

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

*“Quien conquista y dirige el sistema educativo y la escuela, puede cambiar al hombre, y por consiguiente, puede cambiar la sociedad, pues los efectos transformadores de la educación son lentos, pero profundos y seguros”<sup>1</sup>*

Creo sinceramente que ésta es la razón por la que –pese a que nuestra Constitución es una de las que mejor recoge y proclama los denominados “Derechos Educativos”- las diversas normas dictadas en las últimas décadas para su desarrollo han supuesto un progresivo menoscabo – cuando no una negación flagrante- de los derechos fundamentales e inalienables que nos corresponden a las familias relacionados con la educación de nuestros hijos. Pese al rechazo social y a la ausencia no solo de consenso sino de la más mínima voluntad de diálogo que han caracterizado la gestación y aprobación de tales leyes, lo cierto es que las mismas han logrado calar muy hondo, llegando incluso a conformar tanto la opinión pública, como el propio concepto que los poderes públicos en todos sus ámbitos tienen de los derechos e instituciones a las que las citadas normas afectan.

Es precisa, por tanto, una inmediata recuperación de los conceptos jurídicos más básicos y esenciales; así como una urgente labor de formación de las familias para que éstas se constituyan en la base sobre las que descansa el necesario cambio de rumbo que nuestra sociedad debe adoptar en este campo.

### **I.- DERECHOS FUNDAMENTALES. IMPLICACIONES.-**

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que el derecho a la educación y la libertad de enseñanza que proclama en el artículo 27 de nuestra Constitución; se enmarca dentro de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas a los que nuestro Ordenamiento Jurídico otorga el máximo nivel de protección<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> JM OTERO NOVAS, “Modelos de financiación: marco legal para propuestas alternativas”, en *Libertad, igualdad y pluralismo en la educación. Encuentros sobre educación en El Escorial (UCM)*, Comunidad de Madrid, Madrid, 2003, págs. 211-212

<sup>2</sup> Su reforma requiere emplear el procedimiento “agravado” de revisión constitucional que establece el art 168 CE también para la revisión constitucional total; gozan de la protección especial del amparo tanto judicial como ante el TC (art. 53.2 CE), están reservados en su regulación a ley orgánica (art. 81 CE), etc.

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

Ello implica (artículo 10.1 CE<sup>3</sup>) que se trata de derechos inherentes a la persona; es decir, que se tienen no porque los reconozcan las leyes; sino aunque no los reconozcan las leyes. También, que los mismos son fundamento del orden político y de la paz social. Por ello, conforme al artículo 9.2 CE, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que tales derechos y libertades sean reales y efectivos; así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su **plenitud**<sup>4</sup>.

Es importante resaltar, por otra parte, que las normas que desarrollan estos Derechos Fundamentales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; pues así lo indica el art. 10.2 CE. Tratados que, ratificados y publicados en el BOE, forman parte del ordenamiento jurídico español de conformidad con el art. 96 CE, de manera que sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas por los cauces previstos en los propios tratados o por las normas comunes del Derecho Internacional; pero nunca por leyes u otras disposiciones estatales ni autonómicas; por lo que, a la postre, el rango de estos tratados es superior al de las propias leyes<sup>5</sup>.

En resumidas cuentas, nos encontramos ante uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de Derecho que proclama el primer artículo de nuestra Carta Magna<sup>6</sup>; por lo que su vulneración, o la interposición de obstáculos a su ejercicio en plenitud hacen tambalearse a todo el sistema democrático. De ahí que no nos hallemos ante un aspecto más del debate político ordinario y partidista, ni ante un problema que hayan de solucionar los directamente afectados por el mismo (aunque sean

---

<sup>3</sup> “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”

<sup>4</sup> “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; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud ...”

<sup>5</sup> JL MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ “Siete tesis sobre la legalidad de una educación escolar especializada por razón de sexo” en *Educación diferenciada, una opción razonable* Eunsa. Pamplona 2005 págs 205-235.

<sup>6</sup> Artículo 1.1.- “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”

éstos quienes deban implicarse más intensamente), ni siquiera ante dilemas jurídicos; sino ante un problema democrático de primera magnitud y solo afrontándolo así lograremos solventarlo.

## II.- DERECHO A LA EDUCACIÓN... DE CALIDAD.-

*“Todos tienen derecho a la educación.”* Así de conciso y claro comienza el artículo 27.1 de nuestra Carta Magna. Tal vez la falta de exigencia e implicación de las familias y –desde luego la de los poderes públicos- nos han llevado a dar por satisfecho este derecho primario a la educación con la simple escolarización dentro de un sistema en el que se garantiza la obtención de los títulos académicos con la demostración de ciertos conocimientos. Pero la educación es mucho más.

No pretendo en absoluto entrar ahora en grandes disquisiciones teóricas, pero entiendo que resulta de vital importancia en este aspecto – como en todos- partir de conceptos y principios claros porque nos permitirán construir sobre ellos un razonamiento acertado. Con frecuencia uno de los caminos más precisos para llegar a una correcta delimitación de los conceptos es acudir a la etimología. Sé que hay otras teorías diferentes, pero personalmente me quedo con la que nos indica que educar viene del Latín *“educere”* que significa extraer y así educar se convierte en **el arte de conseguir que las potencialidades que cada ser humano recibe se desarrollen con la mayor plenitud posible, en el arte de extraer de nuestros hijos lo mejor de sí mismos.** Personalmente, parafraseando a Pedro Salinas, que se refería a la relación amorosa, me gusta resumirlo en **sacar de ti tu mejor tú**<sup>7</sup>. Y en este sentido se pronuncia también nuestra Constitución al señalar -en su artículo 27.2- como objeto de la educación ***el pleno desarrollo de la personalidad***<sup>8</sup>; **y de las capacidades de los alumnos** que añade el art. 2.1a) de la LOE<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> PEDRO SALINAS. *Perdóname por ir así buscándote...* en La voz a ti debida.

<sup>8</sup> “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”

<sup>9</sup> Artículo 2. Fines 1.El sistema educativo español se orientará a la consecución de los siguientes fines: a) El pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos.

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

No basta, por tanto, con la escolarización, con facilitar los medios y articular un sistema para que nuestros hijos obtengan las titulaciones pertinentes. Ese pleno desarrollo de la personalidad, ese “sacar de ti tu mejor tú” exige calidad, excelencia educativa, desarrollo completo de todas las potencialidades de cada uno de los alumnos; y garantizar una preparación académica acorde con las necesidades actuales.

Lamentablemente, el contenido nuclear de este derecho que acabo de exponer está lejos de ser considerado como el fundamento principal de nuestro sistema educativo; sino que es frecuentemente ignorado por los poderes públicos, a quienes, como he indicado, corresponde precisamente el deber de garantizarlo en plenitud.

### **III.- DERECHO A LA EDUCACIÓN ... EN LIBERTAD.**

Resulta llamativo que el citado 27.1 CE continúe inmediatamente con otra afirmación igualmente clara y tajante: *“Se reconoce la libertad de enseñanza”*. La libertad de enseñanza forma parte, por tanto, del contenido primario –de la esencia- del derecho a la educación que proclama nuestra Constitución<sup>10</sup>. Con su característica claridad lo expresa el Prof Martínez López-Muñiz: *“El derecho a la educación garantizado por nuestra constitución es, por ello, ante todo y esencialmente un derecho a la educación en libertad, lo que quiere decir que solo se puede tener por efectivamente asegurado si en verdad pueden todas las personas acceder a la correspondiente educación escolar del modo más acorde posible con su dimensión primaria de libertad y, por tanto, principalmente, pudiendo elegir proyecto o centro educativo en el que recibirla (...); que no basta, en fin para darlo por satisfecho con una escolarización cualquiera del educando”*<sup>11</sup>.

Efectivamente, una de las concreciones más relevantes de la mentada libertad de enseñanza es la libre elección de centro, de proyecto educativo, a la que luego aludiré con mayor profundidad. Ahora bien, creo que conviene en este momento aclarar que el fundamento principal de la facultad de optar entre los diversos centros no se encuentra en el tantas

---

<sup>10</sup> Cfr Sentencia Tribunal Constitucional 86/1985 de 10 de julio, FJ 3

<sup>11</sup> JL MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ “La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas” en Los derechos fundamentales en la educación. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2008 pág 34 y 35.

veces mentado 27.3 CE<sup>12</sup>; sino en este 27.1. El apartado 3 del artículo 27 CE supone una garantía adicional, para el caso de que la libertad de elección no resulte garantía bastante, porque no haya suficiente oferta escolar privada<sup>13</sup>. Es decir, los padres tenemos derecho a elegir libremente el centro de nuestros hijos y, además, a que la educación que reciban sea conforme a nuestras convicciones<sup>14</sup>. La interpretación comúnmente admitida que vincula la libre elección del centro con el 27.3 corre el peligro de limitar esa libertad al ámbito de las convicciones cuando no son éstas necesariamente las que determinan la opción de los padres, frecuentemente fundada en razones de calidad educativa u otras que, por lo tanto, quedarían fuera del ámbito de protección constitucional.

#### **IV.- LA LIBRE ELECCIÓN DE CENTRO Y EL RÉGIMEN DE ADMISIÓN DE ALUMNOS EN CENTROS SOSTENIDOS CON FONDOS PÚBLICOS.**

Pese a que se trata de un derecho con no pocos detractores y –como veremos- cuyo ejercicio está excesivamente limitado por la normativa aplicable, lo cierto es que nuestros Tribunales lo han señalado desde un principio como parte del núcleo esencial del derecho constitucional a la educación<sup>15</sup>.

Es importante destacar, además, su reconocimiento expreso en Tratados Internacionales ratificados por España como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York 1966<sup>16</sup>); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>17</sup>; la propia

---

<sup>12</sup> “Los poderes públicos garantizan 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”

<sup>13</sup> Isabel M<sup>a</sup> DE LOS MOZOS TOUYA “Programación y libertad escolar: incidencia en el otorgamiento y denegación de conciertos, aumento y reducción de unidades concertadas” en Los derechos fundamentales en la educación. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2008 pág 123.

<sup>14</sup> En este sentido puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 FJ 8.

<sup>15</sup> Cfr Sentencia TC 86/1985 de 10 de julio FJ 3; y Sentencia TS 8 de marzo de 2002 FJ 4, entre otras muchas.

<sup>16</sup> Art. 13.3 “Los Estados parte se comprometen a respetar la libertad de los padres ... de escoger para sus hijos ... escuelas distintas de las creadas por autoridades públicas siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza...”

<sup>17</sup> Art 18.- “Los Estados parte se comprometen a respetar la libertad de los padres ... para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>18</sup>. Elección que, como hemos indicado, no tiene por qué fundarse en cuestiones morales o religiosas; sino que comprende también las pedagógicas y filosóficas, como expresamente recoge el artículo 14.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>19</sup>.

El propio artículo 27 CE en su apartado 5 establece que el cauce de los poderes públicos para garantizar el derecho a la educación (y, por tanto, la libertad de elección de centro) es la programación general de la enseñanza mediante la participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

Desde mi punto de vista, es aquí, en la base, en la programación general de la enseñanza, donde empiezan ya a limitarse los derechos de las familias de forma impropia. Entiendo rayano con la evidencia que si el objetivo de la programación general de la enseñanza es que la libre elección de centro pueda ser ejercida por las familias en plenitud, la oferta de plazas tanto en la red pública como en la privada-concertada debe adecuarse a la demanda de las familias; y no al revés, como implícitamente establece la LOE y resulta en la realidad. El acceso y la continuidad de los conciertos se deja prácticamente al arbitrio de las administraciones competentes (art. 109.3) haciéndose depender de las consignaciones presupuestarias y del principio de economía que les ha llevado en muchos casos a disminuir las unidades concertadas amparándose en que “no satisfacen necesidades de escolarización” (art. 116.1) por la existencia de plazas libres en la red pública. Esta práctica, muy extendida en determinadas comunidades autónomas, provoca que cada año miles de familias sean forzadas a escolarizar a sus hijos en la red pública en contra de su voluntad, en clara vulneración de sus derechos, convirtiéndose la administración en un obstáculo que se interpone entre el centro y los padres y que impide el ejercicio del derecho fundamental<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Art. 26.3 “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”

<sup>19</sup> En el mismo sentido, Sentencias del TEDH Folgerø y otros c/. Noruega, de 29 de junio de 2007 (§ 84), Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, de 7 de diciembre de 1976 (§53), Hasan y Eylem Zengin c/. Turquía, de 9 de octubre de 2007 (§52), Iglesia Metropolitana de Bessarabia c/. Moldavia, de 13 diciembre 2001 (§116) y Hasan y Chaush c/. Bulgaria, de 26 de octubre de 2000 (§78)

<sup>20</sup> Sentencia TSJ Andalucía-Sevilla de 3 de julio de 2006 FJ 3.

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

Esta situación no admite otras soluciones que facilitar realmente la creación de nuevas unidades concertadas o, como mínimo, permitir el aumento de la ratio en las existentes de forma que pueda atender toda la demanda real con garantías de calidad. Sobre esta última solución resulta realmente clarificadora la doctrina consolidada por el TSJ de Andalucía – tanto en su sede de Sevilla como de Granada- que en reiteradas ocasiones se ha pronunciado a favor de los derechos de los padres obligando a la administración a aumentar la ratio de determinados centros<sup>21</sup> para escolarizar alumnos que no habían obtenido plaza, al considerar que la ratio alumnos/aula no es un dogma inquebrantable ni un fin absoluto que pueda primar sobre los derechos fundamentales<sup>22</sup>.

Comparto totalmente la opinión de quienes desde hace décadas vienen denunciando que buena parte de los criterios de admisión de alumnos establecidos tanto por las sucesivas Leyes Orgánicas<sup>23</sup> como por los desarrollos de las comunidades autónomas suponen en la práctica vaciar de contenido el derecho a la libre elección de centro. En realidad, las familias no eligen entre los centros que quieren, sino entre los que pueden a causa de la injustificada baremación que se ha impuesto.

Por lo que respecta a la proximidad del domicilio y zonificación, creo que es razonable reconocer que el derecho a una educación gratuita (art. 27.4 CE) se refiere a una escolarización con cargo a los fondos públicos dentro de una cierta proximidad al domicilio o, incluso, al lugar de trabajo de los padres. Ahora bien, resulta excesivo marcarla como una preferencia generalizada sin más, que cabría admitir solamente cuando sea el único medio de contar con una plaza escolar gratuita dentro de una distancia prudente y siempre que los padres no prefiriesen un centro más alejado. Lo contrario es –como ocurre en la práctica- imponer una injustificada restricción al ejercicio de un derecho fundamental.

Tampoco me parecen en absoluto razonables los criterios de la renta familiar y de la discapacidad. El primero sólo estaría justificado en el caso extremo de encontrarse en juego la posibilidad misma de tener o no una plaza gratuita en el sistema, o como añadido al criterio de proximidad

---

<sup>21</sup> Cfr Sentencia TSJ Andalucía-Granada de 14 de octubre de 2002

<sup>22</sup> Sentencia TSJ Andalucía-Sevilla de 23 de febrero de 2005.

<sup>23</sup> Véase art. 84 LOE

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

siempre que no se pueda acceder a un sistema de financiación pública del transporte escolar. La discapacidad, únicamente si se consigue objetivar que la preferencia redunde directamente en una mejora en las condiciones del discapacitado concreto.

Resultan especialmente graves tanto el denominado “equilibrio en la distribución del alumnado” -que se concreta en el establecimiento por parte de las administraciones de la proporción de alumnos con necesidad específica de apoyo que deban ser escolarizados en cada uno de los centros públicos y concertados-; como la obligatoria reserva de una parte de las plazas para la incorporación de estos alumnos<sup>24</sup> que en algunas Comunidades Autónomas se mantiene incluso una vez iniciado el curso.

El primero restringe claramente la libertad de los centros y, además, limita injustificadamente la el derecho a elección de los padres de los alumnos que no padezcan tales necesidades. Ahora bien, la imposición a las familias con hijos en estas situaciones de la escolarización en determinados centros sin tener en cuenta en absoluto sus preferencias, con el único fin de “rellenar” tales cuotas, lo que supone es una evidente restricción de su derecho a elegir centro y, además, motivada por razones de sus especialidades necesidades, lo que implica, además, una flagrante discriminación por razón de circunstancias personales. Obsérvese, por ejemplo, la tantas veces reivindicada equidad en el reparto de los escolares inmigrantes que, en puridad, implica negarles el derecho a elegir centro por razón de su raza o nacionalidad, lo que -usando precisamente la terminología de quienes pregonan tal equidad- es calificable como xenófobo.

---

<sup>24</sup> Artículo 87. *Equilibrio en la admisión de alumnos* 1. Con el fin de asegurar la calidad educativa para todos, la cohesión social y la igualdad de oportunidades, las Administraciones garantizarán una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. Para ello, establecerán la proporción de alumnos de estas características que deban ser escolarizados en cada uno de los centros públicos y privados concertados y garantizarán los recursos personales y económicos necesarios a los centros para ofrecer dicho apoyo.

2. Para facilitar la escolarización y garantizar el derecho a la educación del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo las Administraciones educativas podrán reservar hasta el final del período de preinscripción y matrícula una parte de las plazas de los centros públicos y privados concertados. Asimismo, podrán autorizar un incremento de hasta un diez por ciento del número máximo de alumnos por aula en los centros públicos y privados concertados de una misma área de escolarización para atender necesidades inmediatas de escolarización del alumnado de incorporación tardía.



En cuanto a la reserva de plazas, vale lo dicho anteriormente sobre el “equilibrio en la distribución” y, además, entiendo que no es proporcionado condicionar el derecho ya ejercitado de determinadas familias por unas previsiones inciertas que no se sabe si llegarán o no a darse. En definitiva, carece del más mínimo sentido dar prioridad a la posible elección de quien no se sabe si llegará y si querrá hacer esa elección, en contra de quien ya muestra su elección desde el principio.

No quisiera terminar este apartado sin referirme a las Comisiones de Escolarización a quienes, en muchos casos, se les atribuye la decisión última para la asignación del centro al que deben acudir nuestros hijos, basada en muchos casos, no en las preferencias familiares, sino en la conveniencia de la administración educativa lo que ha llevado a algunos autores a considerarlas la extinción práctica del derecho a la libre elección de centro<sup>25</sup>.

#### **V.- DERECHO A LA GRATUIDAD DE LA ENSEÑANZA BÁSICA OBLIGATORIA. EL SISTEMA DE CONCIERTOS. REFERENCIA A LA GRATUIDAD DEL BACHILLER.**

Íntimamente ligado a la libre elección de centro, se encuentra el derecho reconocido en el apartado 4 del artículo 27 CE: *“La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”*. Evidentemente esta gratuidad beneficia a todos, sea cual fuere el tipo de educación que hayan elegido para sus hijos, ya que la Constitución no distingue. Por tanto, si no se garantiza la existencia de plazas privadas gratuitas para las familias, se vulnera tanto este mandato constitucional como la propia libertad de enseñanza. Los principales beneficiarios de la gratuidad y- por ende los titulares de este derecho- somos los padres –no los colegios-; ya que, en caso de no tener reconocido el mismo, seríamos a su vez los obligados a soportar económicamente el coste de la educación de nuestros hijos. Así pues, el sistema de conciertos educativos –mediante el que, en teoría, se sostienen

---

<sup>25</sup> M. CALVO CHARRO “Régimen de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos” en Los derechos fundamentales en la educación. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2008 págs 98 y ss.

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

con fondos públicos centros privados- no es sino la concreción del mandato constitucional de gratuidad de la enseñanza obligatoria.

La tesis antes expuesta –que es la mantenida por nuestro Tribunal Constitucional<sup>26</sup>- resulta de vital importancia para comprender correctamente el alcance de los derechos que nos asisten y la naturaleza real del sistema de conciertos. Siendo ello así, se concluye necesariamente que el concierto educativo no es una subvención o ayuda al centro que – como tal- pueda hacerse depender de la disponibilidad presupuestaria o del cumplimiento de requisitos discrecionalmente impuestos por la administración correspondiente, como pretenden algunos con objeto de recortarlos paulatinamente a fin de provocar la desaparición sucesiva de las unidades que dejan de estar concertadas en detrimento de la libertad de enseñanza.

Efectivamente, el artículo 27.9 CE posibilita las ayudas públicas a los centros docentes que cumplan los requisitos que la ley determine<sup>27</sup>; pero este precepto ni se refiere en concreto a la gratuidad de la enseñanza –sino a las ayudas en general y para la finalidad que fuere- ni distingue entre privados y públicos, por lo que difícilmente puede ser el amparo constitucional del sistema de conciertos.

Por lo tanto, al no tratarse de una ayuda o subvención, es evidente que el acceso o renovación de los conciertos no puede condicionarse a la existencia de consignaciones presupuestarias suficientes para ello -como han pretendido no pocas administraciones- sino que existe la obligación constitucional de los poderes públicos de destinar los recursos suficientes para tal fin. Téngase en cuenta que nuestra Constitución solo exige y reconoce expresamente la financiación pública de la gratuidad de dos prestaciones: ésta de la educación básica; y la del beneficio de justicia gratuita para quienes “acrediten insuficiencia de recursos para litigar” (art. 119 CE).

Sobre este particular es meridianamente clara la jurisprudencia del Tribunal Supremo tanto no permitiendo que los conciertos dependan de la

---

<sup>26</sup> Cfr Sentencia TC 77/1985 FJ11.

<sup>27</sup> Art. 27.9.- “Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

existencia de las consignaciones presupuestarias<sup>28</sup>, como indicando que el derecho al concierto implica también el derecho a su renovación<sup>29</sup>, sobre todo si no se acredita incumplimientos graves por parte del centro, ni cambios esenciales de las circunstancias en las que el mismo se otorgó<sup>30</sup>. Esta Jurisprudencia impide cualquier actuación tanto discrecional como arbitraria de las administraciones a la hora de conceder, renovar o revocar los conciertos.

Siendo el concierto –como hemos dicho- la concreción o desarrollo del derecho a la enseñanza gratuita tampoco puede condicionarse a que por el centro se cumplan requisitos distintos de los estrictamente establecidos para autorizar su funcionamiento, tales como reglas para la admisión de su alumnado, imposición de determinados órganos de gestión control y gobierno, etc. Lamentablemente el régimen de conciertos ha supuesto en la práctica –y esa era a mi juicio una de las finalidades de quienes lo implantaron- la paulatina asimilación de los centros privados con los públicos tendente a la implantación de un modelo único de enseñanza y a la desnaturalización de la parte de la red privada que accediese a ser sostenida con los fondos públicos.

Otra consecuencia evidente de la tesis que venimos manteniendo es el soporte directamente constitucional de la obligación de los poderes públicos de que el sistema de conciertos cubra realmente todo el coste de la educación; ya que de otro modo –como realmente acontece- no se garantiza realmente tal gratuidad; no sólo porque los padres nos veamos en la necesidad de completar la financiación de los centros mediante aportaciones voluntarias; sino también porque sus titulares se ven obligados a conseguir recursos por otras vías<sup>31</sup>. Sorprende, además, que la

---

<sup>28</sup> Sentencia de 8 de noviembre de 2004 “la función del concierto no es únicamente garantizar la continuidad de los alumnos que se encuentran dentro del colegio, sino también permitir escolarizar a los que lo soliciten durante el período de admisión, cuyo derecho a la elección de centro sí se ve vulnerado por la reducción arbitraria de unidades”

<sup>29</sup> Sentencia de 4 de abril de 2000.

<sup>30</sup> Sentencia de 19 de enero de 2006.

<sup>31</sup> Además de las expresamente admitidas por los art 51 LO /8/1985 (LODE), ha de tenerse en cuenta que ningún precepto prohíbe a los centros concertados recibir donativos, directa o indirectamente, tanto de las familias de sus alumnos como de terceros. Tan es así que el propio artículo 50 de la misma Ley establece que los centros concertados se considerarán asimilados a las fundaciones benéfico-docentes a efectos de la aplicación a los mismos de los beneficios, fiscales y no fiscales. Las aportaciones voluntarias de las familias a los centros han sido implícitamente declaradas legales por la Sentencia del TSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2004, exigiendo únicamente que se informe

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

tendencia a equiparar en obligaciones a los centros concertados con los públicos, no se vea complementada con una igual paridad en la obtención de recursos económicos públicos.

Efectivamente, nuestra Constitución únicamente obliga a garantizar la gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 CE citado); pero ello no implica –evidentemente– que sólo ésta pueda ser gratuita. De hecho, la LOE<sup>32</sup> mantiene la gratuidad de los estudios de Bachillerato, Formación Profesional y artes aplicadas y oficios en los centros públicos y ello con independencia de los ingresos familiares de los alumnos. Se trata, a mi juicio, de una discriminación injustificada de las familias a las que se les priva de la financiación pública solo por razón del tipo de educación que han elegido para sus hijos en ejercicio de un derecho constitucional.

Siendo la educación (no sólo básica) un derecho fundamental, corresponde a los poderes públicos –como hemos indicado– promover las condiciones para que sea real y efectivo; así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Si, además, el derecho a elegir centro forma parte inseparable del derecho a la educación, entiendo que corresponde a las administraciones competentes articular los medios necesarios para que quienes optan por una educación privada –también en etapas no obligatorias– no se vean penalizados económicamente por ello; o, incluso, para que la ausencia de medios económicos no sea un obstáculo para el ejercicio de un derecho fundamental; ya que en caso contrario se discrimina a las familias que la eligen por razón de sus convicciones pedagógicas, en clara vulneración del art. 14 de la Constitución<sup>33</sup>.

Ha de tenerse en cuenta, además, que conforme al Comentario General 13<sup>34</sup> del Comité de derechos económicos, sociales y culturales de

---

de forma clara a las familias de la gratuidad de la docencia y de la voluntariedad de tales aportaciones.

<sup>32</sup> Disposición Final Cuarta.- “Continuará en vigor, con las modificaciones derivadas de la presente Ley, la Ley 12/1987, de 2 de julio, sobre establecimiento de la gratuidad de los estudios de bachillerato, formación profesional y artes aplicadas y oficios artísticos en los centros públicos y la autonomía de gestión económica de los centros docentes públicos no universitarios “

<sup>33</sup> “Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

<sup>34</sup> El derecho a recibir una educación debe traducirse en las cuatro condiciones siguientes:

*Availability, Accessibility* (que incluye una *economic accessibility* según *the diferencial wording of the article 13.2* -del Pacto Internacional de derechos económicos sociales y culturales ya citado- *in relation to primary, secondary and higher education*) *Acceptability and Adaptability*

la ONU, el derecho a la educación incluye la accesibilidad económica todo ello en el contexto del derecho a la libertad de enseñanza<sup>35</sup>, del que entiendo se deriva el derecho de un Bachiller gratuito para todos.

## **VI.- LA IDEOLOGÍA Y LAS CONVICCIONES EN LA EDUCACIÓN**

### **A.- NEUTRALIDAD IDEOLÓGICA DEL SISTEMA EDUCATIVO Y DE LOS CENTROS PÚBLICOS.**

Sobre la base de la aconfesionalidad del Estado<sup>36</sup>, de la libertad ideológica<sup>37</sup> y del pluralismo<sup>38</sup> se asienta un principio inherente al propio concepto de democracia como es la neutralidad ideológica de los poderes públicos. En el ámbito educativo cobra especial importancia puesto que supone la garantía más sólida para que la enseñanza no sea utilizada por el Estado, las Administraciones u otros agentes educativos como medio para la implantación de ideologías concretas.

Así lo recoge expresamente el artículo 18 de la LO 8/1985 (LODE) actualmente vigente<sup>39</sup> y en el mismo sentido se han pronunciado los Tribunales tanto en referencia a los poderes públicos con competencia educativa, como a los colegios públicos y su profesorado.

El Tribunal de Estrasburgo sostiene en su sentencia Folgerø y otros

---

<sup>35</sup> F COOMANS “*Exploring the normative content of the right to education as a human right: recent approaches*” *Persona y Derecho* 50,2004 págs. 62 y ss

<sup>36</sup> Art. 16.3 CE “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”

<sup>37</sup> Art. 16.1 CE “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”

<sup>38</sup> Art. 1 CE “ España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político

<sup>39</sup> Artículo 18. 1. Todos los centros públicos desarrollarán sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el artículo 27.3 de la Constitución.

2. La Administración educativa competente y, en todo caso, los órganos de gobierno del centro docente velarán por la efectiva realización de los fines de la actividad educativa, la mejora de la calidad de la enseñanza y el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo.

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

c/. Noruega<sup>40</sup>:

*La segunda frase del Art. 2 del Protocolo I implica por otro lado, que el Estado, en cumplimiento de sus funciones en materia de educación y enseñanza, debe velar para que las informaciones o conocimientos curriculares sean transmitidos de una manera objetiva, crítica y pluralista. **Dicha frase le prohíbe al Estado perseguir un fin de adoctrinamiento que puede ser considerado como no respetuoso de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite que no debe sobrepasar.***

Subraya igualmente esta misma sentencia que la exigencia de neutralidad del Estado afecta a **todas las disciplinas de la enseñanza pública, y a todas sus dimensiones:**

*El Artículo 2 del Protocolo I no permite distinguir entre enseñanza religiosa y de otras disciplinas. Es en el conjunto del programa de la enseñanza pública en el que se le prescribe al Estado el respeto a las convicciones, tanto filosóficas como religiosas, de los padres. Este deber es de amplia extensión ya que se aplica no solamente al contenido de la educación y a la forma de realizarla, sino también al conjunto de todas las funciones asumidas por el Estado.*

No es, por tanto, correcto concluir –como pretenden algunos- que las Sentencias citadas son únicamente aplicables a la enseñanza de la religión sino que **tal neutralidad es exigible en la regulación de todas las asignaturas sin excepción.**

Así lo entendió también el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 13/1981:

*“En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. (...) **La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la L.O.E.C.E. impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier***

---

<sup>40</sup> Sentencia TEDH de 29 de junio de 2007 § 84 .En igual sentido, sentencias Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, de 7 de diciembre de 1976 (§53), Hasan y Eylem Zengin c/. Turquía, de 9 de octubre de 2007 (§52), Iglesia Metropolitana de Bessarabia c/. Moldavia, de 13 diciembre 2001 (§116) y Hasan y Chaush c/. Bulgaria, de 26 de octubre de 2000 (§78)

***forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita.”***

De forma muy gráfica lo expresa el Tribunal Supremo en sus recentísimas sentencias sobre objeción de conciencia a Educación para la Ciudadanía:

*Las asignaturas que el Estado, en su irrenunciable función de programación de la enseñanza, califica como obligatorias no deben ser pretexto para tratar de persuadir a los alumnos sobre ideas y doctrinas que –independientemente de que estén mejor o peor argumentadas– reflejan tomas de posición sobre problemas sobre los que no existe un generalizado consenso moral en la sociedad española. En una sociedad democrática, no debe ser la Administración educativa –ni tampoco los centros docentes ni los concretos profesores– quien se erija en árbitro de las cuestiones morales controvertidas. Estas pertenecen al ámbito del libre debate en a sociedad civil, donde no se da la relación vertical profesor-alumno, y por supuesto al de las conciencias individuales. Todo ello implica que cuando deban abordarse problemas de esa índole al impartir la materia Educación para la Ciudadanía –o, llegado el caso, cualquier otra– es exigible la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento. <sup>41</sup>*

Ello no implica, en absoluto, prohibición al Estado de introducir en el curriculum materias de contenido moral o filosófico. Creo que la ya citada Sentencia TEDH de 29 de Junio de 2007 en el caso Folgerø y otros contra Noruega delimita muy bien los conceptos:

*“Sin embargo, la definición y el desarrollo del programa de estudios pertenecen en principio a la competencia de los Estados parte. Se trata, en una amplia medida, de un problema de oportunidad sobre el que el Tribunal no tiene que pronunciarse y cuya solución puede legítimamente variar según los países y las épocas. En particular, el segundo inciso del artículo 2 del Protocolo n.º 1 no impide a los Estados difundir*

---

<sup>41</sup> Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009, recurso 1013/08 FD 15. En el mismo Fundamento Jurídico indica el Alto Tribunal: “.. cuando proyectos, textos o explicaciones incurran en tales propósitos desviados de los fines de la educación, ese derecho fundamental (se refiere al 27.3 CE) les hace acreedores de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, los cuales habrán de utilizar decididamente, cuando proceda, las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción para asegurar que no pierdan su finalidad legítima los recursos que se interpongan”

## ***Algunos derechos fundamentales en la educación.***

*mediante la enseñanza o la educación informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico. No autoriza tampoco a los padres a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin que toda enseñanza institucionalizada corra el riesgo de manifestarse impracticable.*

*El segundo inciso del artículo 2 del Protocolo n.º 1 implica por el contrario que el Estado, al cumplir las funciones asumidas por él en materia de educación y enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuren en el programa sean difundidos de una manera objetiva, crítica y pluralista. Ello le prohíbe perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda considerarse que no respeta las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Ahí se sitúa el límite a no traspasar.”*

Pero obsérvense los términos en los que está redactada. Caben, efectivamente, esos contenidos filosóficos, morales y/o religiosos; pero como difusión de *informaciones y conocimientos*, no como comprobación de comportamientos. Deben impartirse de manera *objetiva, crítica y pluralista*, es decir, sin tomar partido por ninguna concepción religiosa, filosófica o moral concreta; respetando las convicciones de los padres y sin perseguir finalidad de adoctrinamiento<sup>42</sup>.

### **B.- EL IDEARIO DE LOS CENTROS PRIVADOS.**

Evidentemente, esta neutralidad ideológica no es exigible a los centros privados (concertados o no) que hayan optado por implantar un ideario concreto. La libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE) de la que forma parte la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) unida a la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE<sup>43</sup>) conforman el soporte constitucional de esta facultad que corresponde a los centros de establecer su carácter propio, expresamente reconocida por la LOE en su artículo 115<sup>44</sup>, como ya hicieran las anteriores leyes educativas<sup>45</sup>. Este carácter

---

<sup>42</sup> MJ ROCA, “La neutralidad el Estado. Orígenes doctrinales y situación actual en la Jurisprudencia”, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm 48, 1996 págs 251-272.

<sup>43</sup> “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”

<sup>44</sup> Artículo 115. Carácter propio de los centros privados

1.Los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos que, en todo caso, deberá respetar los derechos garantizados a profesores, padres y alumnos en la Constitución y en las leyes.

2.El carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento por el titular del centro a los distintos sectores de la comunidad educativa, así como a cuantos pudieran estar interesados en



propio debe ser respetado por el profesorado, que no podrá dirigir ataques abiertos o solapados contra el mismo; por los alumnos y por las familias, quienes no pueden pretender que el centro siga orientaciones o lleve a cabo actividades contradictorias con él<sup>46</sup>. Es más, considero que, siendo el ideario o carácter propio un elemento esencial en la relación jurídica de los centros con las familias, éstas se encuentran totalmente legitimadas para exigirles un verdadero y fiel cumplimiento del mismo.

### **C.- DERECHO A UNA EDUCACIÓN CONFORME A LAS CONVICCIONES DE LOS PADRES.**

Tal y como he indicado anteriormente, además del derecho a la libre elección de centro, los poderes públicos deben garantizar 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 (art. 27.3 CE). Este derecho comporta una doble vertiente, negativa y positiva. La primera garantiza que los hijos no se vean sometidos a adoctrinamientos contrarios a las convicciones morales y religiosas de sus padres y se concreta en la ya aludida exigencia de neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros públicos<sup>47</sup>. La positiva, consiste en que se imparta una específica formación religiosa y moral de acuerdo con las convicciones de los padres, materializada en la oferta de una enseñanza confesional de las religiones en

---

acceder al mismo. La matriculación de un alumno supondrá el respeto del carácter propio del centro, que deberá respetar a su vez, los derechos de los alumnos y sus familias reconocidos en la Constitución y en las leyes.

3. Cualquier modificación en el carácter propio de un centro privado, por cambio en la titularidad o por cualquier otra circunstancia, deberá ponerse en conocimiento de la comunidad educativa con antelación suficiente. En cualquier caso, la modificación del carácter propio, una vez iniciado el curso, no podrá surtir efectos antes de finalizado el proceso de admisión y matriculación de los alumnos para el curso siguiente.

<sup>45</sup> Vgr art. 52 LO 8/1985 LODE

<sup>46</sup> Sentencias del TC 5/1981 y 77/1985

<sup>47</sup> Los trabajos preparatorios tanto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 confirman la prioridad absoluta concedida a este aspecto del derecho a la educación debido a las nefastas consecuencias de los regímenes totalitarios en los sistemas educativos. Puede verse un magnífico resumen de los mismos en AM VEGA GUTIÉRREZ “La Objeción de conciencia en el ámbito educativo” en Los derechos fundamentales en la educación. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2008

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

la escuela pública, de seguimiento voluntario por los alumnos<sup>48</sup>. Así lo ha entendido también nuestro Tribunal Constitucional<sup>49</sup>

También, por ejemplo, el **Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales**<sup>50</sup> que afirma en su Artículo 2:

*A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.*

En idéntico sentido se ha pronunciado el **TEDH** (sentencia Folgerø y otros c/. Noruega, § 84 ya citada), quien considera como corolario necesario del derecho de los padres a la educación moral de sus hijos, el **derecho de aquellos a exigir del Estado el respeto a sus convicciones en el ámbito educativo:**

*Es en el cumplimiento de un deber natural hacia los hijos respecto de los cuales los padres son los primeros responsables en su educación y enseñanza donde los padres pueden exigir al Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho se corresponde con una responsabilidad estrechamente ligada al disfrute del ejercicio del derecho a la educación.*<sup>51</sup>

Igualmente, el art. 29.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>52</sup>:

---

<sup>48</sup> J. DE ESTEBAN Y L- LÓPEZ GUERRA, El régimen constitucional español, Vol I, Barcelona, 1984, pág 333.

<sup>49</sup> Sentencia 5/1981 FJ 9º: “Esta neutralidad (...) 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 (art. 27.3 CE)”

<sup>50</sup> Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE n. 243 de 10 de octubre de 1979), cuyo Protocolo Adicional I (hecho en París el 20 de marzo de 1952, Instrumento de ratificación de 2 de Noviembre de 1990, publicado en el BOE número 11, de 12 de enero de 1991)

<sup>51</sup> Sigue la misma línea, entre otras, la sentencia en el caso Hasan y Eylem Zengin c/. Turquía, de 9 de octubre de 2007 (§ 50).

<sup>52</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30/11/1990 y en vigor desde el 5 de enero de 1991

## ***Algunos derechos fundamentales en la educación.***

*“los Estados Parte convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a (...) c) **El desarrollo del respeto de los padres del niño, de su propia identidad cultural, de su idioma y de sus valores...**”*

Lamentablemente, la efectividad de estos derechos se ha visto empañada por las recientes sentencias del Tribunal Supremo sobre la objeción de conciencia a Educación para la Ciudadanía<sup>53</sup>. En ellas, a pesar de reconocerse explícitamente tanto el deber de neutralidad ideológica, como el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones, se realiza una interpretación tan restrictiva como contradictoria de ambos que termina por facultar al Gobierno y a las Administraciones competentes para imponer en las aulas una concepción determinada de la moral; en definitiva, a adoctrinar.

### **D.- BREVE REFERENCIA A EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA.**

A nadie se nos escapa que la introducción de esta asignatura en nuestro sistema educativo ha supuesto, ni más ni menos, que la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico –y, por ende, su legitimación- de una mala práctica adoctrinadora que desde hace décadas se viene padeciendo a lo largo de toda la geografía española. Es claro que el problema no es nuevo y se venía tolerando debido a la flagrante pasividad de toda la comunidad educativa, incluidas las familias. Por otra parte responde a una determinada corriente ideológica que pretende hacer uso de las aulas –entre otros medios- para implantar como pensamiento único su concepción de la persona y de la sociedad.

Las aludidas sentencias (que no cierran en absoluto el debate jurídico<sup>54</sup>) parten de un concepto concreto de la moral o ética –perfectamente respetable pero carente del más mínimo soporte constitucional- y de una interpretación radicalmente errónea del artículo 27.2 de la Constitución para concluir, en resumidas cuentas, que es no sólo

---

<sup>53</sup> Sentencias del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Adminivo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009

<sup>54</sup> Se ha anunciado la interposición de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional y la posibilidad de acudir posteriormente al TEDH.

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

legítimo sino prácticamente un deber del Estado adoctrinar a nuestros hijos en la moral pública que, además, todos debemos profesar<sup>55</sup>.

Tanto los Reales Decretos que desarrollan estas asignaturas<sup>56</sup> como las propias sentencias del Tribunal Supremo dan por supuesta una dualidad “ético-moral” (ética o moral cívica-ética o moral personal) que afecta al propio concepto de ambas e implica, por sí misma, una vulneración de la neutralidad ideológica. La sentencia de 11/02/2009 (recurso 1013/2008) en su FD Sexto indica:

*“La actividad educativa del Estado cuando está referida a los valores éticos comunes, no sólo comprende su difusión y transmisión, también hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica (...) Vinculado a lo anterior, aparece en el artículo 27.3 de la Constitución el derecho de los padres a elegir la orientación moral y religiosa que debe estar presente en la educación de sus hijos. Está referido al mundo de las creencias y de los modelos de conducta individual que, con independencia del deber de respetar esa moral común subyacente en los derechos fundamentales, cada persona es libre de elegir para sí y de transmitir a sus hijos”.*

Vaya por delante mi más profundo respeto hacia cualquier otra concepción de la ética o de la moral; pero muchos entendemos – legítimamente- que la **moral es una**, porque la persona es una. Efectivamente, la conducta humana se desarrolla en distintos ámbitos, públicos o privados; pero regida por las normas de una sola ética con la que se resolverá el juicio moral concreto sobre cada actuar. No se admite, por tanto, la diferenciación entre la moral cívica y la personal. No se trata de una distinción de matiz o carente de importancia; sino que entraña una relevancia capital puesto que afecta directamente al concepto mismo de la ética; a su naturaleza y esencia. Evidentemente, nadie pretende que se adopte por el sistema educativo este concepto propio de la moral; sino lisa y llanamente que el presentado por las asignaturas controvertidas – perfectamente respetable, pero no neutro- no sea expuesto como correcto a nuestros hijos.

---

<sup>55</sup> Cfr D LLAMAZARES FERNÁNDEZ, “Educación para la ciudadanía, laicidad y enseñanza de la religión”, en Laicidad y Libertades, 6 (2006) pág 255.

<sup>56</sup> RD 1513/2006 (BOE 08/12/2006) para Educación Primaria (E.P.) RD 1631/2006 (BOE 05/01/2007) para Educación Secundaria Obligatoria (ESO) RD 1467/2007 (BOE 06/11/2007) para Bachiller

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

La mentada dualidad moral no tiene soporte constitucional alguno, como acertadamente indicaron las sentencias sobre idéntica materia dictadas por el TSJ de La Rioja<sup>57</sup>.

Además, los RRDD señalan expresamente cuáles son las normas morales sobre las que nuestros hijos deben basar sus juicios éticos. Citemos algunos ejemplos:

**RD 1631/2006 para ESO** “4.- Conocer, asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones que se derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Constitución Española, identificando los valores que los fundamentan, aceptándolos como criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales”

“Ello supone entender que no toda posición personal es ética si no está basada en el respeto a principios o valores universales como los que encierra la Declaración de Derechos Humanos”.

“ En síntesis, esta competencia supone comprender la realidad social en que se vive, afrontar la convivencia y los conflictos empleando el juicio ético basado en los valores y prácticas democráticas...”

**RD 1467/2007 para el Bachillerato** “11. Desarrollar una conciencia cívica, crítica y autónoma inspirada en los derechos humanos”

**RD 1513/2006 para Educación Primaria:** “Ello supone entender que no toda posición personal es ética si no está basada en el respeto a principios o valores universales como los que encierra la Declaración de Derechos Humanos” .

“En síntesis, esta competencia supone comprender la realidad social en que se vive, afrontar la convivencia y los conflictos empleando el juicio ético basado en los valores y prácticas democráticas”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía, etc. tanto en cuanto regulan los Derechos Fundamentales como en el resto de cuestiones que abordan son lisa y llanamente normas jurídicas; esenciales, pero jurídicas. Efectivamente –sobre todo en lo que respecta a Derechos y Libertades-

---

<sup>57</sup> Véase por ejemplo la nº 159/2008 de 8 de julio FJ 4

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

están basadas en una serie de valores fundamentales; pero no sólo morales, sino también políticos, filosóficos; y, desde luego, de procedencias ideológicas marcadamente diversas, cuando no opuestas. La conformidad (o no) de tales normas a estos valores es lo que las hace –para la libérrima concepción que cada uno tenga- correctas en lo moral, en lo político, en lo filosófico, etc. Cuando esos valores se positivizan, pasan a ser Derecho (art. 1.1 CE: ... *que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico...*) y, **en cuanto tal**, surge el deber para los ciudadanos de respetarlo y cumplirlo, **pero no de adoptarlo como fuente de la moral**. Entendemos que es precisamente el **artículo 9.1 de nuestra Constitución** uno de los preceptos que mejor puede fundamentar lo indicado. “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”: es palmaria la condición jurídica –no moral- de la CE y, por otra parte, que la sujeción lo es en cuanto tal; por lo que no lleva aparejada la necesidad de asumir ni uno solo de los valores morales sobre los que se sustenta por la sencilla razón de que son previos a la misma; sí los jurídicos; porque forman parte de ella.

La conciencia –sobre la que pretenden incidir estas asignaturas, como ha quedado expuesto- forma parte de lo más íntimo de la personalidad de cada ciudadano, al igual que su moral se integra en el espacio de sus convicciones. El **artículo 10.1 de la CE**<sup>58</sup> establece como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social precisamente **el libre desarrollo de la personalidad**. De ello, en consonancia con la libertad ideológica del 16 se infiere, a mi juicio, que ningún poder público puede incidir ni de forma indirecta en la conciencia de los ciudadanos señalándoles determinados valores morales, por muy correctos que ellos sean.

En este aspecto creo palpable que los RRDD se extralimitan. Obviamente –y sin entrar en absoluto en la oportunidad pedagógica de estas asignaturas- la Constitución, los Estatutos de Autonomía, los Derechos Humanos, etc., deben estar presentes en nuestro sistema educativo como parte esencial de la formación de los alumnos; pero como

---

<sup>58</sup> “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

lo que son: nuestras normas jurídicas fundamentales; no como normas morales.

Al señalar normas jurídicas como fuentes morales, se confunde ética con Derecho y se abre la puerta al relativismo moral. Las normas jurídicas son por sí mismas susceptibles de ser modificadas e, incluso, derogadas por otras distintas, en función de los consensos políticos y, en último término, de la voluntad popular. Para una buena parte de nuestra sociedad la moral es esencialmente una, inmutable e inherente a la naturaleza humana. Si las normas jurídicas se convierten en fuente moral, es evidente que ésta pierde su condición de inmutable, lo que es claro que afecta a su propia naturaleza, al propio concepto de moral; al igual que hacerlas depender de la voluntad de la mayoría.

Como decía, además de partir de una concepción concreta de la moral, existe una errónea interpretación del 27.2 CE. Se expresa muy gráficamente en el FJ Sexto de la Sentencia de 11 de febrero de 2009 correspondiente al recurso 1013/2008 en el que se dice:

*Dicho de otro modo, no podrá hablarse de adoctrinamiento cuando la actividad educativa esté referida a esos valores morales subyacentes en las normas antes mencionadas porque, respecto de ellos, será constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos. Por el contrario, será exigible una posición de neutralidad por parte del poder público cuando se esté ante valores distintos de los anteriores. (...) La actividad educativa del Estado, cuando está referida a los valores éticos comunes, no sólo comprende su difusión y transmisión, también hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica. (...) Sin embargo, dentro del espacio propio de lo que sean planteamientos ideológicos, religiosos y morales individuales, en los que existan diferencias y debates sociales, la enseñanza de debe limitar a exponerlos e informar sobre ellos con neutralidad, sin ningún adoctrinamiento, para, de esta forma, respetar el espacio de libertad consustancial a la convivencia constitucional.*

El artículo 27.2 CE establece que *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana* (que, conforme al art. 10 CE, es libre) *en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.* El respeto requiere conocimiento (de ahí que no haya oposición a que a que se enseñen), implica sujeción y cumplimiento, en cuanto se trata de parte de nuestro Ordenamiento Jurídico; pero en

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

absoluto conlleva obligación alguna aceptarlos como normas morales. Los valores en que se fundamentan la Declaración Universal de los Derechos Humanos y nuestra Constitución, lo son como inspiradores e interpretadores de normas jurídicas, cuyo valor positivo a esos efectos es innegable, **pero no están configurados como valores constitutivos de la formación de la conciencia de las personas.**

Resulta patente, por otra parte, que ni el contenido, ni el alcance, ni la aplicación práctica de los Derechos Fundamentales gozan de consenso generalizado en nuestra sociedad española, y no digamos en la comunidad internacional. No sólo desde un punto de vista jurídico; sino ante todo ético o filosófico. Dependiendo desde qué concepción, desde qué convicciones, se analizan unos mismos derechos, su contenido resulta muy diferente y –con frecuencia- ampliamente controvertido. De ahí que desde el momento en que se les traslada al ámbito de lo metajurídico y se les otorga la categoría de criterios morales, no sólo se saltan las barreras de la neutralidad (puesto que se trata de una concepción determinada) sino que, además, se abren de par en par las puertas del adoctrinamiento. De hecho, es notorio y públicamente conocido que estos RRDD han dado lugar a la publicación de libros descaradamente adoctrinadores, lo que ya de por sí implica que estas normas no han sido lo suficientemente *exquisitas y prudentemente distantes*<sup>59</sup>.

Obviamente, la Constitución, los Derechos Humanos y demás normas esenciales deben tener cabida en nuestro sistema educativo, deben ser explicadas a los alumnos e, incluso, promovida su adhesión a las mismas<sup>60</sup>, a los principios democráticos; pero sin desvirtuar su naturaleza real y sin presentarlas como normas morales; sino como las principales sobre las que se asienta todo nuestro Ordenamiento Jurídico y nuestro sistema democrático y constitucional. En el momento en que se les confiere la categoría de morales y, en cuanto tales, se propugna su adhesión entre los educandos, se traspasan –a nuestro juicio- los límites de la neutralidad ideológica, del objeto de la educación previsto en el 27.2 CE y

---

<sup>59</sup> Las sentencias del Pleno de la sala de los Contencioso-Adminivo del TS de 11 de febrero de 2009 exigen *la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento* cuando se traten en las aulas cuestiones que en la sociedad resultan controvertidas (FJ 15)

<sup>60</sup> Coincido esencialmente –en este aspecto- con las tesis de la Profesora Vega Gutiérrez expuestas en AM VEGA GUTIÉRREZ “La Objeción de conciencia en el ámbito educativo” op. cit.



## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

–como veremos– se vulnera el derecho de las familias regulado en el 27.3 de la Carta Magna.

Todo ello se agrava, además, desde el momento en que los RRDD establecen como **criterios de evaluación**<sup>61</sup> no ya la comprobación de que se han adquirido unos determinados conocimientos; sino también si los juicios de valor que emiten los alumnos son acordes con los mismos; en resumidas cuentas: la adhesión expresa a la doctrina concreta que se contiene en las asignaturas.

Corresponde únicamente a las familias la determinación de las convicciones morales en las que desean educar a sus hijos. (Art. 27.3 CE<sup>62</sup>). El precepto citado no obliga tan solo al respeto, sino que va a más: impone la garantía de que la formación religiosa y moral será conforme a las convicciones de los padres.

Tanto los impulsores de esta asignatura como el TS en sus Sentencias de 10/02/2009 entienden que este indiscutible derecho se ve

---

<sup>61</sup> Así, por ejemplo en el RD 1513/2006 (BOE 08/12/2006) para Educación Primaria (E.P.)

**5. Reconocer y rechazar situaciones de discriminación, marginación e injusticia e identificar los factores sociales, económicos, de origen, de género o de cualquier otro tipo que las provocan.**

*Se trata de valorar con este criterio, si ha desarrollado la capacidad de identificar, reconocer y verbalizar situaciones injustas, tanto en su entorno como a través de la información que proporcionan los medios de comunicación. Asimismo, se valorará si identifica, poniendo ejemplos razonados, los factores que provocan las marginaciones o discriminaciones de ellas derivadas y si rechaza las consecuencias de las mismas.*

Del mismo modo, en el RD 1631/2006 (BOE 05/01/2007) para Educación Secundaria Obligatoria (ESO):

**4. Reconocer los Derechos Humanos como principal referencia ética de la conducta humana e identificar la evolución de los derechos cívicos, políticos, económicos, sociales y culturales, manifestando actitudes a favor del ejercicio activo y el cumplimiento de los mismos.**

Y también en el RD 1467/2007 (BOE 06/11/2007) para Bachiller:

**9.- Reconocer y analizar los conflictos latentes y emergentes de las complejas sociedades actuales (...) manifestando una actitud crítica ante todo intento de justificación de las desigualdades sociales o situaciones de discriminación. Este criterio ha de comprobar el grado de comprensión de los problemas sociales y políticos más relevantes de la sociedad actual (anomia, desarraigo,....conflictos relacionados con las desigualdades socio-económicas y de género, etc) ... Asimismo, trata de evaluar la actitud que han desarrollado los alumnos ante dichos problemas sociales y políticos.**

<sup>62</sup> Los poderes públicos garantizan 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.

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

limitado por el art. 27.2 CE<sup>63</sup> en el sentido de que este último apartado ampara el adoctrinamiento en la ética o moral “pública” y aquel se refiere al ámbito de lo personal, al de la moral “privada”.

Ahora bien, ni el 27.2 CE habla de moral o ética; ni el 27.3 distingue la “privada” de la “pública”. Esa distinción, como hemos indicado, no tiene el más mínimo amparo constitucional y responde a una concepción concreta de la moral o ética que –como todas- es perfectamente respetable; pero, al igual que las demás, no puede ser impuesta a los ciudadanos y, mucho menos, a los alumnos a través del sistema educativo.

El plano en el que se sitúa el apartado 2 del art. 27 CE es el de los principios democráticos de convivencia y derechos y libertades fundamentales, que no son otros que los establecidos en la propia Constitución y demás normativa; si, como hemos indicado, a esos principios y derechos se les confiere la categoría de morales o éticos, se está entrando de lleno en el terreno de las convicciones morales y, por tanto, se invade el ámbito protegido por el 27.3.

El concepto que se tenga de la moral o de la ética, la propia consideración de la existencia o no de una ética pública distinta de la personal, la aceptación o no como normas morales de los derechos fundamentales y de los principios democráticos forman parte de las propias convicciones, libres, en las que cada familia tiene derecho a educar a sus hijos y que deben ser exquisitamente respetadas y garantizadas por los poderes públicos; conforman una parte –esencial- de la libertad ideológica consagrada en el art. 16 CE que, por tanto, no puede tener más límite en sus manifestaciones que el necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Así pues, el deber del Estado de garantizar que la educación alcance el objetivo que le marca el 27.2 CE no puede constituir un límite al derecho garantizado en el párrafo siguiente del precepto. Este será, en todo caso, un límite de aquél<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*

<sup>64</sup> Véanse en este sentido los interesantes votos particulares formulados a las aludidas sentencias del TS de 11/02/2009.

## **VII.- EL PROBLEMA DE LA LENGUA EN LA ENSEÑANZA.-**

Al igual que ocurre con el contenido y alcance del artículo 27 de la CE; entiendo que en la cuestión lingüística es precisa una inmediata recuperación del consenso constitucional. Mayores dosis de flexibilidad y de sentido común contribuirían sin duda a acordar soluciones satisfactorias para todos. Resultaría igualmente necesaria la rectificación de quienes han pretendido –y pretenden- utilizar la promoción de las lenguas cooficiales en la educación para inculcar en los alumnos sus propias concepciones políticas –perfectamente legítimas- pero que deben mantenerse –como cualquier otra- absolutamente al margen del sistema educativo.

Las pautas esenciales para la sensata coexistencia de las diferentes lenguas –en aquellas Comunidades Autónomas que gozan de esta especificidad cultural- quedan correctamente señaladas en el artículo 3 de nuestra carta Magna:

*1.- El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.*

*2.- Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.*

*3.- La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección*

La clara redacción del apartado primero provoca que sea comúnmente admitido el deber de todos los ciudadanos del Estado de conocer la lengua castellana, lo que, obviamente, tiene sus implicaciones en la regulación de la enseñanza. También es evidente el derecho al uso de las lenguas cooficiales, en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma. Ahora bien, son muchos quienes dudan de que exista realmente la obligación de conocerlas, ni de que tal deber pueda ser impuesto por las regulaciones estatutarias autonómicas; sino que queda reservado al conocimiento del castellano<sup>65</sup>. No obstante, existen opiniones distintas que mantienen la obligación de conocimiento de las dos lenguas

---

<sup>65</sup> Apoyan esta tesis las Sentencias del Tribunal Constitucional 82 y 84/1986 de 26 de junio y 337/1994 de 23 de diciembre. También lo confirmaría la gestación del texto constitucional habida cuenta del rechazo mayoritario tanto en Comisión como en el Pleno de la enmienda nº 106 presentada por Trías Fargas en la que expresamente se contemplaba el deber de los residentes en tales territorios de conocer la correspondiente lengua cooficial.

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

oficiales<sup>66</sup>. Ciertamente, ninguno de los Estatutos de Autonomía<sup>67</sup> (a quienes el art. 3 CE encomienda la concreción de las consecuencias de la cooficialidad) ha impuesto tal deber, a excepción del Catalán en su nueva redacción dada por la LO 6/2006 de 19 de julio<sup>68</sup> que, como es conocido, se encuentra pendiente de resolución en el Tribunal Constitucional; por lo que será éste quien determine definitivamente la respuesta jurídica a tan controvertida cuestión.

Sea como fuere, lo cierto es que -en el ámbito educativo- la obligación de conocimiento se ha establecido a través de su inclusión no sólo en el currículo; sino -con diferentes modelos- como lenguas en las que se imparten al menos algunas de las asignaturas, con el refrendo de varias sentencias del mismo Tribunal Constitucional<sup>69</sup>. Es, por tanto, perfectamente legítimo que las correspondientes administraciones educativas se valgan de la enseñanza para asegurar el aprendizaje y difusión de la lengua cooficial de su autonomía. Ahora bien, ello debe de llevarse a cabo -a mi juicio- desde el más absoluto respeto a la libertad, informado de una no menos respetuosa flexibilidad.

Libertad para que las familias -asumiendo que la lengua propia de la Comunidad ha de estar presente en el sistema de enseñanza- puedan elegir entre diferentes modelos lingüísticos que -aun que den primacía a una lengua sobre la otra- habrán de garantizar el adecuado conocimiento de las dos. Ello supone para las administraciones la obligación de garantizar la existencia de centros públicos y privados suficientes para atender las demandas de las familias en cada una de las modalidades. Todos confiamos que la sentencia que el TC dicte sobre la nueva redacción del Estatuto de Cataluña arroje luz sobre la cuestión; pese a que la demora en la resolución del recurso provoque que muy probablemente la citada sentencia sea dictada cuando ya se haya aprobado la nueva Ley de Educación de Cataluña que establece el catalán como lengua vehicular obligatoria en la enseñanza, lo que -a mi juicio- vulnera el texto constitucional. En primer lugar porque desequilibra la cooficialidad prescrita por el artículo 3 CE; y, en

---

<sup>66</sup> Cfr M HERRERO DE MIÑON, "Addenda: plurilingüismo, cooficialidad y lengua propia en el bloque de constitucionalidad", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm 2 (1998), pág 138.

<sup>67</sup> Artículo 6 Estatuto de Autonomía del País Vasco; art. 5 del de Galicia; art. 9 de la LO de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra; art. 6 del de Valencia; art. 4 Illes Balears; art. 7 del de Aragón; y art. 4 del de Asturias.

<sup>68</sup> Arts. 6 y 35

<sup>69</sup> Sentencias 137/1986 FJ 1, y 334/1994 FJ 9

segundo, porque supone un evidente obstáculo para la igualdad y, sobre todo, para la libertad de enseñanza.

Flexibilidad que –como indicó ya el Tribunal Constitucional en su Sentencia 337/1994 de 23 de diciembre- no genera un pretendido derecho a recibir las enseñanzas única y exclusivamente en castellano<sup>70</sup>; sino que permite a la Comunidad correspondiente establecer como principal una de las dos lenguas<sup>71</sup> siempre que se asegure el efectivo conocimiento también de la otra. Ahora bien, con la importante matización de que todos tienen el derecho a recibir la educación en una lengua en la que puedan comprender y asumir los contenidos de las enseñanzas que se imparten; ya que en otro caso podrían quedar desvirtuados los objetivos propios del sistema educativo y afectada la plenitud del derecho a la educación que la CE reconoce. Por ello, resulta esencial que la incorporación a la enseñanza en una lengua que no sea la habitual de produzca bajo el presupuesto de que los ciudadanos hayan llegado a dominarla, cuando menos en la medida suficiente para que su rendimiento educativo no resulte afectado<sup>72</sup>. Todo ello, además, respetando a quienes provienen de otras Comunidades Autónomas. Por ello, estas administraciones tienen el especial deber de establecer medidas de carácter flexible en la ordenación de la enseñanza para atender las especiales situaciones personales.

### **VIII.- ESPECIAL PREFERENCIA AL MODELO DE EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR SEXOS.**

Al igual que curre con el ya abordado problema lingüístico, la educación diferenciada constituye uno de los temas de mayor actualidad educativa en España, debido a la manifiesta pretensión de ciertos sectores de excluir este tipo de colegios del sistema de conciertos. Independientemente de los motivos pedagógicos, creo evidente que se trata de una opción perfectamente acorde con nuestro ordenamiento jurídico que, por tanto, debe ser sostenida con fondos públicos como cualquier otra.

---

<sup>70</sup> FJ 9

<sup>71</sup> FJ 10

<sup>72</sup> FJ 11

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

La libertad de enseñanza ha sido interpretada por nuestro Tribunal Constitucional como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones y, entre otros, ha reconocido como contenidos indispensables el derecho a crear y dirigir centros educativos<sup>73</sup>, y el derecho del titular a definir el carácter propio o ideario de los centros privados, que se extiende a los aspectos pedagógicos y organizativos, no sólo a los morales y religiosos<sup>74</sup>.

Por otra parte, -como ya hemos indicado- las familias tenemos el derecho a elegir el tipo de educación que deseamos para nuestros hijos no sólo conforme a nuestras convicciones morales y religiosas. En cualquier caso, es de notar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>75</sup> reconoce expresamente el derecho de las familias a que la educación de sus hijos se adecue también a las convicciones filosóficas y pedagógicas<sup>76</sup>.

La única objeción sobre la legalidad de esta opción pedagógica se concreta en la posibilidad de que la misma pudiera ser discriminatoria por razón del sexo y, por tal motivo, contraria al artículo 14 de nuestra Constitución que consagra el derecho de igualdad<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Artículo 27.6 de la Constitución.- “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”

<sup>74</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 5/1981 y 77/1985

<sup>75</sup> Art. 14. Ciertamente nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias de 11/02/2009 que resolvieron sobre la objeción de conciencia a EpC entienden que la citada Carta circunscribe su eficacia a los supuestos en los que los Estados miembros apliquen derecho de la Unión Europea; interpretación que no comparto en absoluto ya que, al tener la Carta la condición de Tratado, adquiere efectos interpretativos conforme al artículo 10.2 CE para cuestiones relativas a derechos fundamentales, como es el caso y; por otra parte, de acuerdo con el 10.1 CE y el art. 2 de la Declaración Universal- los Derechos Fundamentales son inherentes a la persona humana por lo que repugna a su propia naturaleza condicionar su existencia al ámbito del ordenamiento jurídico que afecte al sujeto concreto: el Derecho Fundamental es patrimonio del individuo y le pertenece por su razón de tal, no en función de circunstancias externas, absolutamente accesorias como puede ser, en este caso, si se está aplicando Derecho de la UE o no.

<sup>76</sup> En el mismo sentido, Sentencias del TEDH Folgerø y otros c/. Noruega, de 29 de junio de 2007 (§ 84), Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, de 7 de diciembre de 1976 (§53), Hasan y Eylem Zengin c/. Turquía, de 9 de octubre de 2007 (§52), Iglesia Metropolitana de Bessarabia c/. Moldavia, de 13 diciembre 2001 (§116) y Hasan y Chaush c/. Bulgaria, de 26 de octubre de 2000 (§78)

<sup>77</sup> “Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

Ahora bien, como ya ha quedado indicado anteriormente, al encontrarnos ante derechos fundamentales, el artículo 10.2 de la Carta Magna impone su interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Sobre este aspecto, la **Convención de la de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones** señala en su el artículo 2 “*(...) las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación (...): a) La creación o el mantenimiento de sistemas o centros de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o centros ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente cualificado, de locales escolares y de un equipamiento de igual calidad, y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes*”<sup>78</sup>.

Por lo tanto, no cabe otra opción interpretativa que concluir que la educación diferenciada no es discriminatoria y, por ende, se trata de un modelo pedagógico perfectamente acorde con la Constitución<sup>79</sup>.

Así lo han entendido también nuestros Tribunales<sup>80</sup>, entre otras en las siguientes resoluciones:

- 1.- Sentencia de la Audiencia Nacional de 20/12/1999<sup>81</sup>.
- 2.- Sentencia del TSJ de La Rioja de 25/11/2002.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Este artículo 2 de la Convención fue ratificado en 1999 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Aceptado por España el 20/08/1969 BOE de 1 de noviembre.

<sup>79</sup> JL MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ “Siete tesis sobre la legalidad de una educación escolar especializada por razón del sexo” en *Educación diferenciada, una opción razonable* Eunsa. Pamplona 2005 págs 205-235.

<sup>80</sup> M CALVO CHARRO, “Apoyo de la jurisprudencia española a la educación diferenciada como una opción legítima dentro de la libertad de elección de centro docente de los padres”, La Ley nº 6711, 11.05.2007.

<sup>81</sup> “... el hecho de que en un centro docente se impartan enseñanzas solo a niños o solo a niñas, no puede considerarse que suponga una discriminación por razón de sexo desde el momento en que los padres o tutores pueden elegir, dentro de un entorno gratuito de enseñanza, entre los diversos centros existentes. Sería la imposibilidad de elección, en igualdad de condiciones, lo que determinaría declarar la discriminación alegada” FJ 3

<sup>82</sup> “El hecho de que un centro escolarice sólo niñas o solo niños, en absoluto permite deducir que se trate de discriminación por razón de sexo contraria al Derecho. En un Estado de Derecho en que se reconoce la libertad de enseñanza –artículo 27.1 de la Constitución- y el derecho de los padres para que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones –artículo 27.3 de la Constitución- y la libertad de creación de centros docentes –art. 27.5-, así como la

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

- 3.- Auto del TSJ Cataluña de 8/10/2004
- 4.- Sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha de 10/11/2004 (nº 528 y 533)<sup>83</sup>
- 5.- Sentencia del TSJ de Andalucía de 11/05/2006<sup>84</sup>
- 6.- Sentencia nº 537/2006 del TSJ de Galicia.<sup>85</sup>
- 7.- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006, que confirmó la de la AN de 20/12/1999.<sup>86</sup>

Por lo que respecta a la legislación comparada es de destacar la que Francia en su Ley de 27 de mayo de 2008, artículo 2, apartado 4 admite como no contrario a la igualdad el que se agrupe a los alumnos en la educación por razón de su sexo.

Algunos de los detractores de la educación diferenciada argumentan que la vigente Ley Orgánica de Educación impide la existencia de este tipo de colegios y, desde luego, su acceso o permanencia en el sistema de conciertos educativos. Basan su postura en que en su artículo 84.3 prohíbe la discriminación por razón del sexo en los procesos de admisión de los alumnos (algo no contemplado en las Leyes Orgánicas anteriores) y en que su Disposición Adicional 25ª consagra el principio de la coeducación.

En primer lugar hemos de dejar claro que ningún precepto de esta Ley prohíbe de forma expresa la educación diferenciada ni impone la enseñanza mixta para el acceso o permanencia en el régimen de conciertos. Debe tenerse en cuenta, además, que la LOE, en su Disp. Ad. 25ª utiliza el

---

libertad de empresa –aert. 38-, no puede pretenderse la uniformidad propugnada por la parte actora como único modelo educativo legítimo”

<sup>83</sup> Casadas por el Tribunal Supremo en St. de 16 de abril de 2008 a la que más adelante nos referiremos, pendiente de recurso de amparo ante el T. Constitucional.

<sup>84</sup> De ella se desprende, en primer lugar, que las Comunidades Autónomas no pueden imponer nuevos requisitos a los centros para el acceso al régimen de conciertos de los contemplados en la normativa estatal (FJ5); y, en segundo, que la creación de centros diferenciados está plenamente garantizada en nuestro ordenamiento (FJ 6)

<sup>85</sup> Deja sin efecto una resolución de la Consellería de Educación gallega por la que se pretendía obligar a un colegio femenino a la admisión de un alumno varón.

<sup>86</sup> “Que la enseñanza obligatoria que se imparte en los centros públicos sea mixta no significa que deba serlo también en todos los centros educativos. Se trata de una opción que no puede ser impuesta. Especialmente cuando la Constitución reconoce a los padres el derecho de elegir la educación que desean para sus hijos, garantiza la libertad de de creación de centros docentes y a partir de las previsiones de sus artículos 16 y 27 la LOE ampara el derecho de los titulares de los centros privados a definir su carácter” (FJ 8)



## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

término “coeducación” que no debe ser necesariamente identificado con educación mixta.

En segundo, la inclusión de la no discriminación por sexo en los procesos de admisión de alumnos no añade nada nuevo puesto que la misma ya estaba prohibida por la Constitución, que resulta de aplicación directa. De ahí que el mero hecho de que las Leyes Orgánicas anteriores no la incluyeran no implicaba que durante su vigencia estuviera permitida tal discriminación, obviamente. En cualquier caso, como ha quedado indicado anteriormente, no puede considerarse la educación diferenciada como discriminatoria por razón del sexo.

En tercero, la Disposición Adicional 25ª corrobora no solo la legalidad de esta opción, sino su posibilidad de ser concertada. Efectivamente, da prioridad a la coeducación; pero implícitamente permite la diferenciada, como no podía ser de otra forma. Obsérvese su tenor literal:

*Disposición adicional 25ª. Fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*

*Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España.*

Por lo tanto:

1º) La coeducación tiene atención preferente y prioritaria, lo cual ni prohíbe la educación diferenciada ni impone la coeducación como requisito para el concierto.

2º) Hace especial referencia a los convenios internacionales, con lo que la educación diferenciada –como hemos visto- queda expresamente salvada.

Uno de los detonantes de la campaña actual que promueve la retirada de los conciertos a los colegios de educación diferenciada ha sido la Sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2008 que casó la dictada por el TSJ de Castilla-La Mancha el 11/10/2004; y la posterior de 11 de julio de 2008

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

referente a un recurso idéntico a la anterior. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que se halla pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional el recurso de amparo interpuesto contra una de ellas<sup>87</sup>.

Técnicamente se trata de unas sentencias basadas en una corriente interpretativa del derecho procesal altamente discutible por su abierta contradicción con la Constitución<sup>88</sup>. Ciertamente, como algunos han indicado, no entran explícitamente en contradicción<sup>89</sup> con la dictada por esa misma Sección y Sala el 26 de junio de 2006, confirmando la de la AN de 20/12/1999 (que corroboran la legalidad de la educación diferenciada y de su acceso al régimen de conciertos); pero no es menos cierto que esa falta de contradicción lo es únicamente en su construcción, en sus razonamientos; no en sus consecuencias.

El supuesto que se planteó en ambos recursos –a efectos de lo que ahora nos atañe- fue la posibilidad de que una Comunidad Autónoma – Castilla-La Mancha- impusiera a todos los centros concertados la obligación de escolarizar tanto a niños y niñas a través de la regulación autonómica de la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos. En las dos sentencias –prácticamente idénticas- nuestro Alto Tribunal concluye, en resumidas cuentas, que las Comunidades Autónomas pueden imponer de esta forma indirecta a los centros concertados la obligación de ser mixtos.

Sin perjuicio de lo anterior, ambas sentencias **corroboran expresamente la legalidad de la educación diferenciada y la posibilidad de que este tipo de centros acceda al régimen de concierto educativo**<sup>90</sup>; por lo que –en puridad- mantiene el mismo criterio que la Sentencia dictada por esa misma Sala y Sección el 26 de junio de

---

<sup>87</sup> Recientemente ha sido inadmitido el recurso de amparo interpuesto contra la de 16 de abril de 2008 debido a que desde la entrada en vigor de la LO 6/2007 de 24 de mayo, se ha limitado excesivamente el acceso a este recurso. Ello no quiere decir, ni mucho menos, que el T Constitucional respalde las tesis de estas sentencias puesto que no se ha pronunciado sobre su adecuación a derecho; sino únicamente que no admite a trámite el recurso.

<sup>88</sup> JL MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ “Legalidad vigente y criterios jurisprudenciales firmes en materia de educación diferenciada” en EASSE (European association single-sex education) Suplemento nº 1 Diciembre 2008

<sup>89</sup> JL MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Legalidad vigente y criterios jurisprudenciales firmes en materia de educación diferenciada” op. cit.

<sup>90</sup> “*Que este tipo de educación es lícita no se discute. Por otra parte, tampoco hay norma expresa que prohíba el sostenimiento público de centros que la practiquen*” St TS de 11 de julio de 2008 FJ 10.

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

2006, a la que he aludido antes. Ahora bien, sostienen que la opción por educación diferenciada no forma parte del derecho fundamental de creación de centros docentes recogido en el ya citado artículo 27.6 de la Constitución<sup>91</sup>; por lo que las Administraciones pueden imponer a los colegios los requisitos que consideren convenientes para el acceso o renovación de los conciertos, con lo que, en el fondo, se deja la financiación de la enseñanza a la simple discrecionalidad de las autoridades competentes, vulnerando el artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos y contraviniendo claramente lo dispuesto por el Tribunal Constitucional<sup>92</sup>. Resulta cuando menos llamativo que en estas sentencias no se haga mención a la Libertad de Enseñanza y, en concreto, al derecho que nos asiste a los padres de elegir libremente el tipo de educación que queremos para nuestros hijos.

Creo, por ello, que no puede excluirse a este tipo de centros del sistema de conciertos por las razones que a continuación expongo, muchas de las cuales han quedado suficientemente argumentadas en apartados anteriores:

1.- La educación diferenciada es una opción pedagógica totalmente legal, amparada por nuestra Constitución y por el criterio unánime de nuestros Tribunales de Justicia.

2.- Las familias tenemos el derecho a elegir el tipo de educación que queremos para nuestros hijos; no sólo conforme a nuestras convicciones morales, religiosas<sup>93</sup>, filosóficas y pedagógicas (art. 14.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)<sup>94</sup>.

3.- El artículo 27.4 de la Constitución establece que *La enseñanza básica es obligatoria y gratuita*. Este derecho asiste a todos los españoles; con independencia del tipo de educación que hayan elegido para sus hijos. Tal gratuidad se concreta –para quienes no optan por la enseñanza pública-

---

<sup>91</sup> Vid. Nota al pie nº 2

<sup>92</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 5/1981 y 77/1985

<sup>93</sup> Artículo 27.3 de la Constitución

<sup>94</sup> En el mismo sentido, Sentencias del TEDH Folgerø y otros c/. Noruega, de 29 de junio de 2007 (§ 84), Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, de 7 de diciembre de 1976 (§53), Hasan y Eylem Zengin c/. Turquía, de 9 de octubre de 2007 (§52), Iglesia Metropolitana de Bessarabia c/. Moldavia, de 13 diciembre 2001 (§116) y Hasan y Chaush c/. Bulgaria, de 26 de octubre de 2000 (§78)

## *Algunos derechos fundamentales en la educación.*

mediante el sistema de conciertos educativos cuyos beneficiarios y, por tanto, titulares del derecho, son las familias, no los centros; ya que en su defecto serían éstas quienes debieran soportar el coste de la enseñanza de sus hijos.

4.- Por lo tanto, tratándose de una opción legal, debe mantenerse y propiciarse su financiación con cargo al dinero público; ya que en caso contrario se discrimina a las familias que la eligen por razón de sus convicciones pedagógicas, en clara vulneración del art. 14 de la Constitución<sup>95</sup>

5.- Retirar la financiación pública a estos colegios supone una evidente traba económica para las familias en el ejercicio de su derecho a la elección de centro, lo que resulta abiertamente contrario tanto al ya citado artículo 14 de la Constitución como al también mentado artículo 9.2<sup>96</sup>.

6.- Las Comunidades Autónomas no pueden condicionar los conciertos a requisitos restrictivos no establecidos en las Leyes Orgánicas. Por lo tanto, no imponiendo la LOE la enseñanza mixta como requisito para el acceso y/o renovación de los conciertos, ninguna Comunidad Autónoma podrá exigirlo. Al afectar directamente a Derechos Fundamentales como la Libertad de Enseñanza, la libre creación de centros y la gratuidad de la enseñanza básica obligatoria, su desarrollo está reservado a Ley Orgánica por el artículo 81 de la Constitución, lo que hace que quede fuera del ámbito competencial de las autonomías.

Enrique Domingo Oslé  
Abogado  
Secretario Gral CONCAPA-Rioja  
Logroño, mayo de 2009.

---

<sup>95</sup> Vid nota 77.

<sup>96</sup> Vid nota 4.

**INDICE**

<b>I.-</b> Derechos Fundamentales. Implicaciones.	1
<b>II.-</b> Derecho a la Educación...de calidad.	3
<b>III.-</b> Derecho a la Educación...en libertad.	4
<b>IV.-</b> La libre elección de centro y el régimen de admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos.	6
<b>V.-</b> Derecho a la gratuidad de la enseñanza básica obligatoria. El sistema de conciertos.	

*Algunos derechos fundamentales en la educación.*

Referencia a la gratuidad del Bachiller.	10
<b>VI.-</b> La ideología y las convicciones en la educación.	
<b>A.-</b> Neutralidad ideológica del sistema educativo y de los centros públicos.	14
<b>B.-</b> El ideario de los centros privados	18
<b>C.-</b> Derecho a una educación conforme a las convicciones de los padres	19
<b>D.-</b> Breve referencia a Educación para la Ciudadanía	21
<b>VII.-</b> El problema de la lengua en la enseñanza.	29
<b>VIII.-</b> Especial referencia al modelo de educación diferenciada por sexos	32