

LA LEY ORGÁNICA 3/2020 DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SU IMPACTO PARA LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Maria Isabel Álvarez Vélez
Universidad Pontificia Comillas

Sumario: 1. El derecho constitucional a la educación y su desarrollo legislativo. 2. El reparto competencial en materia educativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas 3. La tramitación parlamentaria de la LOMLOE. 4. Principales novedades de la LOMLOE, en especial lo relativo a la implicación de las Comunidades Autónomas. Conclusiones.

1.- El derecho constitucional a la educación y su desarrollo legislativo

La Constitución española de 1978 dispone los preceptos concernientes al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza a lo largo de los diez apartados del art. 27, a los que debe unirse la libertad de cátedra que, si bien se encuentra garantizada en el art. 20.1 c), dedicado a la libertad de expresión, pertenece también al ámbito de los derechos educativos.

La redacción del art. 27 CE hizo titubear el consenso que presidió el proceso constituyente de 1978¹. Lo que se tradujo en un artículo “innecesariamente prolijo”, que muestra excesivas precisiones y, a la vez mantiene “ciertos márgenes de ambigüedad”². Se trata, como reconoce el Tribunal Constitucional, de un precepto que si bien tiene como común denominador la educación y enseñanza, presenta muy diversos contenidos: mientras algunos de ellos consagran derechos de libertad (así, por ejemplo, apartados 1º, 3º y 6º), otros imponen deberes (así, por ejemplo, obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4º), o garantizan instituciones (apartado 10º), o reconocen derechos de prestación (así, por ejemplo, la gratuidad de la enseñanza básica, apartado 3º) o atribuyen, en relación con ello, competencias a los poderes públicos (así, por ejemplo, apartado 8º) o, incluso, imponen mandatos al legislador. La estrecha conexión de todos estos apartados, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como

1. GARRIDO FALLA, F., “Artículo 27”, en *Comentarios a la Constitución*, GARRIDO FALLA, F. (Coord.), Madrid, 1985, p. 543.

2. ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, p. 250.

expresión omnicomprensiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar.

El apartado 1 del art. 27 CE establece como punto de arranque el derecho a la educación, y el apartado 4 emplea el término de libertad de enseñanza. Por enseñanza se suele entender la actividad encaminada a transmitir un conjunto de reglas o preceptos, que posee una sociedad, y que sirvan al individuo de guía o pauta para obrar en el futuro. En cambio, por educación se comprende la actividad encaminada a la formación de la personalidad, en definitiva, a dar instrucción por medio de la acción docente.

Indica el artículo que el derecho a la educación encuentra su fundamento en el libre desarrollo de la personalidad y en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 27.2 CE). Ciertamente es esencial que los alumnos adquieran conocimiento de nuestros valores constitucionales, pero manteniendo un equilibrio entre los diferentes titulares del derecho y respetándose siempre que los padres tienen reconocido su derecho a participar en la educación de sus hijos, de manera que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Sin olvidar que “el art. 27 CE no establece un modelo educativo concreto sino una serie de principios informadores del sistema educativo que, en todo caso, habrán de ser respetados por el legislador estatal al que, en sus aspectos básicos, corresponde diseñar el modelo educativo”³.

Por otro lado, en el precepto constitucional se dispone que sobre los poderes públicos recae la obligación de garantizar el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza y la prestación de enseñanza básica de manera gratuita (art. 27.4 y 5 CE). Por último, los poderes públicos habrán de inspeccionar y homologar el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes (art. 27.8 CE).

Además, la vertiente que sitúa al derecho a la educación entre los demás de naturaleza social lleva consigo una exigencia de actuación para los poderes públicos y así lo considera el art. 27.4 CE que dispone la obligatoriedad de la enseñanza básica y consecuente gratuidad. En este sentido se manifiesta sobre el derecho de educación el Tribunal Constitucional, al afirmar que dicho derecho “incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4 de este art. 27 de la norma fundamental”⁴.

En cualquier caso, aunque se advierte que la participación constituye un elemento esencial para la aplicación en la sociedad de los derechos educativos, no se limita esa participación exclusivamente a los poderes públicos. El art. 27.5 CE determina el derecho a “la participación efectiva de todos los sectores afectados” en la programación general de la enseñanza. También la Constitución implica a

3. STC 185/2012, de 17 de octubre, F. J. 3º.

4. STC 86/1985, de 10 de julio, F. J. 3º.

profesores, padres y, en su caso, a los alumnos, para que participen en el control y la gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7 CE). El hecho de que la participación sea “efectiva” alerta del compromiso social que la propia Constitución exige a todas las partes implicadas, una colaboración real, un trabajo en equipo mediante el que se alcancen los objetivos educativos. Igualmente, el art. 27.6 CE reconoce también, al amparo de la libertad de enseñanza, el derecho a crear centros docentes. Este derecho debe ser entendido como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones.

Por supuesto que, si aceptamos que ya existe el servicio público, el derecho a la educación sería un derecho múltiple⁵. Por una parte, supone el derecho del alumno de acceder en igualdad de condiciones a las instituciones docentes, y por otra, que el alumno pueda continuar sus estudios, sin obstáculos, una vez superados los niveles obligatorios de enseñanza. En ambos casos, nos encontramos con la necesidad de que los poderes públicos, no sólo en virtud del art. 27.5 CE, sino especialmente del art. 9.2 CE, deban promover “las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida (...) cultural (...)”.

La participación de los poderes públicos en materia educativa supone, en definitiva, un compromiso real para los poderes públicos, de cuyo cumplimiento depende el ejercicio del derecho a la educación. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al señalar que “(...) todos los poderes públicos (...) determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de la enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje, organizando asimismo su desarrollo en los distintos centros docentes; por lo que la educación constituye una actividad reglada”⁶. En esta línea, el art. 27.9 CE, establece la obligatoriedad de los poderes públicos de ayudar financieramente a los centros que reúnan los requisitos que la Ley establezca, lo que, sin embargo, no debe ser entendido como una facultad de los centros de exigir dicha ayuda financiera ni que la ayuda haya de ser estrictamente económica.

Por último, el art. 27.10 CE consagra la autonomía universitaria y aunque el Tribunal Constitucional ha proclamado que se trata de un verdadero derecho fundamental, parece más adecuado entender que constituye una garantía de configuración legal que tiene como contenido esencial el reconocimiento de la

5. Vid. PRIETO DE PEDRO, J., “Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución”, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (Coord.), *Lecturas sobre la Constitución Española (II)*, Madrid, 1978, p. 519. Para Aláez hay un único derecho fundamental, el derecho a la educación, “compuesto por un complejo de normas orientadas a garantizar su objeto, una esfera vital, a través de distintas técnicas normativas que constituyen su contenido, del que forman parte, entre otros, tanto el derecho prestacional a una educación básica gratuita como la libertad de enseñanza”: ALÁEZ CORRAL, B., “El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009, pp. 34 y 35.

6. STC 337/1994, de 23 de diciembre, F. J. 9º.

potestad de autorregulación de las Universidades, en lo que se refiere a sus estatutos, órganos de gobierno o selección de personal.

Hasta aquí lo que se regula en la Constitución sobre el derecho a la educación. Está claro que “dentro de ese concepto y de la regulación constitucional se inserta un haz de derechos y libertades de diferente naturaleza, con distintos titulares y con diferentes objetos”, teniendo en cuenta además que “todos se interrelacionan entre sí, y deben ser interpretados en relación con otros preceptos constitucionales, como por ejemplo los que se refieren a la dignidad humana o a la libertad religiosa e ideológica”⁷.

En lo que se refiere al desarrollo legislativo estatal de los derechos educativos se aprobó, en primer lugar, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de junio del Derecho a la Educación (LODE)⁸. Esta norma fue modificada en algunos de sus preceptos por la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), por la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes (LOPEG), por la Ley Orgánica 10/1999, de 21 de abril, por la Ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre de Calidad de la Educación (LOCE), por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), que deroga la LOGSE, la LOPEG y la LOCE, modificando además algunos de los preceptos de la LODE y por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). Finalmente, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE) que deroga la LOMCE y modifica diversos preceptos de la LOE.

La primera legislación de desarrollo del art. 27 CE insistió en aspectos básicos de los derechos educativos, atendiendo especialmente a los principios de igualdad y participación, que se perfilaban como los grandes logros de la regulación constitucional. Así, el Preámbulo de la LODE señala que “la extensión de la educación básica, hasta alcanzar a todos y a cada uno de los ciudadanos, constituye, sin duda, un hito histórico en el progreso de las sociedades modernas” y corresponde “al Estado y a las Comunidades Autónomas, por medio de la programación general de la enseñanza, (...) asegurar la cobertura de las necesidades educativas, proporcionando una oferta adecuada de puestos escolares (...) y promoviendo la igualdad de oportunidades”.

La aprobación de la LOGSE representó una profundización en el principio de igualdad. Como ya sabemos, a tenor de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cláusula de la igualdad exige un tratamiento jurídico esmerado y preciso, circunscrito al supuesto concreto de aplicación del principio. La igualdad, entendida como el acceso de todas las personas a la educación constituye un logro irrenunciable, en un Estado democrático, y constituye el

7. VIDAL PRADO, C., El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 744.

8. En realidad, la primera fue la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares, pero no fue una auténtica Ley que desarrollara el derecho fundamental a la educación, sino sólo uno de sus aspectos.

más importante factor de progreso político y social⁹. La polémica se planteó porque el desarrollo de la LOGSE, que se llevó a cabo con lentitud y en fases sucesivas, entre otras razones por la escasez de presupuestos, estableció lo que se ha llamado “principio de comprensividad”, que generó inquietud en ámbitos académicos y en sectores directamente afectados. En opinión de GARCÍA GARRIDO, los legisladores de 1990 deberían haber introducido en la educación secundaria criterios “diversificadores”, que era la tendencia que imperaba en Europa en esa época. Por ello, “dejando a salvo sus méritos en otros aspectos y, en cualquier caso, la loable apuesta de sus promotores a favor de la igualdad, en su concepción de la educación secundaria, la LOGSE nació ya vieja en 1990”¹⁰.

Ambas normas, LODE y LOGSE, fueron modificadas por la LOCE, hoy completamente derogada, que se dictó, en medio de una notable polémica política y académica y protestas en la calle, con la intención de limar los desaciertos de la legislación anterior¹¹. La LOCE pretendió modificar la estructura del sistema educativo, pero además se sustentaba en una nueva filosofía, de tal forma que los cambios en el sistema educativo y su aprobación final demostraron el interés por las relaciones entre evaluación y educación. Esta modificación se ponía de manifiesto en el art. 1 LOCE que, entre otros, señala los principios de calidad del sistema educativo¹².

En la LOE aprobada en mayo de 2006, se reiteran los principios y derechos reconocidos en la Constitución y se reafirma el carácter de servicio público de la educación. Su texto ha sufrido ya varias modificaciones importantes¹³.

Por su parte la LOMCE pretende, según se señala en la exposición de motivos: “reducir la tasa de abandono temprano de la educación, mejorar los resultados educativos de acuerdo con criterios internacionales, tanto en la tasa comparativa de alumnos y alumnas excelentes, como en la de titulados en Educación Secundaria Obligatoria, mejorar la empleabilidad, y estimular el espíritu emprendedor de los estudiantes”. Y añade “los principios sobre los cuales pivota la reforma

9. DE LOS MOZOS, I. M^a, “Exigencias de la igualdad en la educación y legitimidad de especializaciones no discriminatorias”, *Persona y Derecho*, núm. 50, 2004, pp. 277-324.

10. GARCÍA GARRIDO, J. L., “Igualdad y libertad en la educación obligatoria: la experiencia comprensiva”, *Persona y Derecho*, núm. 50, 2004, pp. 429-430.

11. Durante la elaboración y, sobre todo, con la aprobación de la LOCE se produjo un amplio debate en toda la comunidad educativa, polémica en el ámbito social y descontento en algunas Comunidades Autónomas. Lo que probablemente explica que las Comunidades Autónomas de Aragón, Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura y las Islas Baleares presentaron cada una su respectivo recurso de inconstitucionalidad contra algunos de los preceptos de la LOCE. El Tribunal Constitucional admitió a trámite los recursos por providencia de 8 de abril de 2003, pero no se ha dictado Sentencia, al haber sido derogada la Ley Orgánica.

12. La LOCE pretendió implantar lo que se ha llamado “la cultura del esfuerzo”: BAJO SANTOS, N., “Los cinco ejes de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación (LOCE)”, *Anuario Jurídico Económico Escorialense*, núm. 37, 2004, pp. 744-747.

13. Así ha sido modificada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, por la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la anterior, Ley 26/2015, de 28 de julio, por la que se modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pero especialmente por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

son, fundamentalmente, el aumento de la autonomía de centros, el refuerzo de la capacidad de gestión de la dirección de los centros, las evaluaciones externas de fin de etapa, la racionalización de la oferta educativa y la flexibilización de las trayectorias”.

La última norma educativa, la recientemente aprobada LOMLOE (2020) es la norma vigente de la que nos ocuparemos en las próximas páginas, empezando por el proceso de elaboración de la norma y la reforma que plantea y posteriormente el impacto que dicha norma debe tener en el ámbito legislativo autonómico.

2.- El reparto competencial en materia educativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas

El derecho a la educación por ser un derecho fundamental recogido en la Constitución sólo puede ser desarrollado en su contenido esencial por Ley Orgánica. Determinados aspectos, sin embargo, pueden ser remitidos a normas de rango reglamentario estatal o, en determinados puntos, a la competencia de las Comunidades Autónomas a través de normas aprobadas en sus respectivas Asambleas Legislativas, o Decretos aprobados por los Consejos Ejecutivos autonómicos. De hecho, al ser el derecho a la educación un derecho de prestación, que las Comunidades Autónomas deben llevar a la práctica, se trata de una de las materias en las que más margen de actuación tienen las Comunidades Autónomas a la hora de desarrollar sus propias leyes, sin perjuicio de su necesaria colaboración con el Estado¹⁴.

Se trataría, en última instancia, de consolidar acuerdos básicos sobre los contenidos centrales de las políticas y de las estrategias en materia de educación. Acuerdos que además de implicar a los sujetos mencionados exigen una colaboración estrecha entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Así, al Estado le corresponde la función de definir los principios generales y uniformes en aras a la igualdad, pues el art. 149.1.1^a CE lo establece como competencia exclusiva estatal: “La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Pero además se permite que las Comunidades Autónomas tengan su propio ámbito de acción normativa, ya sea legislativa o reglamentariamente. La manifestación del art. 149.1.1^a obliga a los poderes públicos, y, en particular, al Estado, a asegurar la igualdad en las condiciones básicas en materia educativa en todo el territorio nacional. Este título competencial ha sido utilizado por Tribunal como elemento de referencia para interpretar el contenido de los títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia educativa. En materia de educación, la regulación por Ley Orgánica de materias conexas puede dar lugar a la incorporación de cláusulas de articulación para que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia puedan modificar o sustituir la regulación estatal, que en cualquier caso no queda dero-

14. ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional* (3^a ed.), Madrid, 2013, p. 789.

gada pues opera como Derecho supletorio para las Comunidades Autónomas¹⁵. El fundamento de esta competencia estatal intenta evitar diferenciaciones, dejando así que sea el Estado el que marque las líneas fundamentales de la educación mediante Ley Orgánica, vinculando de esta forma al legislador autonómico¹⁶.

A la vista de lo anterior, el art. 149.1.30^a CE otorga al Estado competencia exclusiva en dos materias diferentes: “regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales” y la normativa “básica para el desarrollo de la Constitución...”. Aunque estrechamente relacionadas, la primera plantea menos problemas que la segunda, pues reserva al Estado toda la función normativa en relación con todos los títulos oficiales, tanto académicos como profesionales. Las Comunidades Autónomas no tienen competencia alguna para establecer la regulación de estos títulos, y solamente puede llegar a asumir la ejecución de funciones relacionadas con los mismos (expedición, homologación, etc.)¹⁷. De hecho, la competencia exclusiva del Estado se extiende también a la regulación de algunas pruebas de evaluación, “en la medida en que la superación de las mismas es condición necesaria, aunque no suficiente, para la obtención de los títulos académicos”¹⁸.

La segunda, por su parte, referida a la elaboración de las normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE “debe entenderse en el sentido de que corresponde al Estado la función de definir los principios normativos y generales y uniformes de ordenación de las materias enunciadas en tal art. 27 de la CE”¹⁹. Es relevante, además, el argumento constitucional para dicha atribución estatal de competencias, contenida en el inciso final del apartado. De hecho, representa nuevos mandatos para los poderes centrales, pues se otorgan dichas facultades “[...] a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”²⁰.

Por ello, la consecución de los objetivos propuestos por la Constitución y las leyes de desarrollo del derecho a la educación y la libertad de enseñanza exigen una colaboración estrecha entre las distintas autoridades, especialmente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en la protección de estos derechos sobre todo en aspectos primarios de la gestión ordinaria escolar. Sólo es comprensible, por tanto, la asunción de la competencia autonómica con el estudio conjunto del art. 27 CE, en combinación con los arts. 149.1, 1^a y 30^a CE. Así, “de esta concepción del Estado como encargado de velar por intereses supracomunitarios

15. STC 5/1981, de 13 de febrero, F. J. 23^o; posteriormente STC 137/1986, de 6 de noviembre, F. J. 3^o.

16. Véase, en este sentido, DIEGO CASALS, J. L., *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de educación*, Oñati, 1989, pp. 150 y 151.

17. STC 112/2012, de 24 de mayo, F. J. 5, STC 170/2014, de 23 de octubre, F. J. 4, STC 176/2015, de 22 de julio, F. J. 4 y STC 14/2018, de 20 de febrero, F. J. 6, entre otras.

18. STC 66/2018, de 21 de junio, F. J. 4 y STC 14/2018, de 20 de febrero, F. J. 6.

19. STC 77/1985, de 27 de junio, F. J. 15.

20. La distribución de competencias en materia de educación ha sido abordada en diferentes ocasiones, por ejemplo, en LÓPEZ GUERRA, L., “La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de educación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, 1983, pp. 293-333; o DÍAZ REVOIRO, F. J., “Comunidades Autónomas y Educación”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 32, 2002, pp. 81-123.

se deriva la atribución implícita al mismo de tareas tales como la programación general de la enseñanza (art. 27.5), la inspección del sistema educativo (27.8) y la homologación del mismo, tareas que sólo cobran sentido referidos a instancias de ámbito general, comprendiendo todo el territorio español²¹.

En efecto, más allá de esta legislación básica, las Comunidades Autónomas han asumido prácticamente todas las demás competencias relacionadas con la educación, que la Constitución solo atribuye de forma genérica a los “poderes públicos”, sin señalamiento específico de la Administración competente. Lo han hecho a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, especialmente a raíz de sus últimas reformas, y de sucesivas Leyes Orgánicas de transferencia (art. 150.2 CE)²². De esta forma, en términos generales, las Comunidades Autónomas poseen actualmente competencias sustancialmente similares y muy amplias en materia de educación, que incluyen el desarrollo legislativo y reglamentario de la normativa básica aprobada por el Estado, así como la mayor parte de las competencias de gestión y de ejecución, dentro de sus respectivos ámbitos territoriales²³. En ese marco, el deslinde entre lo que constituye la legislación básica y lo que se adentra más allá, en el desarrollo de la materia, resulta especialmente problemático, lo que ha conllevado conflictos continuos entre las competencias estatales y las autonómicas en materia educativa.

Entre las materias que el Tribunal Constitucional ha considerado hasta ahora como parte de la legislación básica en materia de educación, se incluyen las siguientes²⁴:

21. LÓPEZ GUERRA, L., op. cit., p. 311.

22. Por ejemplo, la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE.

23. Precisamente, es una materia que se enumera entre las competencias estatutarias y que supone que la Comunidad asume el desarrollo legislativo y la ejecución. Así se señala expresamente en los Estatutos de Autonomía de Cantabria (art. 28); Castilla-La Mancha (art. 37); Comunidad de Madrid (art. 29); Comunidad Foral de Navarra (art. 47); Galicia (art. 31); La Rioja (art. 10); País Vasco (art. 16); Principado de Asturias (art. 18); y Región de Murcia (art. 16). Mención aparte merecen los Estatutos que se han reformado a partir de 2006. Las reformas comenzaron en la VIII Legislatura, y se modificaron seis Estatutos de Autonomía: valenciano, catalán, balear, andaluz, aragonés, castellano leonés, extremeño y, más recientemente, en 2018, canario. Algún autor ha señalado que esta etapa no ha supuesto una simple reforma de los Estatutos, sino una auténtica refundación de las Comunidades Autónomas (vid. Contreras Casado, M., “Las reformas de los Estatutos de Autonomía. Viejos y nuevos tiempos en la construcción del Estado autonómico”, *Anuario jurídico de la Rioja*, núm. 11, 2006, p. 21).

24. En ocasiones, las leyes estatales en materia de educación se remiten a un desarrollo reglamentario posterior por parte del Gobierno, también a nivel estatal. Por ejemplo, para el establecimiento de itinerarios formativos, la determinación de las pruebas de acceso a la formación profesional, las pruebas de acceso a la universidad, o la fijación de criterios en relación con las pruebas que deban realizar los alumnos que carezcan de la titulación exigida para el acceso a las enseñanzas deportivas, entre otras. La remisión a este desarrollo reglamentario no prejuzga si la normativa estatal infringe o no las competencias autonómicas de desarrollo en materia educativa, puesto que el Estado también puede establecer normativa básica por medio de reglamentos. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional: “Sin perjuicio de la valoración que corresponda hacer en su día del contenido concreto que se dé a esas disposiciones reglamentarias básicas que dicte el Estado, la mera habilitación al Gobierno contenida en la LOE no es invasiva de

(i) la ordenación general del sistema educativo, la fijación de las enseñanzas mínimas, el establecimiento de las condiciones básicas para el desarrollo del art. 27 CE y la alta inspección (STC 6/1982, F. J. 4);

(ii) fijar el calendario de aplicación de las leyes estatales en materia educativa o de sus modificaciones (STC 162/2013, F. J. 5-6 y 14/2018, F. J. 9);

(iii) programación general de la enseñanza no universitaria, cuyo ejercicio debe dejar margen a las Comunidades Autónomas para completar esa programación e impulsar sus políticas educativas²⁵;

(iv) la identificación de las etapas y especialidades básicas de todo el sistema educativo y, en especial, de la educación básica²⁶;

(v) la determinación de la estructura, las finalidades, los objetivos y la evaluación de la educación primaria, secundaria y bachillerato, con mayor detalle y extensión en el caso de los elementos estructurales²⁷;

(vi) la regulación de los horarios mínimos en general, y en especial en relación con la enseñanza del castellano o de otras asignaturas²⁸;

(vii) el establecimiento de enseñanzas mínimas en lo que respecta a los módulos voluntarios y de adultos, o la fijación de objetivos por bloques temáticos en relación con cada disciplina, materia o asignatura²⁹;

(viii) los criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas o los estándares de aprendizaje evaluables, así como los aspectos básicos del currículum³⁰;

(ix) los datos especiales que deban constar en los cuestionarios de contexto (socioeconómico, cultural, etc.), sin que ello pueda significar la imposición de un único modelo de cuestionario cerrado para todas las Comunidades Autónomas³¹; o

(x) otros aspectos como la educación especial y de alumnos con necesidades específicas, la educación preescolar, la definición de las tareas de los tutores, los

las competencias autonómicas en atención a ese presunto agotamiento de las bases, que no es posible dilucidar de forma apriorística. Aparte de que ya en otras ocasiones, como en nuestra STC 207/2012, de 14 de noviembre, FF. JJ. 5 y 6, hemos apreciado el carácter materialmente básico de desarrollos reglamentarios dictados en esta materia del acceso a la universidad” (STC 66/2018, de 21 de junio, F. J. 4).

25. STC 131/1996, de 11 de julio, F. J. 3, STC 47/2005, de 3 de marzo, F. J. 11 y STC 51/2019, de 11 de abril, F. J. 4.

26. *Ibíd.*, F. J. 6.

27. STC 77/1985, de 27 de junio, F. J. 15, STC 14/2018, de 20 de febrero, STC 31/2018, de 10 de abril y STC 51/2019, F. J. 6, STC 96/2018, de 19 de septiembre, F. J. 3 y 4.

28. STC 87/1983, de 27 de octubre, F. J. 4 o STC 212/2012, de 14 de noviembre, F. J. 9.

29. STC 24/2013, de 31 de enero, F. J. 5 y 6, STC 14/2018, de 20 de febrero, F. J. 5 o STC 51/2019, de 11 de abril, F. J. 5 y 6.

30. STC 14/2018, de 20 de febrero, F. J. 8, STC 49/2018, de 10 de mayo, F. J. 5, STC 96/2018, de 19 de septiembre, F. J. 3 a 5; STC 53/2018, de 24 de mayo, F. J. 3, STC 66/2018, de 21 de junio, F. J. 4, STC 68/2018, de 21 de junio, F. J. 5; STC 96/2018, de 19 de septiembre, F. J. 3 y 4; y STC 51/2019, de 11 de abril, F. J. 5.

31. STC 109/2019, de 1 de octubre, F. J. 9 y STC 114/2019, de 16 de octubre, F. J. 4.

conciertos educativos, los criterios de adjudicación de plazas escolares o la equivalencia y homologación de otros títulos³².

Otros contenidos educativos conexos, en cambio, no formarían parte de la legislación básica. Es decir, aquellos incorporados a la formación del alumnado, pero dirigidos a otros fines principales, como la protección de consumidores y usuarios a través de una mayor formación³³.

Como puede apreciarse, la determinación de lo que constituye una normativa básica en materia de educación, reservada al Estado, y la normativa de desarrollo correspondiente a las Comunidades Autónomas, tiene un marcado carácter casuístico. Sin embargo, puede apreciarse cómo un criterio común se repite en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la necesidad de que el Estado no agote la regulación de la materia en ninguno de estos aspectos, dejando margen suficiente a las Comunidades Autónomas para su concreción. El Tribunal Constitucional ha avalado así la normativa básica estatal cuando “contempla espacio para el desenvolvimiento y el ejercicio de las competencias autonómicas” y dejan “un margen de desarrollo a las Comunidades Autónomas”³⁴, o cuando “no agota el campo normativo, sino que, por el contrario, prevé expresamente la existencia de un complemento de los contenidos de las asignaturas troncales, a establecer por las Comunidades Autónomas” y la “competencia autonómica queda condicionada solo parcialmente”³⁵.

3.- La tramitación parlamentaria de la LOMLOE

En mayo de 2018, el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso presentó una moción de censura al Gobierno presidido por Mariano Rajoy. Por primera vez en nuestra historia constitucional la moción resultó aprobada el 1 de junio de 2018, produciéndose la correspondiente alternancia en la Presidencia del Gobierno, siendo investido con la confianza del Congreso Pedro Sánchez.

En la nueva formación del Gobierno el presidente del Gobierno nombró ministra de Educación a María Isabel Celaá Diéguez que, en su primera comparecencia ante la Comisión de Educación y Formación Profesional del Congreso de los Diputados, anunció que el primer proyecto de ley del Gobierno iba a ser la Ley Orgánica de educación, indicando que el anteproyecto estaba ya listo para su tramitación. En esa comparecencia señaló la ministra: “Es una ley que deroga

32. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en estas materias, “la mera modificación de la regulación en aspectos puntuales, incluso de calado, no implica por sí misma una alteración del sistema de distribución competencial contraria al bloque de constitucionalidad. En particular, el que la delimitación entre el ámbito de lo básico y el espacio abierto al desarrollo legislativo autonómico en materia de educación atendiera anteriormente a un criterio horario y ahora a un criterio sustantivo o distinto, como afirma la letrada autonómica, no implica que, si aquella ordenación era constitucional, la actual deje de serlo por esa sola circunstancia” (STC 68/2018, de 21 de junio, F. J. 5).

33. STC 15/1989, de 26 de enero, F. J. 6.

34. STC 68/2018, de 21 de junio, F. J. 5.

35. STC 14/2018, de 20 de febrero, F. J. 5.

la LOMCE y sus negativas consecuencias, pero es mucho más que eso: es una puerta que abre el camino a otras mejoras que nuestro sistema educativo necesita, mejoras que guiarán el desarrollo normativo en el que ya estamos trabajando. Durante estos últimos meses se han sentado las bases para que las reformas puedan ahora desarrollarse con celeridad, pero con solidez. En las próximas fechas les propondremos un proyecto de ley que asienta la educación pública como eje vertebrador del sistema educativo e incorpora los consensos sociales alcanzados en todos estos años que vienen dando estabilidad a nuestro sistema educativo; una ley que garantiza la igualdad de oportunidades y permite la personalización de caminos formativos adaptados a las necesidades del alumnado³⁶.

Se preparó el Anteproyecto de Ley que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de febrero de 2019. Emitió informe sobre este Anteproyecto el Consejo Escolar del Estado que entre otras muchas cuestiones reiteró su deseo “a favor de un pacto político por la educación y lo vuelve a hacer en este momento, porque las razones que lo justifican siguen vigentes: procurar una regulación de la educación que, en sus aspectos fundamentales, sea estable por contar con un amplio apoyo parlamentario y que, consiguientemente, conforme una política de Estado a largo plazo que asegure su continuidad más allá de la alternancia de las mayorías de gobierno³⁷. Exigía también el Consejo la necesidad de que se adoptará “un compromiso explícito de incremento del gasto público en educación³⁸”.

Sin embargo, este Proyecto no llegó a publicarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales puesto que el 4 de marzo de 2019, se decretó la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria de elecciones que tendrían lugar el 28 de abril. Sabido es que al iniciarse la XIII Legislatura, en mayo de 2019, el Rey Felipe VI propuso a principios de junio a Pedro Sánchez como candidato a la presidencia del Gobierno, y el candidato se sometió en julio a la confianza del Congreso de los Diputados. Pero no consiguió ser investido y, en ausencia de acuerdos políticos para una nueva propuesta, el Rey no volvió a celebrar consultas con los líderes parlamentarios hasta el 16 y 17 de septiembre, constatando que no existía un candidato con los apoyos necesarios, por lo que no propuso ningún nuevo candidato a la presidencia del Gobierno y el 24 de septiembre, transcurridos dos meses desde la primera votación de investidura, tal como establece el art. 99.5 CE, las Cortes Generales quedaron nuevamente disueltas y se convocaron elecciones generales para el 10 de noviembre de 2019.

Estos avatares políticos no fueron óbice para que el nuevo Consejo de Ministros, surgido de ese nuevo proceso electoral aprobara, el 3 de marzo de 2020, de nuevo el Proyecto de Ley Orgánica de Educación, remitiendo el texto a las Cortes para su tramitación. Esta vez no se acompañaron al Anteproyecto nuevos dictámenes sustanciales, como la consulta al Consejo de Estado o al Consejo Escolar del Estado. Es cierto que en la Memoria de Análisis del Impacto Normativo (MAIN) se recogen los informes que recibió el Anteproyecto de 2019 de ahí

36. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Formación Profesional, núm. 572, de 11 de julio de 2018, p. 5.

37. Dictamen del Consejo Escolar del Estado núm. 1, de 8 de enero de 2019, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, pp. 8-9.

38. Ídem, p. 8.

la celeridad de su tramitación³⁹. Evidentemente a través de la MAIN se pretende, en general, garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, se considera imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre el ámbito competencial, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias⁴⁰. El estudio de impacto normativo formaría parte de la evaluación ex ante de la norma que debería servir como base fundamental de su motivación o justificación racional, puesto que la memoria se ha ido convirtiendo en un documento de referencia cuya incorporación no es un trámite más a cumplimentar del procedimiento de elaboración de las normas. De ahí que destaquemos que para la tramitación de la LOMLOE no se actualizara la MAIN, sino que se siguieran utilizando informes anteriores. No hay que olvidar que se trata de un importante instrumento de evaluación ex ante de las normas jurídicas que comparte con la evaluación legislativa ex post la mejora de la calidad, de la eficiencia y eficacia de las decisiones de los poderes públicos, aunque se diferencia de ésta por el momento en que se efectúa y, en su caso, por los órganos encargados de llevarla a cabo.

Este es el proyecto que terminaría siendo aprobado en diciembre de 2020 como la Ley Orgánica 3/2020 que es la norma que nos ocupa. Sorprende en la tramitación parlamentaria la rapidez con que fue aprobada, teniendo en cuenta los difíciles momentos vividos en España, no solo por el confinamiento, sino por la declaración del estado de alarma, aunque cierto es que los debates fueron complejos y los desacuerdos que duran hasta este momento fueron muchos⁴¹.

39. En la MAIN, constan los informes de la Conferencia Sectorial de Educación, el Dictamen del Consejo Escolar del Estado, el Informe de la Junta de Participación de los Consejos Escolares Autonómicos, el Informe del Consejo General de Formación Profesional, el Dictamen del Consejo Superior de Enseñanzas Artísticas, el Informe de la Conferencia General de Política Universitaria, el Informe del Consejo de Universidades y el Trámite de audiencia e información pública en la Mesa de Negociación del Personal Docente no Universitario.

40. Se echa especialmente de menos el impacto económico que tendrá la entrada en vigor de la LOMLOE para las distintas Administraciones educativas, tanto para la Administración General del Estado, como muy especialmente para las Administraciones educativas de las Comunidades Autónomas. Lo señalaba en estos términos Carlos Vidal: “La reciente reforma de la LOMLOE ha sido muy polémica en este ámbito, y resulta criticable, entre otras cosas, precisamente por este aspecto: no hay previsiones económicas concretas, no se incluyen datos específicos en la Memoria económica que permitan aventurar una eficacia a corto plazo de las medidas previstas”. VIDAL PRADO, C., “Educación e igualdad”, 2021, p. 8, disponible en [Texto-discussant-ACE-03032021.pdf](https://www.aces.es/texto-discussant-ACE-03032021.pdf) [aces.es].

41. Señala Martínez-Candado “que en el espíritu del PSOE no estuvo nunca la intención real de alcanzar un pacto que diera estabilidad al sistema” y que la nueva Ley Orgánica coincide plenamente con los postulados del documento denominado “Documento de bases para una nueva Ley de Educación” que, en septiembre de 2017, firmaron el PSOE, con Izquierda Unida, Podemos y ERC: MARTÍNEZ-CANDADO, J., “La eliminación de la demanda social en la LOMLOE: ¿hacia un nuevo modelo educativo?”, 2021, p. 6, disponible en <https://www.aces.es>.

En primer lugar, en su paso por el Congreso, en la Comisión de Educación y Formación Profesional, el Proyecto recibió casi dos mil enmiendas (exactamente 1168) de las cuales prosperarían unas doscientas según consta en el Informe de la Ponencia⁴². Fue aprobado en el Pleno del Congreso con una diferencia de un voto⁴³.

En segundo lugar, en el Senado se presentaron tres propuestas de veto y 648 enmiendas⁴⁴. Las propuestas de veto fueron presentadas por los Grupos parlamentarios popular, ciudadanos y por el Senado Alberto Prudencio Catalán Higuera (del Grupo mixto pero perteneciente al Partido Unión del Pueblo Navarro). Los debates en la Comisión se desarrollaron a lo largo del mes de diciembre de 2020 y se aprobó el texto definitivo el 18 de diciembre, sin introducir modificaciones en el remitido por el Congreso de los Diputados⁴⁵.

La LOMLOE plantea una reforma del sistema educativo alrededor de cinco enfoques. En primer lugar, la Ley incluye el enfoque de derechos de la infancia entre los principios rectores del sistema, según lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas; en segundo lugar, adopta un enfoque de igualdad de género; en tercer lugar, plantea un enfoque transversal orientado a que todo el alumnado tenga garantías de éxito en la educación; en cuarto lugar, reconoce la importancia de atender al desarrollo sostenible de acuerdo con lo establecido en la Agenda 2030; y en quinto lugar, la Ley insiste en la necesidad de tener en cuenta el cambio digital que se está produciendo en nuestras sociedades y que forzosamente afecta a la actividad educativa. Señala así el Preámbulo que “la adopción de estos enfoques tiene como objetivo último reforzar la equidad y la capacidad inclusiva del sistema, cuyo principal eje vertebrador es la educación comprensiva”.

La Ley se estructura en un artículo único de modificación de la LOE, que incluye noventa y nueve apartados, en cada uno de los cuales se modifican parcialmente o se da nueva redacción a setenta y siete artículos de la LOE, diecinueve disposiciones adicionales y tres disposiciones finales. La LOMLOE incorpora, además, ocho disposiciones adicionales, cinco transitorias que regulan distintos aspectos del periodo de implantación, una disposición derogatoria y seis disposi-

es/congreso-xviii/wp-content/uploads/sites/4/2021/02/LA-ELIMINACI%C3%93N-DE-LA-DEMANDA-SOCIAL-EN-LA-LOMLOE.-HACIA-UN-NUEVO-MODELO-EDUCATIVO.docx.pdf

42. Las enmiendas pueden consultarse en el BOCG, Congreso de los Diputados, de 20 de octubre de 2020, núm. 7-2. Por su parte el informe emitido por la Ponencia puede consultarse en el BOCG, Congreso de los Diputados, de 19 de noviembre de 2020, núm. 7-3.

43. El debate como decíamos fue duro y en algunos casos con importantes desacuerdos. Puede verse en el DSCD, de 19 de noviembre de 2020, núm. 61, pp. 6-22. El resultado de la votación fue el siguiente: 342 votos emitidos (102 presenciales más 240 votos telemáticos); 177 votos a favor (69 presenciales más 108 votos telemáticos); 148 votos en contra (33 presenciales más 115 votos telemáticos); y 17 abstenciones (todas ellas votos telemáticos).

44. Puede consultarse toda la tramitación parlamentaria del Proyecto en la página web [Iniciativas parlamentarias | Senado de España](#).

45. En el Senado el Proyecto fue aprobado por 142 votos a favor, 112 en contra y nueve abstenciones: [Sesiones plenarias | Senado de España](#).

ciones finales relativas al desarrollo reglamentario, el calendario de implantación y la entrada en vigor.

4.- Principales novedades de la LOMLOE, en especial lo relativo a la implicación de las Comunidades Autónomas

Como hemos señalado anteriormente, la educación es una materia en la que existe competencia estatal, pero en la que las Comunidades Autónomas también tienen especial protagonismo. Destacamos del contenido de la LOMLOE, algunos aspectos relevantes en los que las Comunidades van a tener que implementar medidas y por supuesto incrementar recursos, teniendo en cuenta que ya a la hora de escribir estas líneas se han manifestado algunos conflictos.

En cuanto a las modificaciones más relevantes de la LOMLOE subrayamos, en primer lugar, en relación con el currículum que debe estar dirigido al desarrollo de las competencias, así como que los estándares de aprendizaje evaluables desaparecen. En este sentido el Gobierno previa consulta de las Comunidades Autónomas fijará las enseñanzas mínimas que requerirán el 50% de los horarios escolares para las Comunidades Autónomas que tengan lengua cooficial (con la LOE era el cincuenta y cinco) y el sesenta (con la LOE era el sesenta y cinco) para aquellas que no la tengan.

En segundo lugar, se elimina la clasificación de las materias en troncales específicas y de libre configuración, así como las pruebas finales de primaria, ESO y bachillerato. Se creará una unidad dentro del Ministerio de educación y formación profesional que en cooperación con las Comunidades Autónomas revisará y actualizará el currículum. Las Comunidades Autónomas determinarán el porcentaje de los horarios escolares de que dispondrán los centros docentes para garantizar el desarrollo integrado de todas las competencias de la etapa y la incorporación de los contenidos de carácter transversal a todas las áreas, materias y ámbitos.

En tercer lugar, la educación inclusiva pasa a ser un principio fundamental con el fin de atender a la diversidad de las necesidades de todo el alumnado. La UNESCO ha afirmado que una educación inclusiva “significa cambios y modificaciones de contenido, enfoques, estructuras y estrategias, con una visión común que abarca a todos los niños del grupo de edad apropiado y el convencimiento de que es la responsabilidad del sistema de enseñanza general educar a todos los niños... la inclusión se ocupa de la determinación y la eliminación de barreras”⁴⁶. Así educación inclusiva hace referencia especialmente a las personas con discapacidad, pero también a la necesidad de que la educación llegue a todas las personas en condiciones de igualdad. El éxito de la educación inclusiva está íntimamente ligado con los recursos personales, con unos profesionales plenamente preparados para la inclusión y recursos materiales de los centros docentes para fomentar

46. Directrices sobre políticas de Inclusión en la Educación, UNESCO, 2005.

los apoyos individualizados. Así, identificar y promover las variables de cambio es un paso fundamental para favorecer la inclusión educativa⁴⁷.

El Tribunal Constitucional ha señalado que de la normativa que existe en España “se desprende, como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. En definitiva, la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan sólo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, (...) dicha Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario”⁴⁸.

En cuarto lugar, especial relevancia tiene lo relativo a los conciertos educativos y su afectación a las Comunidades Autónomas. Entre las modificaciones que recaen sobre aspectos del Título IV de la LOE, sobre centros docentes, la LOMLOE reforma el art. 109 que señala en su apartado segundo que “las enseñanzas reguladas en esta Ley se programarán por las Administraciones educativas teniendo en cuenta la oferta existente de centros públicos y la autorizada en los centros privados concertados, asegurando el derecho a la educación y articulando el principio de participación efectiva de los sectores afectados como mecanismo idóneo para atender adecuadamente los derechos y libertades y la elección de todos los interesados”. Y añade en el apartado tercero: “En el marco de la programación general de la red de centros de acuerdo con los principios anteriores, las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de modo que garanticen la existencia de plazas públicas suficientes, especialmente en las zonas de nueva población”. Se alude asimismo a que corresponde a las Comunidades Autónomas el desarrollo del régimen de conciertos educativos respetando la regulación que apruebe el Estado central teniendo en cuenta que el “concierto establecerá los derechos y obligaciones recíprocas en cuanto a régimen económico, duración, prórroga y extinción, número de unidades escolares concertadas y demás condiciones, con sujeción a las disposiciones reguladoras del régimen de conciertos”, como señala la exposición de motivos de la LOMLOE.

La creación de centros docentes como decíamos anteriormente está amparada por el art. 27.9 CE que establece que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. Desde las primeras leyes educativas se prevé esa posibilidad regulándose el régimen específico de conciertos para los Centros privados que impartan la educación obligatoria,

47. Ver al respecto ORTIZ GONZÁLEZ, M^a C. y LOBATO QUESADA, X. “Escuela inclusiva y cultura escolar, algunas evidencias empíricas”, *Bordón. Revista de pedagogía*, Vol. 55, núm. 1, 2003, pp. 27-40.

48. STC 10/2014, de 27 de enero, F. J. 4.

dejando que sean las Comunidades Autónomas las que desarrollen la legislación básica en este punto y establezcan sus propias normas para regular los conciertos educativos⁴⁹. Y esta posibilidad fue también avalada hace ya años por el Tribunal Constitucional, señalando que no era posible que “mediante una actividad des-coordinada y diversa de las Comunidades Autónomas en la concesión de ayudas a los Centros docentes” se pudiera producir “una vulneración del principio de igualdad proclamado en la Constitución”⁵⁰. Además, añadía el Tribunal que “a través del sistema de conciertos, el legislador, al mismo tiempo que garantiza que la enseñanza se imparte en condiciones de gratuidad, puede imponer el carácter no lucrativo de las actividades”, teniendo en cuenta que el “cálculo de los ingresos totales habrá de hacerse garantizando la cobertura de los costos totales de estas actividades, pero no puede invocarse de modo convincente argumento alguno basado en derechos fundamentales o en normas constitucionales de otro género en favor de un supuesto beneficio empresarial derivado de actividades en los Centros concertados”.

A estos centros no se les permitirá que las actividades docentes tendentes a la formación total del alumno tengan carácter lucrativo, aunque “un Centro que haya aceptado el régimen de conciertos sí podrá desempeñar otras actividades docentes con carácter lucrativo fuera del nivel de enseñanza sometido a concierto”⁵¹.

La duda está en relación con el contenido de la LOMLOE acerca del marco de actuación que tienen las Comunidades Autónomas para fijar los conciertos, respetando las pautas que fije el Estado, pues el Tribunal Constitucional entiende que es constitucional que el “legislador, del modo que considere más oportuno en uso de su libertad de configuración, atienda, entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión”⁵².

49. Aunque el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre ello señala GUARDIA que hay “dos interpretaciones constitucionales del art 27.9 de la Ley Fundamental: una primera que afirma que sí existe un derecho fundamental al acceso a la financiación pública, manifestación del principio de subsidiariedad, y una segunda que opina que en realidad estamos ante un claro derecho de configuración legal”: GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J., “Marco constitucional de la enseñanza privada española sostenida con fondos públicos: recorrido histórico y perspectivas a futuro”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 17, núm. 1, 2019, p. 330.

50. STC 77/1985, de 27 de junio, F. J. 11.

51. Ídem, F. J. 13.

52. STC 86/1985, de 10 de julio, F. J. 3. Esta nueva regulación refuerza lo que ya se señalaba en normas anteriores y en palabras de GUARDIA “este modo de proceder es análogo al primer desarrollo e implantación en el derecho francés de la ley Debré, de 1959, precedente del sistema español. En efecto, durante los primeros años de aplicación de esta norma, la inclusión de un establecimiento privado en el régimen de asociación (établissements sous contrat d’association), que implica financiación pública, estaba supeditada a la exigencia de una necesidad escolar reconocida (le besoin scolaire reconnu). Esta ley, por lo tanto, únicamente tenía en cuenta las necesidades cuantitativas de la demanda escolar: solo en caso de que los colegios públicos no fueran capaces de absorber la demanda escolar cabía la asociación de un colegio privado”: GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J., op. cit., p. 336.

En definitiva, tres son las condiciones que se van a exigir a las Comunidades Autónomas para regular lo relativo a los conciertos. Primera que los colegios tendrán que ser gratuitos y, por tanto, no podrán cobrar cuotas. Esta primera condición ya ha estado implícita desde los primeros desarrollos legales del art. 27 CE, pues “el concierto escolar, se basa en la idea de ayuda pública de los centros escolares, estableciendo el concierto condiciones de gratuidad o una disminución en los precios”⁵³. Segunda, que los colegios asuman un compromiso social en orden a la prestación del servicio de interés público que es la educación. Y tercera, se obliga como señala la Exposición de Motivos a una “escolarización equitativa del alumnado”, lo que supone una búsqueda de una educación inclusiva de la misma forma que en la pública.

5.- Conclusiones

La realidad nos ha llevado en numerosas ocasiones a conflictos continuos entre las competencias estatales y las autonómicas en materia educativa y a la creciente demanda de que se pueda llegar a firmar un gran pacto en esta materia que asegure tanto el desarrollo del derecho constitucional como evitar esas desigualdades que venimos apreciando. Así lo han señalado numerosos autores, pero es necesaria además la existencia de voluntad política, de ceder aceptando la existencia del pluralismo como principio asentado en nuestra sociedad democrática y que se desarrolle nuevamente una política de consenso. Utilizando las palabras de VIDAL “ese Pacto educativo debe partir de lo ya hecho, del acuerdo en lo fundamental, y no perseguir revisarlo todo de nuevo desde el principio”, teniendo en cuenta que “si hubiera verdadera voluntad política de pactar, no parece tan difícil llegar al acuerdo, teniendo en cuenta la realidad que hemos vivido, que hay elementos básicos del sistema en los que parece que ha habido y sigue habiendo acuerdo, y dejando al margen aquellas cuestiones controvertidas, sobre las que la experiencia nos dice que los consensos son más complicados”⁵⁴.

A partir del curso 2000/2001 las distintas Comunidades Autónomas ejercieron sus competencias en materia educativa. Asumieron también el ejercicio de la gestión directa del servicio público educativo, así como el desarrollo de la normativa básica aprobada por el Estado, quedando consolidado el panorama competencial educativo, que desde la aprobación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía había tenido un tratamiento diverso en las diferentes Comunidades Autónomas. Señala VIDAL que “por lo que se refiere a su regulación en vía reglamentaria, una vez concluido el proceso de traspasos competenciales en materia educativa, el Estado creó áreas funcionales de Alta Inspección de Educación integradas en las Delegaciones del Gobierno en las dis-

53. MARCOS PASCUAL, E., “Los conciertos educativos y la libertad de elección de centro educativo”, *UNED. Revista de Derecho*, núm. 25, 2019, p. 443.

54. VIDAL PRADO, C., “El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros”..., cit., p. 758.

tintas Comunidades”⁵⁵. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha reducido las funciones de la “alta inspección” y, por lo mismo, la competencia del Estado, a las de “vigilancia” y “no control jerárquico”, para “propiciar la corrección de los fallos que se detecten”, pero no para llevar a cabo, directamente, esa corrección⁵⁶. En palabras del Tribunal Constitucional “la alta inspección constituye una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar en su caso a instar la actuación de los controles constitucionionalmente establecidos en relación con las Comunidades Autónomas, pero no a sustituirlos convirtiendo a dicha alta inspección en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control”⁵⁷.

En definitiva, el texto constitucional exige a los poderes públicos establecer una “programación general” de las enseñanzas, que incluya todos los niveles de educación, que queda regulada en el art. 27 LODE. El apartado 2 de este artículo dispone que el Estado y las Comunidades Autónomas han de definir las necesidades prioritarias en materia educativa, fijar los objetivos de actuación y determinar los recursos necesarios, de acuerdo con la planificación económica general del Estado. Para la consecución de estos fines se crea la Conferencia de Consejeros titulares de educación, que reunirá a los consejeros de Educación de las Comunidades Autónomas y representantes del Ministerio de Educación. Esta Conferencia está presidida por el titular del Departamento ministerial. El art. 28 LODE dispone que esta Conferencia se reúna “cuantas veces sea preciso para asegurar la coordinación de la política educativa y el intercambio de información”. Además, con anterioridad a la deliberación del Consejo Escolar del Estado, deberá reunirse la Conferencia de Consejeros.

Vistas las cuestiones anteriores creemos que una de las posibilidades para mejorar la coordinación y cooperación entre todas las Administraciones educativas para corregir las desigualdades territoriales en materia educativa, sería potenciar la labor de una serie de órganos que “están diseñados en su mayor parte desde hace ya varios lustros, pero no han alcanzado el funcionamiento óptimo y están, además, infrutilizados”⁵⁸. Nos referimos especialmente a la Conferencia Sectorial de Educación, al Consejo Escolar del Estado y a la Alta Inspección.

El trabajo de la Conferencia sectorial de educación es el de la coordinación de las distintas políticas desarrolladas en el ámbito de la educación no universitaria y deberá reunirse con carácter previo a las deliberaciones del Consejo Escolar del Estado. Señala FOCES que “de la Conferencia Sectorial de Educación destacamos su escasa operatividad, su vaciamiento de contenidos políticos y el

55. VIDAL PRADO, C., “Descentralización y derechos educativos, 40 años después”, en ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. y VIDAL PRADO, C. (Coords.), *La Constitución española: 1978-2018*, Madrid, 2018, p. 342.

56. Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido criticada tanto por ARAGÓN REYES, M., op. cit., p. 197, como por VIDAL PRADO, C., “Descentralización y derechos educativos, 40 años después” ..., cit., pp. 343-344.

57. STC 32/1983, de 28 de abril, F. J. 2º.

58. FOCES GIL, J. A., *Política y educación en el Estado Autonomico*, Madrid, 2017, p. 160.

espectacular abandono del ejercicio de determinadas competencias compartidas (es clamorosa la incuria sobre la competencia compartida de la programación general de la enseñanza), ciñéndose la mayor parte de su actividad a las cuestiones meramente burocráticas”⁵⁹.

Por lo que se refiere al Consejo Escolar del Estado fue creado por el art. 30 LODE y es definido como “el órgano de ámbito nacional para la participación de los sectores afectados en la programación general de la enseñanza y de asesoramiento respecto de los proyectos de ley o reglamentos que hayan de ser propuestos o dictados por el Gobierno”. Con carácter periódico presenta informes sobre el estado de la educación en España y en estos informes ha sido una constante la preocupación por las desigualdades educativas entre las diferentes Comunidades Autónomas. Así, además destaca su labor como órgano consultivo del Gobierno⁶⁰. Desde el primer informe presentado en 1988 el Consejo destacó “la nueva dimensión autonómica del Estado e hizo mención explícita de la desigualdad que comenzaba a detectarse”, y aunque era pronto para intuir como se iba a desarrollar el Estado Autonómico el informe “presenta la enorme virtud de ser muy expresivo en sus afirmaciones y un vehículo de la opinión del Consejo, más allá de una colección de normas informadas o publicadas en los diarios oficiales o una memoria anual de las cifras educativas en España”⁶¹.

En el último informe que presenta el Consejo se trata esta cuestión utilizando términos muy duros en relación con la necesidad de que se “retome sin demora el trabajo que conduzca finalmente a un pacto de Estado por la educación con el fin de mejorar la educación en España, por encima de los intereses partidistas y de la rentabilidad mediática y electoral”, recordando la importancia de ese pacto educativo para evitar esas desigualdades territoriales⁶².

Finalmente, por lo que se refiere a la Alta Inspección educativa está regulada en el Título VII de la LOE fijando en su art. 149 que corresponde al Estado, con el fin de garantizar el cumplimiento de las facultades que se le atribuyen en materia educativa, así como la observancia de los principios y normas constitucionales y básicas que desarrollen el art. 27 CE. De sus funciones se desprende que la labor de la Alta Inspección es esencial en el ámbito educativo y esta labor ha sido respaldada por el Tribunal Constitucional que la considera como una institución de verificación o fiscalización del Estado, que ha de utilizar los instrumentos de control constitucionalmente establecidos. En palabras del propio Tribunal: “La alta inspección constituye una competencia estatal de vigilancia,

59. FOCES GIL, J. A., “Educación y desigualdades regionales en España”, *Cuadernos de pensamiento político FAES*, núm. 60, 2008, p. 40.

60. Así señala EMBID además de ser un órgano consultivo, es “un órgano de representación de intereses de afectados con la idea de buscar la mejor ilustración para la adopción de políticas públicas como, al tiempo, de conseguir la conformidad de la sociedad con las decisiones públicas que pretenden adoptarse en una suerte de legitimación previa de las mismas que deja orillado al Parlamento si no formalmente sí en muchas ocasiones, materialmente”: EMBID IRUJO, A., *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 2000, p. 264.

61. FOCES GIL, J. A., *Política y educación en el Estado Autonómico...*, cit., p. 221.

62. Consejo Escolar del Estado, *Informe 2019 sobre el estado del sistema educativo. Curso 2017-2018*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1988, pp. 572-573.

pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar en su caso a instar la actuación de los controles constitucionalmente establecidos en relación con las Comunidades Autónomas, pero no a sustituirlos convirtiendo a dicha alta inspección en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control⁶³.

La competencia de inspección de la gestión corresponde a las Comunidades Autónomas, pues la inspección como tal “tiene una naturaleza mixta, en la que predomina el carácter de inspección general de servicios altamente especializada sobre los centros docentes, servicios y programas públicos, pero que se ejerce también sobre otros sujetos obligados (centros docentes privados y concertados) en virtud del principio de coordinación del sistema educativo, para garantizar en ambos casos el derecho a la educación de los ciudadanos”, y del reparto competencial en esta materia “se deduce con claridad que la competencia de inspección de educación que denominamos técnica pertenece a las Comunidades Autónomas, mientras que la denominada alta inspección corresponde inequívocamente al Estado, y ambas son funciones claramente diferenciada⁶⁴. Como ya hemos indicado, según las previsiones del art. 27.8 CE son los poderes públicos los que han de inspeccionar el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes, lo que supone que se confiere la labor de inspección a las Comunidades Autónomas, con carácter general corresponde a los inspectores de educación⁶⁵.

Visto lo que hemos señalado debemos concluir considerando que uno de los principales problemas que tiene el derecho a la educación en España, entre otros, es el relativo a las desigualdades territoriales. Esta cuestión se pone de manifiesto desde los inicios de nuestro camino constitucional que se emprendió hace ya más de cuarenta años. A un precepto constitucional exhaustivo, el 27, y a un desarrollo legislativo prolífico y cambiante hemos de sumar la asunción de competencias autonómicas en la materia de manera desigual. Estas disfunciones han sido detectadas por el Comité de derechos del niño, pero también internamente han sido puestas en evidencia por el Consejo Escolar del Estado.

Ninguno de los órganos que podían haber procurado esa cohesión territorial ha funcionado en España probablemente porque en realidad “no importa tanto el nivel de descentralización real previsto en la norma, como la voluntad de acuerdo, la convicción de que se debe avanzar respetando la unidad dentro de la diversidad, de que, aunque uno represente a una parte también pertenece a un todo⁶⁶”.

63. STC 32/1983, de 28 de abril, en su F. J. 2º. Igual doctrina encontramos asimismo en SSTC 42/1983, de 20 de mayo, F. J. 3º D y 22/2012, de 16 de febrero, F. J. 3º. Véase el alcance de esta jurisprudencia en VIDAL PRADO, C., “Descentralización y derechos educativos, 40 años después”..., cit., pp. 343-344.

64. Galicia Mangas, F. J., “El régimen jurídico de la inspección de educación”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 49-50, Zaragoza, 2017, p. 188.

65. Las tareas de inspección de la educación existen en otros países de nuestro entorno. El estudio comparado de esta cuestión puede verse en GALICIA MANGAS, F. J., *La inspección de educación: régimen jurídico*, Madrid, 2016, pp. 121-276.

66. VIDAL PRADO, C., “Descentralización y derechos educativos, 40 años después”..., cit., p. 350.

Como decíamos el tema educativo ha preocupado también al Comité de los Derechos del Niño órgano encargado de velar por la implantación de la Convención sobre los derechos del niño. En el último informe sobre la educación en España realizado en 2018 el Comité manifiesta que “está seriamente preocupado por el hecho de que, en la práctica, el derecho constitucional a la educación se aplica de manera desigual en el Estado parte, con inversiones en educación distintas según las Comunidades Autónomas y una ligera reducción en la inversión global en educación”. Insta especialmente a España a “fomentar un diálogo nacional sobre las características básicas y estructurales del sistema educativo y a proteger los recursos dedicados a la educación y la formación para los niños”⁶⁷.

Si esas son las preocupaciones del Comité, también deben ser las nuestras. Todas las personas deben disponer de las mismas oportunidades, mediante la adopción de las medidas precisas para la efectividad el principio de igualdad, pero, como ya se ha advertido en algunos foros, en materia de educación la “igualdad de oportunidades” no conlleva “igualdad de resultados”. Estos son distintos porque están en función de factores tan complejos como la voluntad y la actitud del alumno, el ambiente familiar, la capacidad de trabajo en equipo y los intereses personales. Y, también en este sentido, las diferentes autoridades educativas están obligados a establecer un entramado educativo capaz de ofrecer la oportunidad de profundizar en las materias objeto de estudio a todos los alumnos que lo demanden. Enfrentamientos políticos a raíz de la elaboración, aprobación y aplicación de la LOMLOE no favorecen una implantación concorde con la búsqueda de ese interés general del menor que en materia educativa reclama el Comité. A la LOMLOE se han presentado dos recursos de inconstitucionalidad y también se han planteado determinados movimientos en algunas Comunidades Autónomas para sortear los aspectos polémicos a los que nos hemos referido, especialmente en lo relativo a los conciertos educativos. En último término, el desarrollo efectivo de una educación de calidad no sólo conforma un derecho aislado del ciudadano, sino que compromete seriamente el ejercicio de otros derechos políticos y culturales, la convivencia democrática y el progreso social.

67. CRC/C/ESP/CO/5-6 OHCHR, pp. 11 y 12.