económica de la LOMLOE no contempla un incremento de gasto**

25. La LOMLOE introduce cambios en la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales, y prioriza que estén escolarizado en los centros ordinarios. Por ello, contempla que, en una década, los centros ordinarios cuenten con los recursos necesarios para poder atender a los estudiantes con discapacidad.

Las promesas legislativas de financiación hay que tomarlas con cautelas. En este sentido, la LOE, desde su primera versión, ya establecía en la Disposición adicional vigesimonovena que se procedería a la fijación de los importes de los módulos económicos de los conciertos para hacer efectiva la gratuidad con unas cantidades fijadas con criterios análogos a los aplicados a los centros gubernamentales. Sin embargo, han pasado 14 años y dicha prescripción ha caído en el olvido y la concertada sufre una infrafinanciación constante. Es probable que algo análogo pase con la discapacidad, entre otras razones porque la propia memoria económica de la ley no contempla un incremento de gasto público y, porque, en el fondo, constituye gasto de las CCCA no del Ministerio de Educación.

26. Por otra parte, como señala Alfonso Aguiló desde CECE, la nueva redacción del art. 74 «deja claro que cuenta la voluntad de las familias... pero solo de “las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo”... ¿seguro que no quieren vaciar los centros de educación especial?». Será pues la administración quien decida a qué tipo de centro debe ir el alumno, interpretando cuál es el interés del menor por encima de las preferencias de sus padres...y del propio menor. Así pues, se continua con el vaciamiento del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, ruptura que hemos denunciado con precedencia.

### **Conclusiones**

La Ley Celaá se concibe como una contrarreforma *manu militari* de la LOMCE, por lo que no es necesario buscar un consenso con los disidentes. Sin embargo, algunos de sus aspectos no se limitan a retrotraer la regulación a la LOE primigenia, sino que van mucho más allá. Esta futura norma supone una ruptura con el consenso de mínimos que existía en el desarrollo del art. 27 CE antes incluso que la repetida LOMCE. La preferencia incondicional y voluntarista, con independencia de la demanda social, a los centros de titularidad pública permite vaciar de contenido la libertad de elección de las madres y padres del art. 27.3 CE en muchas CCAA. Igualmente, soslaya y contraviene el mandato recogido en el art. 27.9 CE. Todo quedará al albur de la administración educativa de cada CCAA, es decir, de su mayor o menos sensibilidad a la libertad de enseñanza.

Por otra parte. Un estudio técnico detallado desvela que algunas de las enmiendas más relevantes tienen como destinatarios... a los tribunales. A lo largo de los últimos años ha habido un goteo de sentencias desfavorables a algunas administraciones educativas. Se han corregido decisiones arbitrarias, a veces ayunas de cualquier motivación válida en derecho o que persiguen fines distintos a los previstos por el ordenamiento jurídico. La «demanda social» como concepto jurídico indeterminado ha permitido a los magistrados un control judicial más intenso de la actuación administrativa. Por otra parte, la exigencia de un concurso-oposición para acceder al cuerpo de inspectores ha conllevado la anulación de prácticas *astutas* como nombrar inspectores accidentales. Y

la discriminación hacia la educación diferenciada ha sido corregida reiteradas veces en sede judicial y constitucional.

Toda esa conflictividad ha estado muy presente en los redactores de la LOMLOE y las enmiendas aprobadas como hemos expuesto. La solución ha sido modificar la ley para menguar el sometimiento de la actuación administrativa al control judicial de legalidad. Son malas noticias para la calidad democrática de España. Y constituye una grave ruptura.

Por último, y quizás lo más importante, hay que señalar la falta de magnanimidad de la ley. Se pierde en debates ideológicos, es cortoplacista y se ha granjeado muchos enemigos en la comunidad educativa. Y desaprovecha los notables recursos que existen en la sociedad civil para combatir los resultados negativos de aprendizaje de nuestros jóvenes. Las evaluaciones internacionales de nuestros alumnos nos indican problemas no resueltos, las disciplinas humanísticas continúan su devaluación y el conocimiento de lenguas extranjeras sigue siendo insuficiente. Estos, y no otros, son nuestros retos.

### Para saber más

CALERO, Jorge y CHOI, Álvaro (2019): *Efectos de la inmersión lingüística sobre el alumnado*

*castellanoparlante en Cataluña* (Madrid: Fundación Europea Sociedad y Educación).

GUARDIA HERNÁNDEZ, Juan José (2019): “Marco constitucional de la enseñanza privada española sostenida con fondos públicos: Recorrido histórico y perspectivas a futuro”, en *Estudios Constitucionales*, (Nº 1) pp. 321-362.

NUEVO LÓPEZ, Pablo (2009): *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia).

THOMPSON, Jennifer S. (2003): “The effect of single-sex secondary schooling on women’s choice of college major”. *Sociological Perspectives*, (Nº 46): 257-278

UNESCO (2015): *Replantear la educación: ¿Hacia un bien común mundial?*

VIDAL PRADO, Carlos (2017): *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas* (Madrid, Marcial Pons).



Foto: Libertad Digital

Síguenos en



hola@clubtocqueville.com  
www.clubtocqueville.com

El Club Tocqueville no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los textos que publica.  
© Club Tocqueville y los autores.