



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 128/2014

(Pleno)

La Laguna, a 10 de abril de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (EXP. 85/2014 RI)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Presidente del Gobierno, es el Acuerdo del Gobierno, de 6 de marzo de 2014, de interposición de un recurso de inconstitucionalidad frente a determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa.

2. A la solicitud de Dictamen acompaña certificación, expedida por el Secretario del Gobierno, del Acuerdo, de 6 de marzo de 2014, del Gobierno de Canarias por el que, tras exponer las razones por las que se consideran inconstitucionales determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE) se decide interponer el recurso de inconstitucionalidad y solicitar simultáneamente el dictamen.

3. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Presidente del Gobierno para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.C.a) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. La simultaneidad de los acuerdos de solicitud del dictamen y de interposición del recurso de inconstitucionalidad la permite el art. 21 de dicha Ley y el art. 9.3 del Decreto 181/2005, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo, si bien este último precepto añade, "para que pueda disponerse del mismo con antelación suficiente

* **PONENTE:** Sr. Belda Quintana.

que permita el conocimiento de su contenido por el órgano solicitante". Sin embargo, dicho objetivo difícilmente podrá alcanzarse ya que el Pleno del Tribunal Constitucional ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Canarias contra la citada Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa. En definitiva, la solicitud de dictamen por el procedimiento ordinario, estando próximo el vencimiento del plazo para la interposición del recurso y la interposición y admisión de éste antes de que se realice la función consultiva, tiene una indudable incidencia en la finalidad preventiva del dictamen que se emita.

4. Asimismo, obra en las actuaciones el informe preceptivo de la Dirección General del Servicio Jurídico [art. 20.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del mencionado Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero], que fundamenta la legitimidad de la interposición del referido recurso de inconstitucionalidad.

La solicitud ha sido cursada, como se ha indicado, por el procedimiento ordinario.

II

1. El reproche de inconstitucionalidad se dirige contra diversos apartados del artículo único, la disposición transitoria segunda y de la disposición final segunda de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), por las razones que se explicitan en el Acuerdo del Gobierno al que se ha hecho referencia y a las que se aludirá al hilo del análisis de cada uno de los preceptos impugnados. No obstante, puede señalarse desde ahora que, en esencia, estima el Gobierno que los señalados preceptos y disposiciones, bien exceden de lo que puede considerarse básico en esta materia, invadiendo la competencia autonómica para organizar la enseñanza, o bien se cuestionan por estimarse que vulneran varios preceptos constitucionales, en particular los arts. 14, 9.2, 16.3, 27, 53.1 y 81.1 CE.

2. El recurso de inconstitucionalidad se dirige contra los apartados cinco, nueve, quince, dieciséis, dieciocho, diecinueve, veinte, veintiuno, veintinueve, treinta y uno, treinta y cuatro, treinta y cinco, sesenta, sesenta y uno, sesenta y nueve, ochenta, ochenta y uno, ochenta y nueve y noventa y siete del artículo único, la disposición transitoria segunda y la disposición final segunda, apartados tres, cuatro y cinco LOMCE.

El artículo Único de la LOMCE procede a una extensa modificación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE). También su disposición final segunda modifica la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE). En relación con ambas modificaciones el Gobierno autonómico ha planteado motivos de inconstitucionalidad.

A fin de llevar a efecto el análisis de la adecuación a la Constitución de los preceptos impugnados se distinguirá en primer lugar aquéllos que se cuestionan por vulnerar el ámbito de las competencias autonómicas y seguidamente los que suponen, en opinión del Gobierno, vulneración de determinados preceptos constitucionales por otros motivos.

III

Vulneración de las competencias autonómicas.

1. Artículo único, apartados veinte y veintinueve: Modificación de los arts. 29.1 y 36 bis.1 LOE.

Sostiene el Gobierno que los artículos 29.1 LOE y 36 bis.1 LOE, en la redacción dada por los apartados veinte y veintinueve, respectivamente, del artículo único LOMCE, determinan que la evaluación final deberá referirse exclusivamente a las materias cursadas en el bloque de las asignaturas troncales, añadiendo únicamente una materia del bloque de las asignaturas específicas que no sea Educación física, Religión o Valores éticos.

Con ello, al versar la evaluación sólo sobre materias cursadas en asignaturas troncales, con una limitada concesión a una asignatura específica, contradice el concepto de currículum tal como ha sido definido por las leyes educativas y avalado por la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 24/2013, FJ3). El currículum no viene determinado por el Estado, sino que es una noción global en la que también participan las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus competencias, y los centros educativos en el ámbito de su autonomía legalmente reconocida. Por otra parte, la exclusión de las asignaturas específicas y de libre configuración autonómica de esta evaluación final comporta una importante limitación de las competencias autonómicas para la ordenación de las enseñanzas y la ordenación curricular.

Como señala el Gobierno, los preceptos cuestionados regulan, respectivamente, la evaluación final de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato, que versará sobre asignaturas troncales, en los términos que se señalan, y una materia

del bloque se asignaturas específicas que no sea Educación Física, Religión o Valores éticos.

Para enjuiciar la constitucionalidad de estos preceptos debe tenerse en cuenta que la superación de estas evaluaciones finales es la condición que habilita para la obtención del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria (art. 31 LOE) y de Bachiller (art. 37 LOE, que exige además una calificación final del Bachillerato igual o superior a 5 puntos sobre 10). Estas pruebas tienen pues por finalidad garantizar unos niveles básicos de igualdad en los requisitos exigibles a todos los alumnos, cualquiera que sea su lugar de residencia, para obtener una titulación con efectos académicos válidos en todo el territorio nacional.

Por ello, la competencia estatal exclusiva sobre la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales prevista en el art. 149.1.30ª CE ampara esta regulación, como ha sostenido el Tribunal Constitucional.

Así, en su Sentencia 184/2012, FJ 6, ha señalado:

«d) El art. 31.2 de la Ley Orgánica de calidad de la educación, cuestionado en su último inciso por las mismas razones que el art. 29.3, establece que «[p]ara la obtención del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria se requerirá haber superado todas las asignaturas de la etapa. Excepcionalmente se podrá obtener este título sin haber superado todas las asignaturas de la etapa, en las condiciones que el Gobierno establezca». Al igual que en el caso que acabamos de examinar, los propios recurrentes reconocen la competencia estatal para establecer esta regulación al amparo del art. 149.1.30 CE, cuestionando, no obstante, la remisión reglamentaria. Sin embargo, atendiendo a su contenido, es claro que el precepto impugnado se relaciona estrechamente con la competencia estatal en materia de «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales», ámbito en el que la competencia normativa estatal es plena, como ya hemos señalado con anterioridad. (...).

e) (...) La aludida prueba general de bachillerato se configura en la Ley Orgánica de calidad de la educación como requisito necesario para la obtención del título de bachiller, guardando, por tanto, directa relación con las competencias estatales en materia de obtención de títulos académicos del segundo inciso del art. 149.1.30 CE a cuyo amparo ha de entenderse establecida. En efecto, como señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica de calidad de la educación, «responde a la necesidad de homologar nuestro sistema educativo con los de los países de nuestro

entorno y, al mismo tiempo, garantizar unos niveles básicos de igualdad en los requisitos exigibles a todos los alumnos, cualquiera que sea su lugar de residencia, para obtener una titulación con efectos académicos y profesionales válidos en todo el territorio español».

En el mismo sentido se pronuncia la STC 207/2012:

«(...) debemos partir de la necesidad ya señalada por nuestra doctrina (STC 5/1981, de 13 de febrero, F. 28 in fine), de que el sistema educativo esté homologado en cualquier parte del territorio nacional (art. 27.8 CE), homologación en la que se incluyen necesariamente los requisitos básicos del acceso de un nivel educativo a otro y del tránsito de un tipo de enseñanzas a otras. Resulta así que la educación superior que suponen las enseñanzas universitarias ha de prestarse en condiciones homologables en cualquier parte del territorio nacional lo que sin duda, incluye la determinación de los requisitos para poder acceder a esa educación superior en el ámbito del sistema universitario nacional, requisitos entre los cuales ocupa un lugar destacado la prueba de acceso cuya estructura ahora se cuestiona. Establecida ya en nuestra doctrina la competencia estatal para regular la prueba de acceso en sus aspectos básicos, es inherente a ese sistema universitario nacional la existencia de un régimen uniforme sobre determinados aspectos de la estructura de la prueba dado que se trata de un proceso selectivo que surte efectos en cualquier parte del territorio nacional. Lo que implica que su configuración haya de responder a unas pautas o criterios comunes en atención a las competencias básicas que en esta materia ostenta el Estado, aspectos sin los cuales no se produciría la homologación nacional requerida. Con ello se garantiza la mínima igualdad en el acceso a la enseñanza superior y se evita la producción de disparidades en las posibilidades de los estudiantes en cuanto a su acceso a dicho nivel de enseñanza. Resulta, por tanto, que la homologación del sistema educativo a que se refiere el art. 27.8 CE y la competencia que reserva al Estado el art. 149.1.30 CE son los medios constitucionalmente previstos para obtener la homogeneidad de tratamiento de la prueba de acceso a los estudios universitarios de suerte que quede garantizada la objetividad de trato en la medida en que sus efectos para el acceso a los estudios universitarios en todo el territorio nacional, ha de ser también conciliada, en los términos que antes hemos expuesto, con nuestro sistema de autonomías territoriales, que encomienda a las Comunidades Autónomas la gestión del sistema educativo en tanto que la educación en todos sus niveles es una materia en la que el Estado y las Comunidades Autónomas ostentan competencias así como con la

autonomía universitaria que goza, asimismo, de reconocimiento constitucional y tiene plasmación en este concreto ámbito, como ha señalado nuestra doctrina (STC 26/1987, F. 10 a)».

El art. 149.1.30ª CE habilita, pues, al Estado tanto para el establecimiento de estas evaluaciones finales como para determinar su contenido, por lo que los preceptos cuestionados no se consideran inconstitucionales.

Las Comunidades Autónomas por lo demás sí ostentan competencias en relación con la evaluación durante la etapa, correspondiéndoles complementar los criterios de evaluación relativos a los bloques de asignaturas troncales y específicas y establecer los criterios de evaluación del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica [artículo 6 bis.c) 6º], que sí se incluyen en sus competencias en materia de educación.

2. Artículo único, apartado cinco: Nuevo artículo 6 bis LOE.

Sostiene el Gobierno que el nuevo art. 6 bis LOE determina las competencias de las distintas Administraciones educativas y asigna al Gobierno del Estado la totalidad de los elementos que requerirán al menos el 50 por 100 de la dedicación horaria, reservándose los estándares de aprendizaje del bloque de asignaturas específicas, condicionando de este modo la incorporación de contenidos que podrían hacer las Administraciones educativas, por lo que se vulnera de esta forma las competencias estatutarias.

Conforme al art. 6 bis LOE corresponde al Gobierno el diseño del currículo básico [apartado 1.e)], la determinación de los contenidos comunes, los estándares de aprendizaje evaluables y el horario lectivo mínimo del bloque de asignaturas troncales [apdo. 2.a).1º], así como los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los contenidos del bloque de asignaturas específicas [apdo. 2.a).2º] Por lo que se refiere al horario lectivo sus apartado 2.e), 3 y 4 contemplan el horario lectivo mínimo, que como tal no abarca la totalidad del horario escolar, alcanzando solamente del 55 por 100 al 65 por 100 del mismo, según se trate o no de Comunidades Autónomas que tengan, junto con la castellana, otra lengua oficial.

A su vez, el apartado c) de este art. 6 bis LOE establece las competencias de las Administraciones educativas, a quienes corresponde, entre otras, complementar los contenidos del bloque de asignaturas troncales (apdo. 1º), establecer los de las asignaturas específicas y de libre configuración autonómica (apdo. 2º) y, en relación con estas últimas, establecer sus estándares de aprendizaje (apdo. 7º). En cuanto a

los horarios, les compete la fijación del horario lectivo máximo correspondiente a los contenidos de las asignaturas troncales (apdo. 4º), así como establecer los correspondientes a las específicas y de libre configuración autonómica (apdo. 5º).

Establecida la regulación en estos términos, se ajusta al orden constitucional de distribución de competencias, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 212/2012, de 14 de noviembre, que se pronuncia en los siguientes términos:

«La decisión de esta controversia ha de partir de precisar que lo recurrido no es que la fijación de las enseñanzas comunes sea competencia del Estado, lo que por otro lado ya fue declarado por este Tribunal bajo la denominación de «enseñanzas mínimas» (STC 88/1983, de 27 de octubre, F. 3, reiterada en la STC 111/2012), sino la exigencia de que la Administración educativa al definir el currículo deba incluir las enseñanzas comunes en sus propios términos, en la medida que, a juicio de los recurrentes, ello impediría el desarrollo normativo que adaptase las mismas al contexto regional.

Así planteada la queja no puede prosperar. Ya en la STC 88/1983 afirmamos que le fijación de objetivos por bloques temáticos comprendidos en cada una de las materias o disciplinas de las enseñanzas mínimas, así como los horarios mínimos necesarios para su enseñanza efectiva y, por tanto, también indirectamente la determinación de las materias o disciplinas, formaba parte de la competencia estatal para establecer las enseñanzas mínimas (F. 3). Tampoco ahora se aprecia que el Estado se haya excedido en el ejercicio de esta competencia, pues es la Administración educativa la competente para establecer el currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo (Art. 8.3), estando condicionada en esta función solo parcialmente, dado que las enseñanzas comunes que tiene que incluir en sus propios términos no abarcan la totalidad del horario escolar, alcanzando solamente del 55 por 100 al 65 por 100 del mismo, según se trate o no de Comunidades Autónomas que tengan, junto con la castellana, otra lengua oficial (Art. 8.2). De este modo las Administraciones educativas, al regular el currículo, disponen del margen que dejan las enseñanzas comunes, dentro del cual pueden prever enseñanzas específicas que respondan a su particularidad dentro del Estado autonómico, con lo que queda intacta la competencia de desarrollo normativo cuya vulneración se alegaba. Este motivo conduce también a desestimar la impugnación dirigida contra la disposición final tercera, apartado 2, así como

contra los Arts. 16.3, 23.2, 26.2, 35.6, 49.2 y disposición adicional segunda, apartado 2, pues, en todos los casos, la misma se hacía valer por conexión con la referida a los Arts. 8.2 y 3».

Así pues, el art. 6 bis LOE sigue en su actual redacción dejando margen para que la Administración educativa autonómica establezca su propia regulación, que se extiende tanto a la fijación de contenidos como de horarios en los términos señalados en su apartado 2.c), lo que ha sido avalado por el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la concreta alusión a la competencia estatal para la fijación de los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los contenidos del bloque de las asignaturas específicas [apdo. 2.a).2º] tampoco vulnera las competencias autonómicas, a pesar de que corresponde a las Comunidades Autónomas establecer sus contenidos [apdo. c).2º], pues el establecimiento de estos estándares se ordena a la finalidad de asegurar una formación común y el carácter oficial y la validez en todo el territorio nacional, como dispone el apartado 1.e) de este artículo 6 bis LOE.

El precepto por lo tanto no se considera inconstitucional.

3. Artículo único, apartados cinco, veinte, veintinueve y ochenta y nueve: Nuevo art. 6 bis.2.b.3º; apartado 4 del artículo 29; 3 del art. 36 bis y artículo 144.1 LOE.

De acuerdo con el art. 6 bis.2.b) 3º LOE, corresponde al Gobierno, en relación con las evaluaciones finales de Educación Secundaria Obligatoria y de Bachillerato, diseñar las pruebas y establecer su contenido para cada convocatoria.

El art. 29.4 LOE atribuye al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte el establecimiento, para todo el Sistema Educativo Español, de los criterios de evaluación y las características de las pruebas y las diseñará y establecerá su contenido para cada convocatoria.

El art. 36 bis.3 LOE atribuye igualmente al citado Ministerio, previa consulta a las Comunidades Autónomas y para todo el Sistema Educativo Español, el establecimiento de los criterios de evaluación y las características de las pruebas y las diseñará y establecerá su contenido para cada convocatoria.

El art. 144.1 LOE atribuye al citado Ministerio el diseño de las evaluaciones individualizadas previstas, en lo que aquí interesa, en los arts. 29 y 36 bis, estableciendo que tales pruebas serán estandarizadas y se diseñarán de modo que permitan establecer valoraciones precisas y comparaciones equitativas, así como el seguimiento de la evolución a lo largo del tiempo de los resultados obtenidos. De

acuerdo con este mismo precepto, la realización material de las pruebas corresponde a las Administraciones educativas competentes.

A juicio del Gobierno autonómico, estos preceptos se refieren a la realización concreta de las pruebas finales de la enseñanza secundaria obligatoria y del bachillerato, por lo que la regulación opera sobre actos de naturaleza fundamentalmente ejecutiva. Estima que excede de la competencia estatal y no requiere su atribución a un único titular para garantizar la homogeneidad de la prueba, ni tampoco su grado de dificultad o exigencia y, por tanto, no guardan una relación directa con las condiciones que, para su realización, puedan corresponder al Estado.

Este reproche sin embargo no puede acogerse, pues, como antes se ha señalado, las evaluaciones finales a que se refieren estos preceptos caen bajo la competencia plena del Estado, en tanto que se enmarcan en la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales prevista en el art. 149.1.30ª CE, lo que habilita al Estado para establecer el diseño de las pruebas. En el art. 144.1 LOE se deja además a salvo la competencia ejecutiva de las Comunidades Autónomas para la realización de las pruebas. En este sentido, ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 184/2012, con cita de las Sentencias 77/1985 y 111/2012, que la extensión de la competencia estatal exclusiva *ex art. 149.1.30ª CE* supone la reserva al Estado de toda la función normativa en relación con dicho sector y determina que las Comunidades Autónomas sólo puedan asumir competencias ejecutivas en relación con esta materia.

También en la STC 111/2012 que se acaba de citar ha reiterado el Tribunal que en dicho ámbito material el Estado tiene competencia exclusiva para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos académicos y profesionales, *extremo que se encuentra íntimamente vinculado a la evaluación de los conocimientos, en cuanto ésta se dirige a la acreditación de dichos conocimientos y a la consiguiente obtención de una titulación*, añadiendo que, en tanto que los títulos han de tener el mismo valor en toda España, *corresponde al Estado asegurar una formación mínima común, estableciendo su contenido y la forma de acreditar los conocimientos inherentes a la misma*.

Desde esta perspectiva, la necesaria uniformidad y homogeneidad de las pruebas que habilitan para la obtención de los títulos académicos con validez en todo el

territorio nacional justifican la competencia estatal que los preceptos cuestionados contemplan, por lo que no se consideran inconstitucionales.

4. Artículo único, apartado sesenta y nueve: Nuevo artículo 111 bis LOE.

Para el Gobierno este nuevo precepto contiene una compleja y exhaustiva regulación de la utilización de las llamadas tecnologías de la información y la comunicación en el sistema educativo y, en particular, los apartados 3 y 6 habilitan al Gobierno del Estado para desarrollar esta regulación en aspectos concretos, en términos que no presentan condiciones para ser considerados básicos, toda vez que la propia Ley contiene datos y criterios tan detallados en todos los aspectos concernidos que ha agotado, e incluso quizás ha excedido, el contenido de lo que materialmente puede considerarse básico en esta cuestión.

El art. 111.1 bis LOE atribuye al Ministerio de Educación, Cultura y Deportes el establecimiento, previa consulta a las Comunidades Autónomas, de los estándares que garanticen la interoperabilidad entre los distintos sistemas de información utilizados en el Sistema Educativo Español, en el marco del Esquema Nacional de Interoperabilidad previsto en el art. 42 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

El apartado 2 se refiere a los entornos virtuales que se empleen en los centros docentes sostenidos con fondos públicos.

Los apartados 3 y 6, de este precepto, que son los que el Gobierno autonómico particularmente cuestiona, atribuyen al mismo Ministerio, previa consulta a las Comunidades Autónomas, el establecimiento de los formatos que deberán ser soportados por las herramientas y sistemas de soporte al aprendizaje en el ámbito de los contenidos educativos digitales públicos con el objeto de garantizar su uso, con independencia de la plataforma tecnológica en la que se alberguen (apartado 3) y además la elaboración, también previa consulta a las Comunidades Autónomas, de un marco común de referencia de competencia digital docente que oriente la formación permanente del profesorado y facilite el desarrollo de una cultura digital en el aula (apartado 6).

Los apartados 4 y 5 de este artículo no tienen carácter básico.

El art. 111 bis en sus aspectos básicos aborda aquellos aspectos en los que es obligado que las previsiones normativas sean comunes, como es el caso de la interoperabilidad.

En el caso del apartado 1, el precepto establece que los estándares a que se refiere serán establecidos por el Gobierno en el marco del Esquema Nacional de Interoperabilidad previsto en el art. 42 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, preceptos igualmente de carácter básico. Ambos preceptos tienen como finalidad permitir la interoperabilidad entre los sistemas informáticos de las distintas Administraciones, de donde se sigue la necesidad del establecimiento de normas básicas que permitan alcanzar este objetivo referidas a las condiciones que habrán de tenerse en cuenta y que lo posibiliten. A esta misma finalidad responde su apartado 3 al tratar de uniformar los formatos que deberán ser soportados por las herramientas y sistemas de soporte del aprendizaje.

El apartado 2 no contempla una regulación de detalle, sino determinados objetivos generales que se imponen en relación con los entornos virtuales de aprendizaje que se empleen en los centros docentes, que habrá de respetar en todo caso la interoperabilidad, estableciendo por consiguiente unos objetivos comunes, que podrán, en su caso, ser desarrollados por las Administraciones educativas.

Tampoco el apartado 6 contempla una regulación detallada pues el mandato al Gobierno lo es únicamente para el establecimiento de un marco común de referencia, lo que deja espacio para que las Comunidades Autónomas establezcan su regulación dentro de ese marco.

El artículo 111 bis por consiguiente no se considera inconstitucional.

5. Artículo único, apartado treinta y uno y noventa y siete: Modificación del artículo 38.2 y nueva disposición adicional trigésima sexta LOE.

El art. 38.2 y la disposición adicional trigésima sexta LOE regulan diversos aspectos relativos a la admisión de alumnos a las enseñanzas universitarias oficiales de grado.

Considera el Gobierno que la vulneración de las competencias estatutarias se produce por la habilitación normativa que ambos preceptos dispensan al Gobierno para desarrollarlos, cuando la competencia de desarrollo corresponde aquí a la Comunidad Autónoma en el marco de una normativa básica que está suficientemente precisada para necesitar completarse por vía reglamentaria.

El art. 38 LOE regula la admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de grado desde el título de Bachiller o equivalente.

El apartado 2 de este precepto, que es el cuestionado, habilita a las Universidades para la fijación de procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de grado de alumnos y alumnas que hayan obtenido el título de Bachiller o equivalente, de acuerdo con la normativa básica que establezca el Gobierno, que deberá respetar los principios de igualdad, no discriminación, mérito y capacidad. Estos procedimientos, de acuerdo con el propio precepto, habrán de utilizar, junto al criterio de la calificación final obtenida en el Bachillerato, alguno o algunos de los criterios de valoración que se fijan (modalidad y materias cursadas en el Bachillerato, en relación con la titulación elegida, calificaciones obtenidas en materias concretas de los cursos de Bachillerato, o de la evaluación final de dicha etapa, formación académica o profesional complementaria, estudios superiores cursados con anterioridad). Además, de forma excepcional, podrán establecer evaluaciones específicas de conocimientos y/o de competencias.

Este apartado 2 regula igualmente la ponderación de la calificación final obtenida en el Bachillerato, que deberá tener un valor, como mínimo, del 60 % del resultado final del procedimiento de admisión.

Establece finalmente que las Universidades podrán acordar la realización conjunta de todo o parte de los procedimientos de admisión que establezcan, así como el reconocimiento mutuo de los resultados de las valoraciones realizadas en los procedimientos de admisión.

La nueva disposición adicional trigésima sexta LOE contempla la admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de grado desde las titulaciones de Técnico Superior y de Técnico Deportivo Superior y de alumnos y alumnas en posesión de un título, diploma o estudio obtenido o realizado en el extranjero equivalente al título de Bachiller. Esta disposición habilita al Gobierno para el establecimiento de la normativa básica que permita a las Universidades fijar los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de grado en estos casos y, al igual que el art. 38.2, fija los criterios de valoración de los estudiantes, la posibilidad de evaluaciones específicas y la realización conjunta por parte de las Universidades de los procedimientos de admisión, así como el reconocimiento mutuo de los resultados de las valoraciones.

El Gobierno autonómico considera inconstitucional la habilitación normativa que ambos preceptos dispensan al Gobierno para desarrollarlos, cuando la competencia de desarrollo corresponde aquí a la Comunidad Autónoma.

En el ámbito educativo el Tribunal Constitucional de forma reiterada ha admitido la posibilidad de establecimiento por el Gobierno de normativa básica mediante disposiciones de rango reglamentario cuando resulte complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases (SSTC 77/1985, 184/2012, entre otras). Específicamente, en materia de admisión de alumnos en las Universidades, las SSTC 223/2012, 159/2013 y 160/2013 han sentado la siguiente doctrina, que se expresa en la última Sentencia citada en los siguientes términos:

«Por su parte, anteriormente, en la STC 223/2012, de 29 de noviembre, se había igualmente desestimado la impugnación del art. 42.3 LOU, atinente al establecimiento por el Gobierno de las normas básicas en materia de admisión de los estudiantes en los centros universitarios, a partir de un correcto entendimiento del ámbito reservado al Estado en la determinación de las bases y la Comunidad Autónoma en el desarrollo de las mismas. Se estimó entonces –y a ello resulta obligado remitirse ahora– que “la jurisprudencia de este Tribunal ha admitido la facultad del Estado para fijar las bases en materia de procedimientos de selección para el acceso a los centros universitarios, no estimando inconstitucional que su determinación fuera atribuida al Gobierno, ya que, ‘en la interpretación que haya de darse a los procedimientos de selección para el ingreso en los Centros Universitarios’, que con arreglo al apartado 1 de este artículo ha de establecer el Gobierno oído el Consejo de Universidades, están de acuerdo ambas partes. El Gobierno Vasco admite que, en virtud de las competencias del Estado (art. 149.1.1 y 30 CE), éste la tiene para establecer esos procedimientos, pero limitada al contenido básico de los mismos de acuerdo con dichas normas constitucionales. Su desarrollo corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco en razón de la competencia plena que tiene en materia de educación conforme al art. 16 de su Estatuto (...) en consecuencia, ‘los procedimientos de selección a que se refiere el precepto, de conformidad con las competencias que ejerce el Estado, 1 y 30 del art. 149.1 de la Constitución, habrán de establecer exclusivamente las condiciones o normas básicas de selección para el ingreso en los Centros universitarios, correspondiendo su desarrollo a las Comunidades Autónomas con competencia plena en materia de educación, como es el caso de la Comunidad Autónoma recurrente [STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 10 a)]».

Admite, pues, el Tribunal el recurso a la potestad reglamentaria para el establecimiento de normas básicas en materia de admisión de alumnos a los Centros universitarios.

Es preciso tener en cuenta, por otra parte, que las normas cuestionadas se refieren a los procedimientos de admisión a los estudios de grado, han de ser homogéneas para todo el sistema educativo. Esta necesidad de homogeneidad ha sido igualmente puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en relación con las pruebas de acceso a los estudios universitarios, doctrina igualmente aplicable a la admisión de alumnos en los Centros universitarios.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su STC 207/2012:

«La presente resolución ha de resolver el conflicto positivo de competencia planteado por la Generalitat de Cataluña contra diversos preceptos del Real Decreto 1640/1999, de 22 de octubre, por el que se regula la prueba de acceso a estudios universitarios.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes el Gobierno de la Generalitat de Cataluña considera que determinados preceptos del citado real decreto resultan contrarios al orden constitucional de distribución de competencias pues estima que, conforme al art. 149.1.30 CE y a las previsiones del Estatuto de Autonomía de Cataluña, la regulación estatal contenida en los arts. 5; 6, apartados 1 y 2; 7; 8, apartados 1, 4, 5, 6 y 7; 10; 11; 12; 14, apartados 2 a 4; 15; 16 y disposición final primera del Real Decreto 1640/1999 excedería, por su minuciosidad y detalle, de lo que puede considerarse básico en esta materia ya que agotaría completamente el espacio normativo respecto a la regulación de las pruebas de acceso a la universidad. Al anterior planteamiento se ha opuesto el Abogado del Estado señalando que la regulación objeto del presente conflicto se enmarcaría en la competencia reconocida al Estado para garantizar que el derecho a la educación, en su vertiente de acceso a la universidad, se ejerza con igualdad y uniformidad en cualquier parte del territorio del Estado.

En suma, el conflicto suscitado gira en torno a la delimitación de las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma de Cataluña respecto a la regulación de la prueba de acceso a los estudios universitarios a la que hacia referencia tanto el art. 26.2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE) como el art. 26.1 de la Ley

Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria (LRU), preceptos ambos vigentes en el momento de promoverse el presente conflicto.

(...)

A partir de ambas previsiones normativas no puede sino concluirse que el Estado, como ya señalamos en la STC 26/1987, de 27 de febrero, F. 10 a), ostenta competencia para establecer la prueba de acceso de los estudiantes a los centros universitarios, pero dicha competencia ha de entenderse, conforme al marco constitucional y estatutario al que acabamos de aludir, circunscrita al contenido básico de la misma. Así el Estado, desde la competencia reconocida por el art. 149.1.30 CE, puede sin duda establecer condiciones básicas relativas a la prueba de acceso a los estudios universitarios aunque, ciertamente, debe tener presente, a la hora de establecer esas bases, que tales pruebas se refieren o afectan a tres ámbitos diversos: la aludida competencia del Estado para establecer las condiciones o normas básicas de selección para el ingreso en los centros universitarios; las competencias autonómicas en materia de educación para desarrollar las citadas condiciones o normas básicas y, finalmente, éstas deben respetar las atribuciones que corresponden a las universidades ubicadas en su territorio, en tanto que la admisión de los estudiantes y la verificación de sus conocimientos forma parte del contenido esencial de la autonomía universitaria constitucionalmente reconocida (artículo 27.10 CE). Doctrina sobre la extensión de la competencia estatal relativa a los procedimientos para la admisión de alumnos en los centros universitarios que hemos confirmado en la STC 184/2012, de 17 de octubre, [F. 6 e)], al examinar el art. 37.1 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

Lo que acabamos de exponer ha de llevarnos a descartar los reproches que, relativos al rango de la norma, se han formulado por la Generalitat de Cataluña pues los preceptos objeto del conflicto han sido formalmente declarados básicos por la disposición final primera de la norma cuestionada y, desde la perspectiva material, los mismos constituyen un desarrollo de las previsiones que en esta materia contenían la Ley de ordenación general del sistema educativo y la Ley de reforma universitaria, previsiones que, con un tenor similar pueden encontrarse ahora en las vigentes Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (art. 38), y Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades (art. 42). Estamos, pues, ante uno de los supuestos en los que, conforme a nuestra doctrina (por todas STC 131/1996, de 11 de junio, (F. 2)), resulta posible el recurso a normas reglamentarias

para la regulación de cuestiones que, por su carácter, resulten impropias de una disposición legal y que constituyen un complemento necesario de las previsiones legislativas básicas.

(...)

(...) debemos partir de la necesidad ya señalada por nuestra doctrina (STC 5/1981, de 13 de febrero, F. 28 in fine), de que el sistema educativo esté homologado en cualquier parte del territorio nacional (art. 27.8 CE), homologación en la que se incluyen necesariamente los requisitos básicos del acceso de un nivel educativo a otro y del tránsito de un tipo de enseñanzas a otras. Resulta así que la educación superior que suponen las enseñanzas universitarias ha de prestarse en condiciones homologables en cualquier parte del territorio nacional lo que sin duda, incluye la determinación de los requisitos para poder acceder a esa educación superior en el ámbito del sistema universitario nacional, requisitos entre los cuales ocupa un lugar destacado la prueba de acceso cuya estructura ahora se cuestiona. Establecida ya en nuestra doctrina la competencia estatal para regular la prueba de acceso en sus aspectos básicos, es inherente a ese sistema universitario nacional la existencia de un régimen uniforme sobre determinados aspectos de la estructura de la prueba dado que se trata de un proceso selectivo que surte efectos en cualquier parte del territorio nacional. Lo que implica que su configuración haya de responder a unas pautas o criterios comunes en atención a las competencias básicas que en esta materia ostenta el Estado, aspectos sin los cuales no se produciría la homologación nacional requerida. Con ello se garantiza la mínima igualdad en el acceso a la enseñanza superior y se evita la producción de disparidades en las posibilidades de los estudiantes en cuanto a su acceso a dicho nivel de enseñanza. Resulta, por tanto, que la homologación del sistema educativo a que se refiere el art. 27.8 CE y la competencia que reserva al Estado el art. 149.1.30 CE son los medios constitucionalmente previstos para obtener la homogeneidad de tratamiento de la prueba de acceso a los estudios universitarios de suerte que quede garantizada la objetividad de trato en la medida en que sus efectos para el acceso a los estudios universitarios en todo el territorio nacional, ha de ser también conciliada, en los términos que antes hemos expuesto, con nuestro sistema de autonomías territoriales, que encomienda a las Comunidades Autónomas la gestión del sistema educativo en tanto que la educación en todos sus niveles es una materia en la que el Estado y las Comunidades Autónomas ostentan competencias así como con la autonomía universitaria que goza, asimismo, de reconocimiento constitucional y

tiene plasmación en este concreto ámbito, como ha señalado nuestra doctrina (STC 26/1987, F. 10 a).

Esta homogeneidad de tratamiento adopta algunas decisiones esenciales que deben enmarcar nuestro análisis: la exigencia de una prueba de acceso en todo el territorio nacional; la regulación por parte del Estado de los aspectos básicos de la misma, concretadas, en su caso, por las Comunidades Autónomas y la remisión de la realización concreta de las pruebas, con las garantías inherentes de objetividad, a las universidades.

La finalidad de la competencia estatal responde, por tanto, a conseguir, mediante el diseño de una prueba con una estructura común, unos parámetros comunes para la evaluación de todos los estudiantes que persigan el acceso a la universidad. Unidad y homogeneidad de la prueba que justifican su establecimiento por el Estado pero que no implica ni, por lo demás, ha implicado nunca, identidad absoluta de los contenidos concretos del examen a superar por los estudiantes; cuestión ésta de la diversidad de pruebas concretas que, por lo demás, reconoce implícitamente la norma estatal cuando, entre las funciones de la comisión organizadora de ámbito autonómico definidas en el art. 5, incluye la relativa a la «definición de criterios para la elaboración de las propuestas de examen». Así pues, la aludida finalidad que justifica la competencia estatal determina que hayan de quedar comprendidos en ella todos aquellos aspectos de la estructura de la prueba que resulten necesarios para obtener ese nivel mínimo de homogeneidad necesario para que consiga el objetivo pretendido por la norma básica, esto es, la valoración objetiva de la madurez académica y los conocimientos adquiridos en el bachillerato (art. 1 del Real Decreto 1640/1999 y, en un sentido similar, art. 1 del Real Decreto 1892/2008) teniendo además presente que la prueba en cuestión tiene validez para el acceso a las distintas titulaciones de las universidades españolas, tal como expresamente afirma en la actualidad el art. 38.2 de la vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de educación, extremo ratificado por el art. 42.3 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, en la redacción dada a este precepto por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril. Ello sin perjuicio de que el Estado, al establecer el común denominador normativo que encierran las bases en esta materia, haya de tener en cuenta la necesidad de reconocer un margen de actuación autonómico en atención a las competencias que ostenta y a las que ya hemos aludido. Si bien, en aspectos puntuales de la materia objeto de la competencia estatal, en este caso la educación superior o universitaria, el Estado pudiera agotar

su regulación siempre que ello fuese justificado en orden a la salvaguarda, en este caso, de la homogeneidad del sistema educativo nacional.

(...)

El enjuiciamiento de estos preceptos debemos realizarlo atendiendo a lo que ya hemos expuesto en relación al carácter y las finalidades que ha de cumplir la prueba de acceso y con el criterio que, respecto a la extensión de las bases estatales en esta materia, ya expresamos en la ya citada STC 26/1987, de 27 de febrero, en cuanto a las condiciones o normas básicas de selección que han de ser establecidas con tal carácter en todo el Estado y respetadas por las Administraciones educativas competentes a las que corresponde organizar la prueba en su respectivo ámbito territorial. De acuerdo con ello podemos considerar ahora que han de tener naturaleza básica todos aquellos aspectos que bien se relacionen directamente con la evaluación de la madurez académica, los conocimientos y la capacidad de los estudiantes para seguir con éxito las enseñanzas universitarias (objetivos que persigue la prueba de acceso vigente) bien persigan garantizar la imprescindible y necesaria homogeneidad de las pruebas. De este modo, en un contexto en el que corresponde a las Administraciones autonómicas y a las Universidades, en sus respectivos ámbitos, la organización y realización de las pruebas, el Estado asegura un tratamiento uniforme de los estudiantes en su acceso a la enseñanza superior evitando así disparidades en la medida en que la norma básica proporciona tanto parámetros que garanticen el cumplimiento de la finalidad pretendida como la objetividad en la valoración

Es necesario advertir finalmente que debe exigirse a este sistema de acceso una coherencia en su regulación, de forma que se evite que determinados requisitos que puedan tener una pretendida función homogeneizadora se puedan convertir en requisitos de desigualdad al estar combinados con las decisiones que se puedan adoptar por los distintos órganos que concurren en la definición y realización de estas pruebas de acceso. Cumple advertir ahora que, para garantizar la uniformidad de dichas pruebas en el conjunto de la Comunidad Autónoma, confluyen en su organización tanto la administración educativa como las propias universidades de Cataluña».

De la doctrina constitucional expuesta no puede considerarse que la remisión al Gobierno para el establecimiento de la normativa básica para el establecimiento de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de grado efectuada en el art. 38.2 LOE y en la disposición adicional trigésima sexta LOE

constituya un exceso de la competencia estatal en la materia. La norma por lo demás no impide el futuro desarrollo autonómico pues al Gobierno compete, conforme a los citados preceptos de la LOE, el establecimiento de normas básicas, lo que ya por sí deja a salvo la competencia autonómica de desarrollo.

Todo ello, sin perjuicio de que, como señala la STC 184/2012, *“si el Gobierno, al dictar las correspondientes normas reglamentarias en virtud de esa remisión, extendiera su regulación a aspectos no básicos pudiera plantearse el oportuno conflicto de competencias a fin de examinar si se hubiera producido o no la extralimitación en el ámbito competencial estatal. Ahora bien, la mera remisión en abstracto a las normas reglamentarias para regular materias básicas no tiene por qué suponer necesariamente que esas normas vulnerarían las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, ni puede, por lo que hemos dicho, reputarse, sin más, inconstitucional”*.

El art. 38.2 y la disposición adicional trigésima sexta LOE no se consideran, por consiguiente, inconstitucionales.

6. Artículo único, apartado treinta y cuatro: Modificación del artículo 41.2, último párrafo, y 3.b) LOE.

Entiende el Gobierno que estos preceptos invaden las competencias estatutarias de desarrollo de la normativa básica por la remisión reglamentaria, en este caso prácticamente en blanco.

El art. 41, relativo a las condiciones de acceso y admisión a la Formación Profesional.

El apartado 2 de este precepto contempla el acceso formativo a los ciclos de grado medio, estableciendo su último párrafo, que siempre que la demanda de plazas en ciclos formativos de grado medio supere la oferta, las Administraciones educativas podrán establecer procedimientos de admisión al centro docente, de acuerdo con las condiciones que el Gobierno determine reglamentariamente. Igual previsión se contiene en el apartado 3.b) de este art. 41, si bien referido al acceso a ciclos formativos de grado superior.

Ya hemos señalado anteriormente que en el ámbito educativo el Tribunal Constitucional de forma reiterada ha admitido la posibilidad de establecimiento por el Gobierno de normativa básica mediante disposiciones de rango reglamentario cuando resulte complemento necesario para garantizar el fin a que responde la

competencia estatal sobre las bases (SSTC 77/1985, 184/2012, entre otras), lo que resulta igualmente trasladable a la admisión de alumnos a los ciclos de formación profesional a los que se refieren los preceptos cuestionados, por lo que no se encuentran incursos en inconstitucionalidad por la remisión que efectúan a la normativa básica de carácter reglamentario. Además, ambos preceptos dejen a salvo las competencias de desarrollo autonómico para la regulación de los procedimientos de admisión al centro docente.

IV

Vulneración de diversos preceptos constitucionales.

1. Artículo único, apartado sesenta y uno, por el que se modifica la redacción del artículo 84.3 LOE y disposición transitoria segunda.

Estima el Gobierno que estos preceptos vulneran los arts. 14, 9.2 y 27.2 CE, lo que se fundamenta en las siguientes razones:

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

La Constitución no concibe a la educación sólo como instrumento de transmisión de conocimientos, sino también, de manera inescindible, como espacio formativo y de socialización en una sociedad democrática avanzada, a la que nuestra norma constitucional aspira, orientado por principios constitucionales. Es importante destacar, en este plano, que el artículo 27.2 establece imperativamente como objeto de la educación «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales», entre los que se incluyen el principio y derecho fundamental de igualdad (artículo 14) y el principio constitucional de adopción de medidas positivas para favorecerla o de aquellas dirigidas a remover obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (artículo 9.2). También el pleno desarrollo de la personalidad se alcanza respetando y promoviendo en los mismos centros docentes la igualdad en la formación de niños y niñas que han de convivir democráticamente en el ámbito social enfrentándose a similares retos y que tienen derecho a vivir la educación como una riqueza imprescindible para su formación integral como personas y como futuros ciudadanos con una igual dignidad.

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

La Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer de 1979 interesa en el artículo 10.c) la «eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta». De acuerdo con el artículo 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En este caso, la interpretación del artículo 27.2 CE ha de efectuarse con referencia al principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE, interpretado de conformidad con la Convención de 1979 y con el artículo 9.2 CE, en cuya virtud corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Hay que entender, en particular, que aun en la no compartida hipótesis de que se sostuviera la legitimidad de la educación diferenciada, ésta no podría ponerse en

pie de igualdad con la mixta, dado que no contribuye -en modo alguno- a los fines constitucionalmente previstos en el artículo 27.2 CE, lo que debe reflejarse, en un plano general, en un régimen jurídico diferenciado, y, en particular, debe impedirle acceder a la ayuda pública mediante un concierto educativo. Por este motivo se impugna por conexión la disposición transitoria segunda LOMCE».

El art. 84.3 LOE es del siguiente tenor literal:

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

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

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

La disposición transitoria segunda establece:

“Disposición transitoria segunda. Aplicación temporal del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación

Los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el artículo 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual período de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor”.

En síntesis, como señala el Servicio Jurídico en su informe, el Gobierno sostiene que esta regulación contraría el derecho fundamental a la igualdad del art. 14 CE y el principio constitucional de adopción de medidas positivas para favorecerlas o dirigidas a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE), así como la vulneración del art. 27.2 CE al no contribuir a los fines en el mismo previstos.

No se puede compartir esta argumentación por las razones siguientes:

La relación de la ley con la Constitución no es igual a la del reglamento con la ley. La Constitución lo que establece es un marco democrático de convivencia para que en cada momento se desarrollen los distintos proyectos políticos que obtengan el respaldo de la mayoría del cuerpo electoral. La Constitución sólo predetermina con mayor o menor densidad el contenido de la ley en aquellas cuestiones que son fundamentales para la existencia del Estado social y democrático.

En todo lo demás el ámbito de decisión está entregado al legislador democrático. Su obra en este ámbito no ha de estar habilitada por la Constitución, ni ser ejecución o desarrollo de un precepto constitucional, ni perseguir un fin constitucional. Indudablemente que hay leyes que son desarrollo de la Constitución o que se dirigen al logro de fines cuya realización por los poderes públicos la Constitución establece dejando a su libre decisión el cómo, el cuándo y el grado de su realización.

Pero en el inabarcable campo de todas las demás cuestiones que han de decidirse políticamente, es decir, según los criterios de lo que sea conveniente y oportuno para la comunidad, la mayoría parlamentaria legitimada democráticamente puede establecer las regulaciones que estime y que correspondan a sus criterios ideológicos y su programa político. Siempre que sus leyes sean compatibles con la Constitución son constitucionales.

Esta concepción de la función de la Constitución en un Estado democrático y, por ende, de la relación que guarda la ley con ella es la recogida en la Constitución Española como corrobora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, en la temprana STC 11/1981 de 8 abril, se dice:

“La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo.

Dejar en claro lo anterior parece necesario para dar respuesta a algunos de los argumentos sustanciales sobre los que se ataca la constitucionalidad del Real Decreto-ley. Son, en síntesis, que la regulación de dicho Real Decreto es claramente restrictiva en relación con la regulación de la Constitución; y que la concepción del derecho de huelga que tuvo el autor del Real Decreto-ley no coincide con la concepción del Real Decreto-ley en la Constitución.

Aunque admitiéramos que el Real Decreto-ley 17/1977 pudiera considerarse como restrictivo, sería ésta una calificación derivada de un enjuiciamiento político. No es posible calificar jurídicamente el artículo 28 de la Constitución como más liberal o más avanzado o más generoso. La Constitución lo que hace es reconocer el derecho de huelga, consagrarlo como tal derecho, otorgarle rango constitucional y atribuirle las necesarias garantías. Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53. De este modo, la afirmación del recurrente en punto al carácter restrictivo es un juicio de valor político muy respetable y acaso compartible. Desde el punto de vista jurídico-constitucional lo único que hay que cuestionar es si sobrepasa o no el contenido esencial del derecho.

El mismo comentario merece el segundo de los tipos de razonamiento que el recurrente utiliza. Decir que lo que se opone a la Constitución, más que una norma en concreto, es la concepción global del derecho que ha tenido el legislador ordinario, es también un enjuiciamiento político y no jurídico-constitucional. Efectivamente, es posible entender que, introducido el derecho de huelga en la Constitución, como un instrumento de realización de la democracia social y del principio de igualdad, políticamente debería sostenerse una concepción más amplia y generosa. Sin embargo el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límites que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aun los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados. De este modo, el reconocimiento del derecho de huelga no tiene por qué entrañar necesariamente el de todas las formas y modalidades, el de todas las posibles finalidades pretendidas y menos aún el de todas las clases de acción directa de los trabajadores.

Tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la norma fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”.

En la STC 227/1988, de 29 noviembre, se insiste en la misma concepción en los siguientes términos:

“(...) la función de legislar no puede entenderse como una simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la Constitución impone, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria. Por ello, el Tribunal Constitucional ha afirmado también que, si el Poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento, «no es suficiente la mera discrepancia política -ínsita en otra opción- para tachar a la primera de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o de distorsión en los efectos legales, ya en lo técnico legislativo, ora en situaciones personales que se crean o estimen permanentes. Ello habría que razonarlo en detalle y ofrecer, al menos, una demostración en principio convincente (STC 99/1987, fundamento jurídico 4º)”.

De acuerdo con lo anterior, si la Constitución no impone la enseñanza mixta o separada por sexo, el legislador es libre de imponer una y excluir la otra, o permitir que coexistan, y en relación con esas decisiones puede condicionar o no la financiación pública de los centros docentes privados.

Ni en el art. 27 de la Constitución ni en los demás preceptos de la misma se proscriben que la enseñanza se imparta separadamente según el sexo de los alumnos,

ni se prohíbe que los poderes públicos sostengan a los centros docentes privados que admitan a los alumnos según su sexo. Del tenor literal de la Constitución no resultan tales prohibiciones. Estas únicamente podrían establecerse por una interpretación de la interdicción de la discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 de la Constitución

Por discriminación se entiende una desigualdad de tratamiento legal que sea injustificada por no ser razonable. La apreciación de en qué medida la ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Únicamente cuando esa diferencia de trato normativo sea irrazonable se puede calificar de discriminatoria (STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3B).

O como se dice en la STC 84/2008, de 21 de julio, FJ 6:

“(...) este Tribunal tiene declarado, desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos» (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, F. 4, y 88/2005, de 18 de abril, F. 5, por todas).

Lo propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es su carácter relacional conforme al cual «se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido

directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, F. 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, F. 6; 29/1987, de 6 de marzo, F. 5; 1/2001, de 15 de enero, F. 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma» (STC 200/2001, de 4 de octubre, F. 5).

En definitiva, como ha sintetizado la STC 125/2003, de 19 de junio, el principio de igualdad prohíbe al legislador «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria». Dicho de otra manera, sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar «elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable» (STC 39/2002, de 14 de febrero, F. 4), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un tertium comparationis frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en «una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos» (ATC 209/1985, de 20 de marzo, F. 2)».

Conforme a esta jurisprudencia, para que la enseñanza en centros docentes que admiten únicamente a alumnos de un sexo suponga una discriminación, sería necesario que los contenidos, métodos y criterios de evaluación de esas enseñanzas fueran distintos en función del sexo. Del nuevo apartado 3 del art. 84 LOE ni del resto de su articulado resulta tal discriminación. Por consiguiente, no se puede reprochar al precepto mencionado que colida con el art. 14 de la Constitución.

Tampoco se puede interpretar que la prohibición de discriminación por sexo del art. 14 de la Constitución impone que la enseñanza se imparta conjuntamente a los alumnos de ambos sexos por las siguientes razones:

El art. 10.2 de la Constitución dispone que los preceptos de la misma relativos a los derechos fundamentales se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Nuestro país es parte de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960, ratificada por España el 20 de agosto de 1969 (BOE de 1 de noviembre de 1969).

Su art. 1 dice así:

«Artículo 1.

1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:

a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza.

b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo.

c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o

d) Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

2. A los efectos de la presente Convención, la palabra “enseñanza” se refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da».

Su art. 2, a) precisa:

«Artículo 2.

En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes».

Por consiguiente, no se puede interpretar que la interdicción de la discriminación por sexo del art. 14 de la Constitución impone que la enseñanza se imparta conjuntamente a ambos sexos. Los arts. 1 y 2 de la Convención citada impiden que se considere discriminación la enseñanza separada por sexos siempre que dicha enseñanza sea igual para uno u otro. El legislador puede permitir que haya centros docentes privados que impartan enseñanza separada por sexo siempre que ésta respete las condiciones del art. 2 de la Convención (esto es, que no suponga un trato diferente en la educación que reciban, ni la quiebra de la igualdad de oportunidades), al cual el art. 84.3 LOE se remite expresamente, de donde se sigue necesariamente que este precepto no contradice el art. 14 de la Constitución.

Por lo tanto, admitida la constitucionalidad de la organización de la enseñanza diferenciada por sexos, tampoco ofrece reparos la decisión del legislador de posibilitar los conciertos con los centros que impartan tales enseñanzas prevista en el último párrafo del art. 84.3 y en la disposición transitoria segunda, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 2 de la Convención.

El art. 84.3 y la disposición transitoria segunda LOE no se consideran, por consiguiente, inconstitucionales.

2. Artículo único, apartados ochenta y ochenta y uno, disposición final segunda, apartados tres, cuatro y cinco: modifican los artículos 127, 132, 59.1 y 2 y 60 LOE, y el artículo 57 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE).

El apartado ochenta del art. único LOMCE modifica el art. 127 LOE, que regula las competencias del Consejo Escolar de los centros, y el apartado ochenta y uno modifica el art. 132, que regula las competencias del director de los centros. Se impugnan los enunciados contenidos en las letras a), b), e), h), i) del nuevo art. 127 y, respectivamente, por conexión, los de las letras l), m), n), ñ), o) del art. 132. Asimismo por conexión se impugnan los enunciados contenidos en las letras a), b), f), h), j), k), l) y m) del apartado tres de la disposición final segunda LOMCE por la que

se da nueva redacción al art. 57 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE); el apartado cuatro de la misma disposición final segunda, por el que se da nueva redacción al art. 59.1 y 2 LOE, y el apartado cinco, por el que se da nueva redacción al artículo 60 LOE, que elimina la participación del Consejo Escolar en el despido del profesorado.

Se fundamenta este reproche de inconstitucionalidad en la siguiente argumentación:

“Las objeciones de inconstitucionalidad que se pueden esgrimir frente a los citados preceptos, así como a las disposiciones conexas, se fundamentan en que contravienen el derecho del profesorado, los progenitores y el alumnado a participar en la gestión de los centros educativos de carácter público garantizada por el artículo 27.7 de la Constitución, interpretado en su relación sistemática con los artículos 9.2 y 53.1, de acuerdo con la doctrina constitucional en materia educativa, sin perjuicio de lo cual las previsiones de dichos preceptos exceden ampliamente el alcance del artículo 149.1.30' CE, que es el título competencial aplicable en este caso”.

El nuevo art. 127 LOE regula las competencias del Consejo Escolar y el 132 las que corresponden a la Dirección del centro.

Las modificaciones que se introducen en ambos preceptos consisten en esencia en la atribución al Director del Centro de todas las anteriores facultades ejecutivas que ostentaban los Consejos Escolares (aprobar los proyectos y las normas, la programación anual del centro, decidir sobre la admisión de alumnos, la obtención de recursos complementarios y fijar las directrices para la colaboración con las Administraciones locales, con otros centros, entidades y organismos, recogidas respectivamente en las letras a), b), e), h), i) del original art. 127 LOE). Estas facultades son ahora otorgadas al Director por las letras l), m), n), ñ), o) del art. 132, en tanto que el Consejo Escolar sólo ostentan relación con las mismas facultades de información o evaluación, de conformidad con las letras a), b), e), h), i) del nuevo art. 127.

A su vez, los apartados tres, cuatro y cinco de la disposición final segunda LOMCE, por los que se modifican, respectivamente, los arts. 57, 59 y 60 de la LODE, relativos a las funciones del Consejo Escolar (art. 57), al nombramiento del director (art. 58) y a la selección del profesorado (art. 60) de los centros concertados.

En este caso, la reforma se caracteriza igualmente por la modificación de las facultades ejecutivas del Consejo Escolar, que pasan a ser básicamente de participación o consulta.

Para examinar la constitucionalidad de esos preceptos hay que atenerse a la doctrina constitucional sobre el derecho de participación de padres profesores y alumnos en los centros docentes privados concertados.

Esta interpretación está contenida fundamentalmente en la STC 77/1985, de 27 de junio y se reitera en la STC 80/1994, de 27 de marzo.

En la primera se dice:

«Por lo que se refiere al segundo factor a tener en cuenta, se trata del derecho a intervenir en el control y gestión de todos los Centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca, que reconoce en favor de padres, Profesores y, en su caso, los alumnos, el art. 27, núm. 7, de la C. E., y en lo que particularmente aquí nos interesa, en relación con las posibles colisiones de este derecho con el derecho a la dirección del Centro correspondiente al titular del mismo.

Pues bien, este derecho a la intervención debe considerarse como una variedad del de participación, como reconoce el comisionado de los recurrentes y el Abogado del Estado, y como se proclama, tanto en el preámbulo del proyecto impugnado -en el que se manifiesta tratarse ésta de una Ley que desarrolla el principio de participación establecido en el art. 27, núm. 7, de la C. E.- como en la Sentencia 5/1981, de este T. C. (Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, J. C., tomo I, págs. 80-81), se refiere al derecho de participación previsto en el art. 27, núms. 5 y 7, de la C. E. Por ello, este derecho puede revestir, en principio, las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los Centros. Se deja así por la C. E. a la libertad de configuración del legislador la extensión de esta participación, con los límites consistentes en el respeto del contenido esencial del derecho garantizado (Sentencia del T. C. 5/1981, F. J. 15. J. C., tomo I, págs. 78-79) y de otros mandatos constitucionales. Más concretamente, el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los Centros sostenidos con fondos públicos estaría, en lo que aquí nos concierne, en el respeto al contenido

esencial de los derechos de los restantes miembros de la comunidad escolar y, en este caso, del derecho del titular a la creación y dirección del Centro docente».

El derecho de dirección del titular del centro docente se define en el FJ 20 de esta STC del siguiente modo:

«Con respecto al titular del Centro, es forzoso reconocer la existencia de un derecho de los titulares de Centros docentes privados a la dirección de los mismos, derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza de los titulares de dichos Centros. Aparte de que el acto de creación o fundación de un Centro no se agota en sí mismo, sino que tiene evidentemente un contenido que se proyecta en el tiempo y que se traduce en una potestad de dirección del titular, cabe recordar que el cuarto y último párrafo del art. 13, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por España, señala expresamente que «nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares para establecer y dirigir instalaciones de enseñanza» incluyendo así el concepto de «dirección» en un texto con el valor interpretativo que le atribuye el art. 10, núm. 2, de la C. E. Este derecho, por otra parte, no se confunde con el de fijar un carácter propio del Centro: sino por el contrario es más bien una garantía de este último, aparte de que tenga otros contenidos.

El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse, de acuerdo con la doctrina de este T. C. -Sentencia 11/1981, de 8 de abril, J. C., tomo I, págs. 191-192-, tanto desde el punto de vista positivo como desde una delimitación negativa. Desde la primera perspectiva, implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del Profesorado. Desde el punto de vista negativo, ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección. De ello se desprende que el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional.

Por ello, si bien cabe, en su caso, limitaciones a tal derecho de dirección, habría de dejar a salvo el contenido esencial del mismo a que nos acabamos de referir. Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el art. 27, núm. 9, de la C. E., para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad, al disponer que «los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca» con lo que, a salvo, repetimos, lo arriba dicho sobre el contenido esencial del derecho en cuestión, supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros>>».

En el FJ 4 de la segunda STC mencionada se reitera:

“Por lo que respecta al art. 27.7 CE, invocado también por el demandante como fundamento de su pretensión, que garantiza, por lo que aquí importa, el derecho de los profesores a intervenir en el control y la gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos en los términos que la ley establezca, este Tribunal ha declarado que consagra una fórmula extremadamente amplia en cuanto deja a la libre apreciación del legislador no sólo la determinación de lo que haya de entenderse por «centros sostenidos por fondos públicos», sino también la definición de los términos, es decir, del alcance, del procedimiento y de las consecuencias que hayan de darse a la intervención en el control y gestión (STC 5/1981) Esta singular remisión a la ley que se contiene en el art. 27.7 CE es distinta y más estricta que la que se contiene en el art. 23.2 CE pues, tratándose de un derecho sustantivo y no de la garantía de una situación jurídica de igualdad, es claro que corresponde al legislador, a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE, regular su ejercicio (STC 47/1990)”.

Dada, pues, la amplia libertad de configuración normativa del que dispone el legislador para regular este derecho de participación, tanto puede establecer que éste comprende facultades codecisorias, con el límite de que no supongan la anulación del derecho de dirección; como puede establecer que esa participación se limita a funciones consultivas. Por consiguiente, la nueva regulación que establece la LOMCE y que consiste esencialmente en reducir esa participación a funciones consultivas es compatible con el art. 27.2 de la Constitución y ningún reproche de constitucionalidad se le puede formular.

En lo que respecta a la vulneración por dichos preceptos de las competencias autonómicas en materia de educación se ha de atender a que las disposiciones finales quinta y séptima LOMCE atribuyen carácter orgánico y básico al art. 127 LOE y sólo básico al art. 132 LOE.

En la STC 137/1986, de 6 noviembre, se dice:

“Nada parece impedir la consideración, sin embargo, de que, salvado y respetado aquel contenido básico, las Comunidades Autónomas, sin introducir así divergencias «radicales» en la organización de los centros sobre los que ostentan competencias, disciplinen -integrando de este modo la normación estatal- los cauces de participación que hagan posible adecuar las exigencias establecidas en el art. 27.7 de la Constitución y en la misma Ley Orgánica a sus peculiaridades específicas” (FJ 3).

(...)

«En orden al desarrollo de los derechos de intervención de la Comunidad escolar en el control y en la gestión de los centros (art. 27.7), es básica la regulación que exprese las dos determinaciones esenciales que, omitidas en este precepto constitucional, han de dar vida a aquellos títulos de intervención: El carácter de la participación que se reconozca a profesores, padres y, en su caso, alumnos y, de otra parte, la determinación genérica y general, para todo el territorio del sistema de órganos en que esa participación haya de expresarse. En cuanto al primer punto, la Constitución no ha prejuzgado nada expresamente, de tal modo que “este derecho puede revestir, en principio, las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión (...). Se deja así por la Constitución a la libertad de configuración del legislador, la extensión de esa participación (...)” (Sentencia 77/1985, Fundamento Jurídico 21). La opción por una u otra modalidad de intervención ha de corresponder al legislador estatal, sin perjuicio de que las competencias concretas en que se articule dicha intervención puedan, sin desfigurar su identidad de conjunto, ser moduladas o ampliadas en virtud de las competencias de la Comunidad Autónoma. La acomodación de las previsiones autonómicas a las así dispuestas en la Ley Orgánica no expresará, en definitiva, sino la necesaria uniformidad básica del régimen de los derechos fundamentales en el conjunto del ordenamiento (art. 149.1.1) y así, por poner un ejemplo, aquella normación autonómica no podría devaluar a intervención meramente «consultiva» un derecho de participación en la decisión o un poder de decidir, establecido en la Ley Orgánica.

Si podría modificar el régimen orgánico de adopción de los acuerdos o ampliar a supuestos análogos, previsiones participativas presentes en la norma estatal.

En la definición de un esquema básico de órganos de participación hay que considerar como “básica”, la normación que perfile, en sus líneas fundamentales, el “sistema de gobierno” escolar, esto es, la previsión de órganos unipersonales y colegiados, el modo de integración de estos últimos (su composición o no trimembre y los mínimos de participación respecto de los diferentes componentes de la comunidad escolar) y sus atribuciones esenciales. Más allá de esto, la alteración concreta en el modo de composición de un órgano determinado o de designación de sus integrantes, e incluso, la previsión de órganos de participación adicionales, pueden considerarse hipótesis constitucionalmente correctas siempre que, en unos casos y en otros, no se dé lugar a una conformación radicalmente distinta del modelo participativo establecido en la legislación estatal» (FJ 4).

Los preceptos cuestionados se limitan únicamente a determinar el carácter de la participación que se reconoce a los miembros de la comunidad escolar, determinación que corresponde a la legislación orgánica y de carácter básico, según la jurisprudencia constitucional citada, por lo que no invaden la competencia legislativa de desarrollo en la materia de las Comunidades Autónomas.

3. Artículo único, apartados nueve, quince y dieciséis: Modificación de los artículos 18, 24 y 25 LOE.

Los apartados nueve, quince y dieciséis del art. único LOMCE modifican, respectivamente, los artículos 18, 24 y 25 LOE y se impugnan en cuanto definen un sistema específico para la enseñanza de la religión.

Sostiene el Gobierno que “la enseñanza de la religión no está constitucionalizada. Ello no quita, sin embargo, para que la presencia de la religión en la escuela encuentre un apoyo en el principio constitucional de cooperación establecido en el artículo 16.3. Sin embargo, es preciso indicar que la Constitución, que ordena a los poderes públicos «cooperar con la Iglesia católica y las demás confesiones», no predetermina un modo concreto de cooperar, de modo que la cooperación es «un cauce posible» para justificar la inserción en el itinerario educativo (STC 128/2007, FJ 5), pero no necesariamente un cauce obligado. En definitiva, se trata de una opción del legislador, con amparo constitucional, pero que no forma parte del núcleo requerido por el objeto de la educación.

El Tribunal Constitucional ha establecido claramente la doctrina según la cual Estado y religión se sitúan en planos distintos. Según la STC 24/1984, FJ 1,

«El art. 16.3 de la Constitución proclama que ninguna confesión tendrá carácter estatal e impide por ende (...) que los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos. Al mismo tiempo, el citado precepto constitucional veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y función pública (...).»

Así pues, los criterios religiosos no pueden incorporarse a la definición de la legalidad, como hizo el sistema confesional implantado en épocas pretéritas. Pero, además, las organizaciones religiosas no están facultadas para actuar como entidades públicas porque «en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado» (STC 340/1993, FJ4), de la misma manera que «el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso» (STC 24/1982, FJ1). Esta doctrina ha sido ampliamente utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y constituye el fundamento de alguno de sus pronunciamientos más importantes en la materia (STC 46/2001).

El régimen implantado en la Ley Orgánica supone que los alumnos y alumnas que opten por la asignatura de religión no pueden recibir enseñanzas de la asignatura que cubre los valores constitucionales y sufren, por tanto, discriminación, de forma que con esta regulación se apunta a la definición de pautas éticas o morales en el espacio público a través de doctrinas laicas o religiosas situadas en el mismo nivel. O, lo que es lo mismo, se estudiarían supuestamente en el currículo escolar un conjunto de pautas o criterios de comportamiento que, pudiendo ser formulados desde una perspectiva de moral general o desde una perspectiva religiosa, adquieren sin embargo el mismo valor como fundamento del sistema de convivencia.

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

excluidos de la posibilidad de acceso a otros estudios que constituyen una exigencia fundamental en la CE».

Los arts. 18, 24 y 25 LOE regulan las materias de los bloques de asignaturas troncales y específicas para las etapas de Educación Primaria (art. 18), del primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria (art. 24) y del cuarto curso de Educación Secundaria Obligatoria (art. 25).

De acuerdo con la regulación prevista en preceptos, los alumnos podrán optar en Educación Primaria entre Religión o Valores Sociales y Cívicos y en Educación Secundaria Obligatoria entre Religión o Valores Éticos. A la materia de religión se refieren en concreto los apartados 3.b) y c).3º del art. 18, 4.b) y c).7º del art. 24 y 6.b) y c).9º del art. 25, que son los que se impugnan.

Para el Gobierno autonómico, la inconstitucionalidad de estos preceptos deviene en esencia de la circunstancia de que el régimen implantado en la Ley Orgánica supone que los alumnos y alumnas que opten por la asignatura de religión no pueden recibir enseñanzas de la asignatura que cubre los valores constitucionales y sufren, por tanto, discriminación. A ello añade que, al establecerse la opción excluyente, se impone a quienes se encuentran afectados por su opción religiosa un modo de entender las virtudes ciudadanas basado en doctrinas religiosas y formulado por autoridades confesionales.

El enjuiciamiento de estos preceptos ha de partir de lo dispuesto en el art. 27.3 CE, que reconoce el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

La constitucionalidad de la impartición de la enseñanza de religión ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

"En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la confesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 Constitución)" (STC 5/1981).

El art. 27 de la Constitución reconoce el derecho a la educación. Este es un derecho de prestación cuya satisfacción requiere que el Estado cree un servicio

público de educación y que, según el apartado 9 de este precepto, en los términos que establezca la ley, ayude a los centros docentes privados que se creen en ejercicio de la libertad de enseñanza que este mismo precepto reconoce. En este contexto del reconocimiento de la educación como una responsabilidad pública se inscribe la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho de los poderes para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones religiosas (art. 27.3 de la Constitución). Esto comporta que el Estado, al regular el ejercicio de este derecho y la organización de la enseñanza, ha de garantizar que los alumnos menores de edad reciban una educación religiosa o moral de acuerdo con las convicciones de sus padres y si son de mayor edad de acuerdo con las propias.

La determinación de hasta qué niveles de la enseñanza se debe garantizar esa educación religiosa o moral y las condiciones de su impartición son cuestiones que la Constitución no regula, por lo que quedan entregadas a la ley, la cual debe revestir la forma de orgánica, según el art. 81.1 de la Constitución, porque su regulación representa tanto un desarrollo del derecho a la educación como del derecho de libertad religiosa reconocido en el art. 16. Este artículo en su apartado 3 establece el carácter aconfesional del Estado y simultáneamente la obligación de mantener relaciones de cooperación con las confesiones religiosas.

El legislador orgánico en lo atañente a las condiciones de impartición de la doctrina de las confesiones religiosas en la enseñanza no está condicionado por la Constitución. En un extremo del abanico de posibilidades está la de que se limite a facilitar el acceso de los ministros religiosos a los centros educativos públicos para que fuera del horario escolar adoctrinen a los hijos de los fieles de su respectiva creencia. En el otro extremo está la inclusión de la enseñanza de doctrinas religiosas como una asignatura más de los programas escolares impartida por sus respectivos ministros retribuidos con los recursos públicos. El legislador puede optar por uno u otro de los extremos o por cualquier alternativa que se sitúe entre ellos. Ninguna de ellas será inconstitucional.

Actualmente, en nuestro país la opción escogida está contenida en el art. 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR) cuyo apartado 2.c) comprende dentro de dicha libertad el derecho de las personas a elegir, dentro del ámbito escolar, para los menores no incapacitados bajo su dependencia la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

En relación con ese derecho el apartado 3 de este art. 2 dispone que para su aplicación real y efectiva los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para la formación religiosa en centros docentes públicos.

Sobre la relación que existe entre los arts. 16.3 y 27.3 de la Constitución y su desarrollo por el art. 2.2.c) y 3 LOLR, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas sentencias, de las cuales como representativa de todas ellas vale la STC 38/2007, de 5 de febrero, en cuyo FJ 5 se dice:

“Ese deber de cooperación exige de los poderes públicos una actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa (STC 46/2001, de 15 de febrero, que en su dimensión individual comporta el derecho a recibir la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones. Inevitablemente, la definición del contenido y ámbito propios de los derechos y principios establecidos en el art. 16 CE –tanto en sus dimensiones interna y externa como en la individual y en la colectiva– pasa por su ponderación con el contenido y alcance de otros derechos y principios constitucionales que, convergiendo en la delimitación de su sentido, ven así matizada su propia condición de límites del derecho definido, precisamente, con su concurso.

Centrados, pues, en la perspectiva de los derechos y principios del art. 16 CE, es de advertir que ni el órgano judicial ni quienes han sido parte en este proceso hacen cuestión de la inserción de la enseñanza de la religión católica en el sistema educativo. Dicha inserción –que sólo puede ser, evidentemente, en régimen de seguimiento libre (STC 5/1981, de 13 de febrero, F. 9)– hace posible tanto el ejercicio del derecho de los padres de los menores a que éstos reciban la enseñanza religiosa y moral acorde con las convicciones de sus padres (art. 27.3 CE), como la efectividad del derecho de las Iglesias y confesiones a la divulgación y expresión públicas de su credo religioso, contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva (art. 16.1 CE). El deber de cooperación establecido en el art. 16.3 CE encuentra en la inserción de la religión en el itinerario educativo un cauce posible para la realización de la libertad religiosa en concurrencia con el ejercicio del derecho a una educación conforme con las propias convicciones religiosas y morales. En este punto es de recordar que el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de

febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues también comporta una dimensión externa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 LOLR y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del art. 2 LOLR, según el cual «[p]ara la aplicación real y efectiva de estos derechos [los que se enumeran en los dos anteriores apartados del precepto legal], los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar (...) la formación religiosa en centros docentes públicos».

La cuestión, no es, por tanto, si resulta o no constitucionalmente aceptable la enseñanza de la religión católica en los centros escolares. Tampoco si la competencia para la definición del credo religioso objeto de enseñanza ha de corresponder a las Iglesias y confesiones o a la autoridad educativa estatal, pues es evidente que el principio de neutralidad del art. 16.3 CE, como se declaró en las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 340/1993, de 16 de noviembre, «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» en el desarrollo de las relaciones de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y las demás confesiones, antes bien sirve, precisamente, a la garantía de su separación, «introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva» (STC 46/2001, de 15 de febrero, F. 4). El credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de las relaciones de cooperación a las que se refiere el art. 16.3 CE”.

En definitiva, no contradice a los arts. 16.3 y 27.3 de la Constitución que el legislador incluya en el itinerario educativo la religión como una asignatura. Esto no está en contradicción con el carácter laico del Estado que impone el primer inciso del art. 16.3 de la Constitución. Carece por tanto de fundamento jurídico constitucional la motivación del Acuerdo gubernamental basándose en ese carácter aconfesional para impugnar los preceptos mencionados de la LOE que modifica la LOMCE.

En cuanto a la otra parte de la motivación que argumenta que a los alumnos que opten por la asignatura de Religión se les discrimina porque se les priva de la formación cívica, tampoco se comparte por estas dos razones:

1ª) Los artículos que se impugnan permiten que, siempre en función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa, los alumnos que optaron por la asignatura de Religión pueden asimismo cursar la asignatura de Valores Sociales y Cívicos o Valores Éticos, como así se reconoce en los apartados 3.c).4º del art. 18.4.c).8º del art. 24 y 6.c).10º del art. 25.

2ª) Los artículos impugnados imponen que la educación cívica y constitucional se trabajen en todas las materias (arts. 18.6, 24.6 y 25.8 LOE).

Los arts. 18, 24 y 25 LOE en cuanto contemplan la enseñanza de religión no se consideran, por tanto, inconstitucionales.

4. Artículo único, apartados dieciocho, diecinueve, veintiuno, treinta y cuatro y treinta y cinco: Modificación de los artículos 27, 28, 30, 41 y 42 LOE.

Estos preceptos de la LOE establecen un nuevo modelo de separación del alumnado por itinerarios en la Educación Secundaria Obligatoria.

El reproche de inconstitucionalidad que se le formula consiste en que *“el diseño del régimen jurídico de los itinerarios está sometido a reserva de ley -regula el ejercicio de un derecho fundamental- y no puede quedar en manos de la administración y los particulares. Y, más aún, los elementos principales del régimen jurídico de esos itinerarios -las condiciones subjetivas de acceso, el régimen de la decisión para integrarse en ellos y los aspectos estructurales del currículum- son un desarrollo directo del derecho fundamental y, por ello, sometidos a reserva de ley orgánica”*.

Esta argumentación se desarrolla de este modo:

“La igualdad exigida por nuestra Constitución, sea en su vertiente de igualdad ante la ley o de igualdad en la ley, se proyecta de manera singular en el campo de la educación a través del mandato de educación básica obligatoria. Todos los niños y niñas, independientemente de sus condiciones personales, familiares o sociales han de ser escolarizados y cursar una enseñanza que por definición de «básica» tiende a conformar un currículum potencialmente idéntico. Proclamar el derecho a una educación básica obligatoria, para luego diseñar currícula distintos según la condición personal, familiar o social de los niños, sería una contradicción que desbarataría el sentido constitucional de la educación básica obligatoria. En definitiva, el régimen jurídico del itinerario clasifica al alumnado con consecuencias

presentes y futuras extraordinarias tanto para su formación como para su propio desarrollo profesional. Así las cosas, parece evidente que el diseño del régimen jurídico de los itinerarios está sometido a reserva de ley -regula el ejercicio de un derecho fundamental- y no puede quedar en manos de la administración y los particulares. Y, más aún, los elementos principales del régimen jurídico de esos itinerarios -las condiciones subjetivas de acceso, el régimen de la decisión para integrarse en ellos y los aspectos estructurales del currículum- son un desarrollo directo del derecho fundamental y, por ello, sometidos a reserva de ley orgánica.

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

Los preceptos objetados no respetan, en mayor o menor medida, las garantías anudadas a la reserva de ley orgánica en el ámbito educativo. Más concretamente, el nuevo artículo 41.1 regulado en el apartado treinta y cuatro, y el nuevo artículo 42.4 regulado en el apartado treinta y cinco, ambos de la LOMCE, no respetan la reserva de ley orgánica en la ordenación del desarrollo directo del derecho a la educación (artículo 53.1). Por su parte, el nuevo artículo 27.1, 2 y 3 previsto en el apartado 18 del artículo único de la LOMCE no regulan con la densidad necesaria aspectos del itinerario Programas de mejora del aprendizaje y del rendimiento, vulnerando así el mandato de reserva de ley en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE). Los nuevos artículos 30 y 41, regulados en los apartados veintiuno y treinta y cuatro LOMCE no regulan los motivos o causas que derivan a un alumno hacia el itinerario Formación profesional básica, vulnerando así el mandato constitucional de reserva de ley en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE). Finalmente, el artículo

27.2 previsto en el apartado dieciocho, el artículo 28.7 regulado en el apartado diecinueve, el artículo 30 regulado en el apartado veintiuno y el artículo 41.1 c) previsto en el apartado treinta y cuatro, todos ellos del artículo único de la LOMCE, vulneran el derecho fundamental del alumnado a participar en las decisiones claves que afectan a su currículum y el mandato de reserva de ley (artículos 27.1 y 53.1 CE)”.

4.1. Estos preceptos se impugnan por dos motivos, uno de índole material y otro de índole formal.

4.1.1. El primero consiste en que estos preceptos diseñan currículos distintos según la condición personal, familiar o social de los niños.

La lectura de los preceptos impugnados revela que en ninguno de sus apartados se recogen criterios familiares o sociales de los alumnos para determinar que sigan uno u otro currículum. Esa afirmación del Acuerdo Gubernamental no se corresponde con la literalidad de los preceptos impugnados. Carece por ende de fundamento.

En cuanto a la afirmación de que se diseñan currículos distintos según la condición personal del alumno, se analizará con detalle a continuación; pero desde el principio hay que recordar que en la educación hay que tomar en consideración las condiciones personales del alumno para posibilitar que culmine con éxito sus estudios. Si padece, por ejemplo, alguna discapacidad que le dificultan seguirlos al mismo ritmo y con la misma facilidad que sus compañeros, el legislador puede tener en cuenta esa condición personal para regular medidas en orden a asegurar que la igualdad de esos alumnos en comparación con los demás sea real y efectiva, sin que la consideración normativa de esas condiciones personales pueda ser juzgada como una infracción del principio de igualdad del art. 14 de la Constitución. Por otro lado, respecto a los alumnos que no se aplican y esfuerzan en el estudio y que con ello se arriesgan a no terminar la educación obligatoria, el legislador puede establecer medidas dirigidas a conjurar ese riesgo, medidas que pueden consistir en adaptaciones curriculares, atención educativa especial, etc. sin que por ello ese tratamiento diferenciado que responde a una situación académica distinta pueda ser calificado de una vulneración del principio de igualdad.

El art. 27 contempla que el equipo docente proponga a los padres de los alumnos de los tres primeros cursos del primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria (ESO) que sus hijos sigan un programa de mejora del aprendizaje y del rendimiento (PMAR).

La decisión corresponde adoptarla a los padres. Éstos pueden rehusar esa propuesta y decidir que su hijo continúe los estudios sin que éstos se adapten al PMAR.

La propuesta de que los alumnos cursen los estudios conforme a un PMAR puede estar motivada, en primer lugar, en criterios de condición personal que son de aplicación preferente: Que el alumno tenga dificultades de aprendizaje no imputables a falta de estudio o esfuerzo.

La aplicación de esos criterios para fundamentar la propuesta de que el alumno siga sus estudios conforme a un PMAR no contradice el principio de igualdad (art. 14 de la Constitución) porque la finalidad de ese programa consiste en que puedan cursar el cuarto curso de la ESO por vía ordinaria, es decir, ponerlos en igualdad de condiciones con los demás alumnos que no tienen esas dificultades personales para seguir los estudios; y porque tomar como criterio las condiciones personales de los alumnos que les impiden cursar satisfactoriamente los estudios para proponer que se incorporen a un PMAR que luego les permita cursarlos con normalidad no constituye una discriminación por circunstancias personales, sino todo lo contrario, porque es una medida superadora de la desigualdad en el aprovechamiento académico determinada por esas condiciones personales.

El otro criterio que fundamenta la propuesta de que el alumno se incorpore a un PMAR es de naturaleza estrictamente objetiva porque atiende únicamente a los resultados académicos: Si el alumno ha repetido curso o no reúne las condiciones para promocionar al curso siguiente, entonces se propone a sus padres que continúe los estudios adaptados a un PMAR a fin de que pueda cursar el último curso de la ESO por la vía ordinaria y obtengan el título de Graduado en ESO.

El art. 28 establece los criterios de evaluación y promoción. Estos criterios son estrictamente académicos, lógicos y razonables: Si el alumno no supera determinado número de materias ha de repetir curso y no puede pasar al siguiente curso. Los alumnos que se encuentren en esa situación se benefician de adaptaciones curriculares a sus necesidades con el fin de que puedan superar sus dificultades académicas (28.6).

Con el fin de que los alumnos superen sus estudios de ESO se prevén medidas de refuerzo educativo que se aplican personalmente (28.7). No son criterios, por tanto, que atiendan a las condiciones personales, familiares o sociales del alumno.

Al final de cada curso de la ESO se entrega a los padres de los alumnos o en su caso a éstos un informe sobre su rendimiento académico que podrá incluir la propuesta de que el alumno se incorpore a un PMAR o a un ciclo de Formación Profesional Básica. La decisión al respecto compete exclusivamente a los interesados.

El art. 41 establece con la suficiente precisión los criterios de acceso y admisión a los ciclos de Formación Profesional Básica (FPB). Todos ellos son de naturaleza académica y por ello objetivos.

El art. 42 establece con claridad las bases del currículo de las enseñanzas del FPB.

La impugnación de estos artículos por el motivo de índole material consistente en que diseñan currículos distintos según la condición personal, familiar o social de los niños carece por tanto de fundamento constitucional.

4.1.2. En lo que respecta al análisis de su impugnación por el motivo formal de que no revisten la forma de ley orgánica, hay que partir de la delimitación del ámbito de la reserva a ley orgánica, sobre la cual el Tribunal Constitucional ha dicho:

«(...) desde la STC 5/1981 (RTC 1981\5) , este Tribunal ha destacado de forma ininterrumpida la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término «desarrollar» como a «la materia» objeto de reserva. Se trata, dice el Tribunal en reiteradas resoluciones, de evitar petrificaciones del ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (por todas, STC 173/1998, fundamento jurídico 7º). Más concretamente, se ha afirmado que requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que «"desarrolle" la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho» (STC 127/1994, fundamento jurídico 3º). Desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar» (STC 129/1999, de 1 julio de 1999, FJ 2).

Esta doctrina es trasladable, lógicamente, al ámbito de la reserva a ley orgánica de desarrollo del derecho a la educación y así en la STC 184/2012, de 17 de octubre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 10/2002, de

23 de diciembre, de calidad de la educación, itinerarios y materiales educativos, criterios de admisión de alumnos en centros concertados, organización de centros públicos y técnicas de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se dice:

«Nuestra doctrina en esta materia la recuerda la STC 124/2003, de 19 de junio, F. 11, aludiendo a la STC 5/1981, de 13 de febrero en los términos siguientes: «Cuando en la Constitución se contiene una reserva de Ley ha de entenderse que tal reserva lo es en favor de la Ley Orgánica –y no una reserva de Ley ordinaria– sólo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la Norma fundamental (art. 81.1 y conexos). La reserva de Ley Orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley Orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 CE), pues tal efecto puede y aun debe ser excluido por la misma Ley Orgánica o por Sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no participan de tal naturaleza. Llevada a su extremo, la concepción formal de la Ley Orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas.

Por ello hay que afirmar que, si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley Orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria (F. 21)».

Así, por lo que aquí interesa, es claro que nuestra doctrina ha destacado, en primer lugar y de forma ininterrumpida desde la citada STC 5/1981, la necesidad de aplicar un criterio estricto o «restrictivo» para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término «desarrollar», como a «la materia» objeto de reserva e igualmente este Tribunal ha mantenido [STC 76/1983, F. 51 d), recogiendo lo declarado en la ya citada STC 5/1981, F. 21 c)] que la Ley orgánica puede contener preceptos no orgánicos relativos a materias conexas».

De acuerdo con esta doctrina se concluye:

“(...) el problema que hemos de resolver con respecto a la disposición adicional tercera, apartado 3, de la Ley Orgánica de calidad de la educación consiste en determinar si esa regulación constituye, a los efectos de la reserva de Ley orgánica del art. 81 CE, desarrollo del derecho fundamental a la educación del art. 27 CE. Teniendo en cuenta lo que acabamos de afirmar respecto a la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término «desarrollar», como a «la materia» objeto de reserva, no cabe duda de que las normas en relación a los libros de texto y demás materiales curriculares que contiene la disposición adicional tercera, apartado 3, de la Ley Orgánica de calidad de la educación, en cuanto que se refieren a una actividad ejecutiva directamente relacionada con la administración de la enseñanza, no contienen una regulación directa del derecho a la educación encaminada a la delimitación y definición del mismo. Consecuentemente, dicha regulación no puede considerarse incluida en el ámbito reservado a la Ley orgánica, por lo que nada puede reprocharse, desde esa perspectiva, a la disposición adicional décima de la Ley Orgánica de calidad de la educación”.

La STC 212/2012, de 14 de noviembre, que resuelve también un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación, itinerarios y materiales educativos, criterios de admisión de alumnos en centros concertados, organización de centros públicos y técnicas de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en aplicación de esta doctrina sobre la delimitación del ámbito de la reserva a ley orgánica para el desarrollo del derecho a la educación, estimó la pretensión de que se declarara la inconstitucionalidad de la calificación de orgánicos de sus arts. 16.3, 23.2 y 26.2 y 5 por las siguientes razones:

“En todos ellos, en la medida que, en unos casos aluden a las enseñanzas comunes que el Gobierno ha de fijar y en otro -los itinerarios de la educación secundaria- deslegalizan la materia, remiten a éste la determinación de aspectos concretos de las estructuras de los distintos niveles educativos como son las áreas a impartir en los tres ciclos de educación infantil, las asignaturas de cada uno de los cursos de secundaria y los itinerarios formativos de los dos últimos años de la educación secundaria obligatoria, los cuales pueden ser, además, modificados o innovados por el Gobierno, respectivamente. En este sentido, teniendo presente la ya mencionada necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva de Ley orgánica del art. 81 CE, es claro que esa regulación no

constituye desarrollo del derecho fundamental a la educación del art. 27 CE, pues no cabe encuadrar en la citada reserva la regulación de la organización o estructura concretas de las enseñanzas que conforman el contenido de algunas de las etapas que integran el sistema educativo. Los aspectos mencionados forman, sin duda, parte de la ordenación general del sistema educativo pero el modo concreto de organizar las diferentes enseñanzas escolares en los correspondientes niveles o etapas determinadas por la Ley Orgánica de calidad de la educación constituye una opción de política educativa que puede y aun debe ser susceptible de adaptación a la evolución del conocimiento y a las cambiantes demandas de la realidad social, sin que exista un derecho constitucionalmente garantizado que pueda vincularse de forma directa a una u otra forma de organización concreta de las distintas enseñanzas que integran el sistema educativo.

En este sentido, la atribución de carácter orgánico a los cuatro preceptos citados que lleva a cabo la disposición final décima incurre en inconstitucionalidad formal, al no hacer excepción del carácter orgánico de la regulación contenida en los arts. 16.3, en cuanto remite a las enseñanzas comunes el establecimiento de las áreas que se impartirán en cada uno de los ciclos de la educación primaria; 23.2, que habilita al Gobierno para, al fijar las enseñanzas comunes, determinar las asignaturas que se impartirán en cada uno de los cursos de educación secundaria, y 26.2 y 5, en cuanto el primero de ellos establece los itinerarios de la educación secundaria obligatoria susceptibles de ser ampliados o modificados en ejercicio de la habilitación reglamentaria contenida en el apartado 5”.

El art. 27 remite a un reglamento de carácter básico la definición de las condiciones básicas de los programas de mejora del aprendizaje y el rendimiento y define a grandes rasgos los supuestos de aplicación de esos programas.

El art. 28 regula la evaluación del alumnado de Educación Secundaria Obligatoria.

El art. 30 faculta al equipo docente a proponer -que no decidir- a los padres o tutores del alumno su incorporación a un ciclo de Formación Profesional Básica.

El art. 41 regula los requisitos de acceso a la Formación Profesional Básica.

El art. 42 regula el contenido y la oferta de la Formación Profesional Básica. Los apartados 3 y 5 de este precepto no tienen carácter básico.

Ninguno de estos preceptos tiene carácter de Ley Orgánica según el artículo único, apartado Ciento ocho, LOMCE.

Todas esas regulaciones no se pueden considerar desarrollo directo del derecho fundamental a la educación porque no definen ni delimitan el contenido del mismo. Conciernen a cuestiones conexas o técnicas como programas de mejora del aprendizaje, criterios de evaluación, requisitos de acceso a ciclos de enseñanza y la estructura de las enseñanzas, por lo que, de acuerdo con la doctrina constitucional que se acaba de citar, no han de revestir forma de ley orgánica. Carece, pues, de fundamento la impugnación esos preceptos por infracción del art. 81 de la Constitución.

4.2. Al art. 27.1 se le reprocha que vulnere la reserva de ley en la regulación del ejercicio del derecho a la educación.

Este precepto remite al reglamento de carácter básico los requisitos de los PMAR habilitándolo a establecer una metodología específica a través de una organización de contenidos, actividades y prácticas de las materias de los bloques de las asignaturas de los tres primeros cursos de la ESO que establece el art. 24 LOE. Esta es una cuestión meramente técnica y de detalle cuya regulación corresponde por naturaleza al reglamento. En este extremo el reproche de inconstitucionalidad es infundado.

En cambio, en cuanto el art. 27.1 permite sin ningún condicionamiento que ese reglamento pueda establecer materias diferentes a las que con carácter general fija el art. 24 LOE, está operando una deslegalización absoluta de la predeterminación legal del currículo porque priva al art. 24 LOE de fuerza de ley pasiva frente a ese reglamento y entrega en blanco a la potestad reglamentaria del Gobierno central la determinación de la programación de las enseñanzas que han de seguir los alumnos de los tres primeros cursos de la ESO que se encuentren en las situaciones contempladas en el art. 27.2 a 4 LOE. En este extremo el art. 27.1 LOE infringe la reserva que el art. 53.1 de la Constitución establece para la regulación del ejercicio del derecho fundamental a la educación.

El art. 27.2 se limita a establecer con precisión los supuestos en los que se puede proponer la incorporación del alumno a un PMAR. Por consiguiente cumple con el mandato de regular efectivamente la materia que resulta de la reserva de ley en esta materia.

El art. 27.3 establece los alumnos a los cuales se les propondrá preferentemente su incorporación a un PMAR: Aquellos que presenten dificultades relevantes de aprendizaje no imputables a falta de estudio o esfuerzo. Se trata de una regulación

legal con el suficiente contenido para predeterminar o vincular positivamente en este punto al reglamento que prevé el art. 27.1 LOE, porque la precisión de cuáles son las aludidas dificultades de aprendizaje es una labor que hay que acometer con criterios médicos, psicológicos y pedagógicos, tal como resulta de la exclusión de las dificultades que obedezcan a la voluntad del alumno. Son, por tanto, criterios de naturaleza científica y técnica cuyo establecimiento corresponde al reglamento.

El art. 30 no impone la derivación de los alumnos a la FPB. Meramente faculta al equipo docente a aconsejar a los padres o tutores del alumno que se incorpore a la FPB. La decisión, como se ha dicho ya, compete exclusivamente a los representantes legales del alumno.

El motivo de esta propuesta del equipo docente resulta con claridad de dicho precepto: *“cuando el grado de adquisición de las competencias así lo aconseje”*. Cuál es ese grado está precisado por la relación en que se encuentra el art. 30 con los precedentes arts. 28 (evaluación y promoción) y 29 (evaluación final de la ESO). El art. 30 cumple por consiguiente con el mandato constitucional al legislador de regular suficiente y efectivamente la materia reservada a ley.

La lectura del art. 41 revela *icto oculi* que regula exhaustivamente los requisitos de acceso y admisión a la FPB. Por ende, no deslegaliza la materia ni infringe la reserva de ley en la materia.

4.3. También se impugnan los arts. 27.2, 28.7, 30 y 41.1 c) porque *“vulneran el derecho fundamental del alumnado a participar en las decisiones claves que afectan a su currículum y el mandato de reserva de ley (artículos 27.1 y 53.1 CE)”*.

El art. 27.1 de la Constitución no reconoce un derecho fundamental del alumno a participar en las decisiones que afectan a su currículum.

Si el alumno es menor de edad, como sus padres son sus representantes legales y tienen el deber de educarlos, esas decisiones les corresponde tomarlas a ellos oyendo previamente al menor si tuviere suficiente juicio (arts. 154 y 162 del Código Civil). Las leyes educativas pueden excepcionar esta regla (art. 162.1º del Código Civil), pero si no contemplan tal, entonces es de aplicación el régimen general.

No es necesario que las leyes educativas establezcan que los alumnos de menor edad que tengan suficiente juicio sean oídos por sus padres o tutores antes de que éstos adopten decisiones sobre su educación. Ya lo establece el art. 154 del Código Civil. Por esta razón está desprovista de fundamento la impugnación de estos preceptos por esa supuesta no participación del menor en esas decisiones, lo cual se

señala con abstracción de que en puridad esos artículos no regulan decisiones, sino propuestas de decisiones a los padres o tutores del menor de edad, que son los que legalmente pueden aceptarlas o rehusarlas.

En cuanto al reproche de que no cumplen con el mandato de regulación que resulta de la reserva de ley, ya se ha analizado en las consideraciones anteriores.

5. Artículo único, apartado sesenta: Modificación del artículo 84.2 LOE.

El nuevo artículo 84.2 LOE consagra un sistema de admisión y selección del alumnado a partir de su rendimiento académico, planteamiento que según el Gobierno *«merece ser constitucionalmente reprobado porque la nueva redacción dada a la LOE en este aspecto no cubre con la densidad necesaria la regulación que obligatoriamente ha de estar recogida en la ley orgánica. Estima así que por ello y en primer lugar, se puede apreciar la vulneración del mandato de reserva de ley previsto en el artículo 81.1 CE, en cuanto la disposición en cuestión se caracteriza por no definir algunos conceptos que constituyen el núcleo fundamental para su interpretación y aplicación, como es el caso del concepto de rendimiento académico y del concepto de modulación del porcentaje. Por otra parte, este precepto vulnera el artículo 27.5 CE, que responsabiliza a los poderes públicos de la programación general de la enseñanza, en cuanto el precepto objetado atribuye a los centros educativos decisiones sobre la programación general de la educación en relación con los principios nucleares de equidad y cohesión»*.

El art. 84 LOE regula la admisión de alumnos en los centros públicos y privados concertados.

De conformidad con lo previsto en su apartado 1, las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores, disponiendo además que, en todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo.

El apartado 2 de este precepto, que el Gobierno autonómico cuestiona, establece los criterios prioritarios de admisión cuando no existan plazas suficientes. Su segundo párrafo admite que los centros que tengan reconocida una especialización curricular por las Administraciones educativas o que participen en una acción destinada a fomentar la calidad de los centros docentes de las descritas en el art.

122 bis, podrán reservar al criterio del rendimiento académico del alumno o alumna hasta un 20 por ciento de la puntuación asignada a las solicitudes de admisión a enseñanzas postobligatorias, si bien dicho porcentaje podrá reducirse o modularse cuando sea necesario para evitar la ruptura de criterios de equidad y de cohesión del sistema .

Para el Gobierno el precepto no respeta, por una parte, el contenido necesario de la Ley Orgánica, al no definir determinados conceptos que se emplean y vulnera además el art. 27.5 CE al sustraer a los poderes públicos en su párrafo segundo la programación general de la enseñanza.

Los nueve apartados primeros del art. 84 LOE poseen carácter de ley orgánica. Todo el precepto constituye legislación básica.

Como el art. 84.2 tiene ese doble carácter de legislación orgánica y básica, por imperativo constitucional no puede agotar toda la regulación de la materia, porque necesariamente ha de dejar margen al ejercicio de la competencia normativa autonómica de desarrollo, a la cual, como no puede ser de otra manera, se remite el art. 84.1 LOE al disponer que las Administraciones públicas correspondientes regularán la admisión de los alumnos en los centros públicos y privados concertados y, a continuación, en los siguientes apartados sienta las bases a las que ha de ceñirse esa regulación autonómica.

Por esa doble naturaleza de legislación orgánica y a la vez básica, carece de fundamento que se impugne al art. 84.2 LOE por no agotar la regulación de toda la materia.

En cuanto al otro motivo de inconstitucionalidad que se aduce y que estriba en que el art. 84.2 LOE atribuye a los centros educativos decisiones sobre la programación general de la educación, se ha de indicar que esa afirmación sólo es posible si se desconoce que el precepto es una norma básica que ha de ser concretada por la respectiva norma autonómica de desarrollo, de modo que será la Administración educativa autonómica, que es la única que puede apreciar con la imprescindible perspectiva general que no se quiebran los criterios de equidad y de cohesión del sistema, la que atendiendo a estos criterios, dictará las normas de desarrollo que precisarán las condiciones en que procederá la reducción o modulación del porcentaje que se contempla en el precepto, normas que, obviamente, tanto en ese punto como en los demás de desarrollo del art. 84 LOE, obligarán a los centros públicos y privados concertados.

Por lo razonado, no procede la impugnación del art. 84.2 LOE por este motivo que se ha analizado.

C O N C L U S I O N E S

1. La inconstitucionalidad del apartado dieciocho del artículo único de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa, que modifica el art. 27.1 LOE, puede sostenerse en los términos indicados en el Fundamento IV.4.2.

2. Contra los demás preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa que se relacionan en el Acuerdo del Gobierno, de 6 de marzo de 2014, no concurren razones jurídico-constitucionales que permitan mantener su inconstitucionalidad, de acuerdo con el resto de la fundamentación del presente Dictamen.