

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2013/2014

**EL DERECHO A LA EDUCACION Y LA
LIBERTAD DE ENSEÑANZA**

(The right to education and the academic freedom)

Realizado por el alumno D. Daniel Andrés Largo González.

Tutorizado por el Profesor D. Paulino César Pardo Prieto.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN.-	4
OBJETO DEL TRABAJO.-	6
METODOLOGÍA.-	7
I.- INTRODUCCIÓN.-	9
II.- EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL: EVOLUCIÓN Y SECULARIZACIÓN.-	14
1.- DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1812 HASTA EL FALLECIMIENTO DE FERNANDO VII (1833): ALTERNANCIA DE MODELOS.-	17
2.- DESDE 1833 HASTA LA CONSTITUCIÓN DE LA RESTAURACIÓN (1876).-	19
2.1.- <i>Antes del concordato de 1851: movimiento liberal y liberalismo moderado.</i> -	20
2.2.- <i>Después del concordato de 1851: modelo católico conservador y modelo liberal progresista.</i> -	22
3.- PERIODO DE LA RESTAURACIÓN (1876 - 1931).-	27
4.- DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA (1923-1930), SEGUNDA REPÚBLICA (1931-1939) Y RÉGIMEN FRANQUISTA (1939-1975).-	31
III.- LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.-	37
1.- LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS.	37
1.1.- <i>La dirección de los centros privados.</i> -	40
1.2.- <i>La financiación de los centros privados y sus contrapartidas.</i> -	43
1.2.1.- <i>Gratuidad de la enseñanza.</i> -	46
1.2.2.- <i>Proyecto educativo.</i> -	46
1.2.3.- <i>Autonomía de los centros.</i> -	47
1.2.3.1.- <i>Designación y cese del Director.</i> -	49
1.2.3.2.- <i>Contratación y despido del profesorado.</i> -	50
1.2.3.3.- <i>Participación de la comunidad escolar.</i> -	52

1.2.3.4.- Admisión de alumnos.-.....	52
2.- LA LIBERTAD DE CÁTEDRA.....	54
2.1.- <i>La libertad de cátedra en los centros públicos.-</i>	56
2.2.- <i>La libertad de cátedra en los centros privados.-</i>	58
2.2.1.- <i>Durante las actividades académicas.-</i>	58
2.2.2.- <i>Durante las actividades extraacadémicas.-</i>	60
3.- EL DERECHO DE LOS PADRES PARA QUE SUS HIJOS RECIBAN LA FORMACIÓN RELIGIOSA Y MORAL QUE ESTÉ DE ACUERDO CON SUS PROPIAS CONVICCIONES.	62
3.1.- <i>El artículo 27.3 de la Constitución española de 1978.-</i>	63
3.2.- <i>El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 1979.-</i>	67
3.3.- <i>La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.-</i>	70
3.4.- <i>El Código Civil.-</i>	72
3.5.- <i>La Ley Orgánica de Protección jurídica del Menor.-</i>	76
3.6.- <i>Propuesta de nuevo planteamiento.-</i>	77
IV.- CONCLUSIONES ALCANZADAS.-	81
BIBLIOGRAFÍA.-.....	87

RESUMEN.-

El derecho a la educación y la libertad de enseñanza son dos derechos constitucionalmente reconocidos, contenidos ambos en el derecho de libertad de conciencia, y estrechamente relacionados entre ellos puesto que sin enseñanza no sería posible la educación. Ambos coinciden ampliamente desde un punto de vista material, si bien poseen diferentes titulares en tanto que del derecho a la educación serían titulares aquellos que pretendiesen ser educados, y del derecho a la libertad de enseñanza serían titulares aquellos que pretendiesen educar.

A pesar de esa estrecha relación, ambos derechos son plenamente autónomos y van a tener contenidos diferentes. Así, mientras el derecho a la educación descansa sobre el derecho a formar libremente la propia conciencia del educando, la libertad de enseñanza se compone de otros tres derechos (también constitucionalmente reconocidos), como son la libertad de creación de centros docentes, la libertad de cátedra de los profesores y el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Este trabajo se centrará en analizar la libertad de enseñanza y sus diferentes contenidos, e intentará aclarar el significado de ésta a día de hoy.

Palabras clave: derecho a la educación, libertad de enseñanza, libertad de creación de centros, libertad de cátedra, derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

ABSTRACT.-

The right to education and the academic freedom are two constitutionally recognized rights; both contained in the right to freedom of conscience, and closely related to each other, since the instruction would not be possible without education. Both are so related that the subject they are about is the same, but they have different holders and content, in the sense that the right to education would be hold by those who wanted to be educated, and the academic freedom would be hold by those who wanted to educate.

However, despite such a close relationship, these two rights are fully autonomous, and that means they have different content. So, while the right to education is the right to freely form the conscience of the student, the academic freedom consists of three different rights (also constitutionally recognized), such as freedom to found educational establishments, teachers' academic freedom and the parents' right to have their children educated in accordance with their own convictions.

This work will focus on analyzing the academic freedom and its different contents, and it will attempt to clarify the meaning of this freedom nowadays.

Keywords: right to education, academic freedom, freedom to found educational establishments, teachers' academic freedom, parents' right to have their children educated in accordance with their own convictions.

OBJETO DEL TRABAJO.-

Por todos es conocido que el cambio o la modificación del sistema educativo parece una constante en cada cambio de mayoría parlamentaria. La modificación más cercana al momento presente la podemos encontrar en la reciente Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa que modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), y la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE).

A pesar de tantas reformas, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza se han mantenido como tales derechos desde su reconocimiento constitucional. Es por eso, que el objetivo de este trabajo no es tanto hacer una comparativa de las diferentes regulaciones que han existido sobre la materia (aunque sí será necesario en algunos momentos), sino conseguir un mejor entendimiento de estos derechos, tanto a lo largo de su evolución histórica, como llegados al presente, resultado de esa evolución.

Para ello, los primeros pasos serán analizar ambos derechos a lo largo de la historia del sistema educativo español, y la consecuente evolución a la que se han visto expuestos; y a continuación se pasará a analizar la libertad de enseñanza, ahora ya en el presente, y los diferentes derechos que la componen, a saber la libertad de creación de centros, la libertad de cátedra y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

METODOLOGÍA.-

La metodología utilizada para la elaboración de este trabajo ha consistido, principalmente, en el recurso a una amplia bibliografía relacionada con la materia, tanto para el primer contacto con la misma, y poder entender la materia que se iba a tratar, como para el posterior desarrollo del tema. Debe añadirse, para esa primera toma de contacto, el recurso a la normativa relacionada con el tema objeto del estudio; normativa tanto vigente, evidentemente, para conocer la regulación actual, como ya derogada o posteriormente modificada para poder comprender en proceso evolutivo de la regulación hasta el momento presente.

A partir de textos, como la obra de Llamazares Fernández, *Derecho de la libertad de conciencia*¹, o diferentes artículos de Asensio Sánchez y Cubillas Recio en revistas especializadas², que han servido de fuente de información principal se ha ido llegando de manera natural a otros textos relacionados que han permitido profundizar más aún (si cabe) en la materia, permitiendo la creación de una amplia base de conocimientos en la materia y de una opinión propia sobre la misma.

Similar es lo ocurrido con la jurisprudencia. En todo estudio jurídico una de las fuentes principales de información es la interpretación que hacen los tribunales de la materia objeto del estudio con motivo de resolver un conflicto. Pues bien, de la lectura de los diferentes textos utilizados para profundizar en la materia también se han derivado referencias a jurisprudencia relacionada, que ha resultado un instrumento aclaratorio en muchos casos.

¹ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la libertad de conciencia. II, Conciencia, identidad personal y solidaridad.*, Cizur Menor, Navarra, Civitas, 2011, pp. 57-207.

² Asensio Sánchez, M. A., *La secularización de la enseñanza: génesis y desarrollo de un proceso en Laicidad y libertades: escritos jurídicos.* Nº. 2, 2002, pp. 57-88; y Cubillas Recio, L.M., *La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos en Laicidad y libertades: escritos jurídicos,* Nº. 2, 2002, pp. 157-219.

Recopilada la información suficiente sobre la materia, tanto normativa como doctrinal y jurisprudencial, que permitiese elaborar una estructura sobre la que iba a desarrollarse el trabajo; se elaboró un índice provisional, que es el que se ha ido siguiendo y que apenas se ha visto modificado a lo largo de la elaboración del trabajo.

Esta primera idea, que finalmente ha terminado siendo la definitiva, consistía, primeramente, en realizar una breve introducción al tema que se pretendía tratar, para posteriormente analizar la evolución del sistema educativo español a lo largo de la Historia, centrándose sobre todo en la evolución de la libertad de enseñanza; siendo necesario para ello el recurso a las distintas normativas que iban regulando dicho sistema. Seguidamente, se procederá a analizar dicha libertad en el presente haciéndose notar las diferencias con su regulación en el pasado, e incluso proponiendo alguna interpretación diferente a la que ya posee en algún ámbito, como puede ser el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Por último, y tras el análisis de las mismas, se recogen las conclusiones alcanzadas en las distintas áreas temáticas tratadas en el trabajo, reasumiendo y completando las que ya se han ido sentando en los respectivos apartados.

I.- INTRODUCCIÓN.-

Tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza forman parte del contenido del derecho de libertad de conciencia. Sin embargo, cada uno posee su contenido particular, lo que supone que ambos derechos están sustancialmente separados el uno del otro. Aunque es, no obstante, innegable la relación que existe entre ambos, no solo material (para hacer posible la educación es necesaria la enseñanza), sino también formal, lo que queda perfectamente plasmado en la previsión constitucional de ambos en el mismo apartado³, uno a continuación del otro.

El derecho a la educación se traduce en el derecho a formar libremente la propia conciencia del educando, como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales⁴.

Por otro lado, el derecho de libertad de enseñanza, además de aparecer en el art. 27 como la libertad de creación de centros docentes, incluyendo el derecho de su titular a informar esa enseñanza conforme a un ideario determinado, forma parte también del derecho de libertad de expresión, reconocido en el artículo 20 de la Constitución, y por tanto, también del derecho de libertad de conciencia, del que es prolongación el artículo 20.

Asimismo, también en el artículo 27, incluso antes de la libertad de creación de centros docentes, aparece la libertad de enseñanza como el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

³ Artículo 27.1 CE.

⁴ Artículos 10.1 y 27.2 CE

De este modo, y según la interpretación que en sede doctrinal se hace de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵, la libertad de enseñanza debe ser entendida, en una triple vertiente, como libertad de creación de centros, libertad de cátedra y derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones.

No obstante, y aunque el derecho a la educación y la libertad de enseñanza sean proyección del mismo derecho de libertad de conciencia, y sean casi inseparables el uno del otro, tanto sustancialmente como formalmente, la relación entre estos ha dado lugar a constantes debates entre defensores de la enseñanza privada y defensores de la enseñanza pública.

Para los defensores de la enseñanza privada, es prioritario el derecho de libertad de enseñanza, entendido como libertad de creación y dirección de centros de enseñanza, con derecho de su titular a informar ésta conforme a un ideario determinado. Así, existiría una pluralidad de escuelas que haría posible el ejercicio del derecho de los padres a elegir para sus hijos la educación, y formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones⁶.

Por su parte, los defensores de la enseñanza pública otorgan mayor importancia al derecho a la educación en la libertad y para la libertad del educando; y para ello, contribuye de manera más eficaz el pluralismo en la escuela y la enseñanza neutral que el pluralismo de escuelas⁷.

Ahora bien, teniendo en cuenta que casi la totalidad de la enseñanza privada se encuentra en manos de las iglesias, y como ocurre en el caso español, de la Iglesia Católica, la contraposición más señalada que se deriva de la relación entre estos derechos, se da entre enseñanza laica o neutral y enseñanza confesional.

⁵ Asensio Sánchez, M.A., *La secularización...*, op. cit., pp. 57-88.

⁶ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

⁷ Talamanca, A. 1975. *Libertà della scuola, libertà nella scuola*. Padova, Cedam, 1975.

Como ya se ha dicho, ambos derechos aparecen regulados constitucionalmente en el artículo 27 CE del siguiente modo:

1. *Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.*
2. *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.*
3. *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.*
4. *La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.*
5. *Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.*
6. *Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.*
7. *Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.*
8. *Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.*
9. *Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.*
10. *Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.*

Como se puede apreciar, el derecho a la educación aparece enumerado antes que la libertad de enseñanza, que aparece a continuación de este.

Este orden no es casual, puesto que la libertad de enseñanza, además de ser un derecho fundamental y autónomo (contenido del derecho de libertad de expresión), como ya se ha expuesto, es, al mismo tiempo, un derecho instrumental al servicio de la realización real y efectiva del derecho a la educación; quedando por tanto ligado a este por su contribución real a esa función.

Ahora bien, independientemente de esto, se trata de dos derechos fundamentales y, según el Tribunal Constitucional la tensión entre éstos nunca podrá solucionarse con la negación total del contenido esencial de uno u otro, sino que será necesario atender a las circunstancias concretas de cada caso. Y en todo caso, el criterio que debe tenerse en cuenta para la resolución de los conflictos que puedan derivarse de la relación entre estos dos derechos, será el respeto del derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad y de la conciencia del educando. Es decir, lo decisivo en la resolución de los posibles conflictos no es la conciencia del emisor o sujeto activo sino la del receptor o sujeto pasivo destinatario de la acción del primero⁸. Todo ello, sabiendo que es el Estado el último garante del cumplimiento del contenido de este artículo.

De hecho, esta responsabilidad, en última instancia, del Estado se deduce, aparte de la Constitución⁹, tanto de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰, como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹, cuando se reconoce el derecho a la educación como el derecho de todas las personas, y la enseñanza como gratuita y obligatoria. Esto implica que el Estado es el titular de ese servicio, pero sin impedir que la enseñanza sea gestionada por entidades privadas, lo que conducirá a un sistema dual en el que coexistan simultáneamente la enseñanza pública y la privada.

Llegados a este punto, aparecen dos problemas fundamentales que deben ser analizados: la financiación de la enseñanza y la orientación ideológica de esta.

Respecto de la financiación, la enseñanza pública corre a cargo del Estado en aquellos niveles básicos en los que es obligatoria y gratuita. Pero la enseñanza privada puede venir financiada de dos maneras: por un lado, mediante la financiación directa a

⁸ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

⁹ Artículo 27.

¹⁰ Artículo 26.

¹¹ Artículo 13.

los centros, y por otro, mediante la financiación directa a los padres, y sólo indirecta a los centros¹².

Esa financiación directa o indirecta a los centros dependerá de que la enseñanza privada esté dispuesta a renunciar, o no, a parte de su autonomía a favor de las Administraciones Públicas.

Por último, en lo referente a la orientación ideológica de la enseñanza, la regla general es que la enseñanza pública sea ideológicamente neutral, mientras que la enseñanza privada puede ser ideológicamente orientada o confesional siempre que respete los principios constitucionales.

¹² Llegando a existir casos en los que la financiación directa a los centros está constitucionalmente prohibida, como ocurre en Italia.

II.- EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL: EVOLUCIÓN Y SECULARIZACIÓN.-

El sistema educativo español, como tal, no se conforma antes del siglo XIX¹³. Su primera cristalización estable tiene lugar con la Ley Moyano de 1857 que, como se verá más adelante, es escasamente innovadora, puesto que se limita a incorporar las aportaciones legislativas anteriores: el Reglamento de instrucción pública de 1821, la Ley de instrucción pública de 1836 y el Plan Pidal de 1845. Estos serían sus precedentes normativos más remotos, enmarcados los dos primeros por la Constitución de 1812, y por la de 1845 el último¹⁴.

La historia del sistema educativo español, en lo referente a libertad de conciencia, va a ser el resultado de la confrontación de dos modelos educativos diferenciados: el modelo educativo liberal y el modelo educativo conservador de la Iglesia católica.

Modelo educativo liberal.-

Para los ilustrados (modelo educativo liberal) la educación se concibe como un asunto de primordial interés público, y por tanto, como obligación del Estado. De la educación del niño depende, de un lado, su maduración personal, es condición de que su libertad sea real, y sólo debidamente desarrollada su personalidad por la educación estará en condiciones de alcanzar la felicidad¹⁵. De otro, también depende de la educación, el progreso de la Nación, en el que creen profundamente, y su felicidad depende de la educación del pueblo y de los ciudadanos¹⁶.

¹³ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Condorcet, M. A., *Escritos pedagógicos*. Madrid, Calpe, 1922, pp. 22 y ss., p. 127.

¹⁶ Guerrero, E., *Estudio preliminar a Historia de la Educación en España. I. Del despotismo ilustrado a las Cortes de Cádiz*. Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1985, pp. 18-21.

De ahí que conciban la educación como una tarea del Estado, y que debe extenderse gratuitamente a la mayor cantidad de ciudadanos posible, insistiendo tanto en la formación de las personas, como en el aprendizaje de ciencias útiles y prácticas al servicio del progreso¹⁷. De ahí también que entiendan la educación liberada de las trabas de la religión.

Este modelo de educación, pública, para todos, secularizada, uniforme y dirigida por el Estado será el que consagrará la Constitución de 1812¹⁸.

Modelo educativo conservador de la Iglesia católica.-

El modelo conservador, que se contrapone al modelo liberal defendido por los ilustrados, puede ser definido con las siguientes características¹⁹:

- Derecho de la Iglesia preferente y anterior al del Estado, en razón de su misión divina, a enseñar. La competencia del Estado en materia educativa y de enseñanza es, por tanto, subsidiaria respecto de la de la Iglesia.
- Toda la enseñanza debe estar sometida y subordinada a la ortodoxia doctrinal católica, correspondiendo este control a la Iglesia, que deberá para ello tener libre acceso a los centros y estar presente en los órganos de inspección, adopción de decisiones y seguimiento.

Por tanto, no existe libertad de creación y dirección de centros (ya que la única legitimada es la Iglesia católica) ni, mucho menos, libertad de cátedra de los profesores, la cual se considera perjudicial para la formación de las conciencias de la juventud.

- La enseñanza de la religión católica debe ser obligatoria en todos los centros, de todos los niveles, como fundamento último de toda ciencia.

¹⁷ *Ibidem*, p. 22.

¹⁸ *Ibidem*, p.31.

¹⁹ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

Explicados los dos grandes modelos educativos que van a ir dando forma al sistema educativo español, no se puede hacer referencia a este sin mencionar el proceso secularizador.

El término secularización suele utilizarse para definir el paso de algo de una esfera religiosa a una civil o no religiosa, lo que traído al ámbito de la enseñanza puede ser definido como el proceso de separación e independencia de la enseñanza de cualquier control de la ortodoxia doctrinal.

No obstante, aunque el proceso secularizador en España comienza a mediados del siglo XVIII y no culminará hasta la mitad del siglo XIX, al asumir el Estado, de manera definitiva, las competencias sobre la enseñanza; el proceso de separación e independencia de la enseñanza de cualquier control de la ortodoxia doctrinal (ya sea por parte del Estado o de la Iglesia), no se producirá hasta la Constitución de 1978²⁰.

Y digo que es necesario hacer esta referencia porque, como resultado de este proceso secularizador, aparecerá la libertad de enseñanza entendida en la triple vertiente indicada por el Tribunal Constitucional²¹: libertad de creación de centros, libertad de cátedra y derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones; ya que en un principio la libertad de enseñanza era entendida exclusivamente en su aspecto de libertad de creación de centros, pero su contenido se verá modificado a lo largo del tiempo, como consecuencia del proceso secularizador, hasta llegar a la actual posición mantenida por el Tribunal Constitucional.

Nada queda por decir, antes de pasar al estudio de las diferentes etapas históricas, más que la secularización de la enseñanza será un proceso gradual, con diferente intensidad según el periodo histórico que se esté estudiando, y estrechamente ligado a la política religiosa de dicho periodo²².

²⁰ Asensio Sánchez, M.A., *La secularización...*, op. cit., pp. 57-88.

²¹ *Ibidem*.

²² Siendo, muchas veces, la enseñanza (la libertad de enseñanza) utilizada como moneda de cambio.

1.- Desde la Constitución de 1812 hasta el fallecimiento de Fernando VII (1833): alternancia de modelos.-

Los liberales gaditanos, que habían heredado las ideas de la Ilustración sobre la educación²³, apenas tuvieron tiempo de recogerlas en la Constitución de 1812 y de preparar un proyecto de desarrollo en la materia.

Inspirada en esos principios ilustrados, la Constitución de 1812 participará en el proceso secularizador creando un sistema educativo público inspirado en los principios de centralización²⁴ y de uniformización de los planes de estudio²⁵. De hecho, de la lectura de los artículos que regulan la enseñanza, se deriva un cierto recelo contra la Iglesia y una mentalidad de considerar la enseñanza como una cuestión estatal²⁶.

No obstante, en 1814, con el regreso de Fernando VII, la Constitución va a quedar derogada, iniciándose un periodo de intolerancia que conducirá al primer gran exilio de intelectuales, por sus ideas liberales incompatibles tanto con el absolutismo monárquico como con la doctrina oficial católica. Este periodo de intolerancia durará de 1814 a 1833, con la breve interrupción del Trienio liberal (1820-1823).

²³ Estas ideas ilustradas habían surgido en el marco del regalismo. El regalismo, según Asensio Sánchez, suponía que el Rey tenía las competencias sobre lo temporal, incluidos los aspectos externos de la Iglesia; quedando en manos de la Iglesia únicamente el poder sobre los asuntos espirituales (Asensio Sánchez, M.A., *La secularización...*, op. cit., pp. 57-88). Del mismo modo, Covarrubias se refería a las competencias del Estado como “*todo aquello que en la Iglesia no es en sí mismo ni fe, ni misterio, ni doctrina, aunque tenga conexión con esto*” (Covarrubias, José de., *Máximas sobre recursos de fuerza y protección, con el método de introducirlos en los tribunales*. Madrid, Imprenta de la viuda de Ibarra, hijos y compañía, 1788., p. 14).

²⁴ Artículo 369.

²⁵ Artículo 368.

²⁶ Asensio Sánchez, M.A., *La secularización...*, op. cit., pp. 57-88.

En este marco político, el modelo educativo imperante será el conservador o católico²⁷:

- La presencia de la Iglesia en el mundo de la enseñanza se ve fortalecida, y se potencia la implantación de escuelas de las órdenes religiosas. Prácticamente no existe libertad de enseñanza privada no confesional, ni confesional no católica, ya que sólo se admiten las escuelas y centros de la Iglesia católica y de las órdenes religiosas católicas.
- En las escuelas y en las explicaciones de los profesores debe observarse la más escrupulosa fidelidad y respeto a la ortodoxia de la doctrina católica, así como a la monarquía absolutista de Fernando VII. Para ello, el control de ese debido respeto no lo controlará la Iglesia, sino el Estado. No existe, por tanto, libertad de cátedra, ya que el profesor que no respete o no sea fiel a la doctrina oficial, política o religiosa, será sancionado con la destitución.
- La enseñanza de la religión será obligatoria en todos los niveles, incluido el universitario. Además, las ciencias eclesiásticas son cultivadas en las universidades estatales (Teología y Derecho Canónico), y los seminarios eclesiásticos se consideran incorporados a las Universidades, lo que implica que los estudios eclesiásticos en ellos cursados tienen validez académica universitaria.

No será hasta 1821 (dentro ya del Trienio liberal) que el modelo educativo liberal tenga su primera concreción a través del Reglamento General de Instrucción Pública de 1821. A pesar de su escasa aplicación, este Reglamento será la base de las normas educativas posteriores que lo repetirán con algunas modificaciones parciales.

Como características de este modelo se pueden destacar²⁸:

- La estatalidad y el centralismo²⁹, bajo la inspección y dirección de la Dirección General de Estudios³⁰, así como la uniformidad³¹.

²⁷ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Artículo 1.

³⁰ Artículo 92.

La educación se configura, por tanto, como un deber del Estado, que además no podía dejar a favor de otras instituciones.

- La primera enseñanza es general y obligatoria³², y la enseñanza pública es gratuita en todos los niveles, incluido el universitario³³.
- Se reconoce la libertad de expresión de los docentes (libertad de cátedra) y plena libertad para la creación y dirección de centros por particulares, independientemente de que sea titular sea la Iglesia o una orden religiosa, cualquier asociación o institución, o una persona individual.

La única limitación prevista es que no se enseñen *«máximas o doctrinas contrarias a la religión divina que profesa la nación o subversivas de los principios sancionados en la Constitución política de la Monarquía»*, correspondiéndole el control de esta limitación al Gobierno³⁴.

- La validez académica de los estudios de la enseñanza privada requerirá la superación de un examen en la Universidad por parte de los alumnos³⁵, y que los profesores hayan superado el correspondiente examen de idoneidad.
- La enseñanza de la religión sólo es obligatoria en la primera enseñanza³⁶, y no en la secundaria ni en la universitaria, salvo el estudio del Derecho canónico y de la Teología en las facultades correspondientes³⁷. En la enseñanza secundaria se estudiará *«moral y Derecho natural»*³⁸.

2.- Desde 1833 hasta la Constitución de la Restauración (1876).-

El siguiente periodo, que se iniciará con la muerte de Fernando VII y la reaparición del modelo educativo liberal, se extenderá hasta la Constitución de la

³¹ Artículo 1.

³² *Ibidem*.

³³ Artículos 1 y 3.

³⁴ Artículo 4.

³⁵ Artículo 5.

³⁶ Artículo 12.

³⁷ Artículo 44.

³⁸ Artículo 24.

Restauración, de 1876. Dentro de este periodo se pueden distinguir dos subperiodos separados por la firma del Concordato con la Iglesia católica en 1851.

2.1.- Antes del concordato de 1851: movimiento liberal y liberalismo moderado.-

Este primer subperiodo se inicia con un gobierno liberal progresista que, preocupado por la creciente influencia de la Iglesia especialmente en el campo de la enseñanza, aprueba en 1836 el llamado Plan Duque de Rivas, que contiene las siguientes novedades³⁹:

- Se limita la libertad de enseñanza para crear centros privados, incrementándose la exigencia de requisitos necesarios para la creación y el control del Estado, y se inicia el proceso de estatalización de la enseñanza con el monopolio práctico estatal de la enseñanza universitaria.
- Se abandona el principio de gratuidad absoluta, excluyéndose de ella a las enseñanzas secundaria y superior, y limitándose en la primaria sólo para los niños realmente pobres⁴⁰
- La “generalización” de la enseñanza se entiende predicable únicamente de la enseñanza primaria, quedando excluida la universitaria e incluso la enseñanza secundaria, que se considera dirigida a las clases medias o acomodadas, y se configura como una «enseñanza no terminal, no autónoma, es decir, aparece conceptuada como preparación y camino de la enseñanza universitaria»⁴¹
- Se prohíbe las órdenes y congregaciones religiosas el ejercicio, como tales, de la enseñanza; puesto que se reconoce la posible titularidad del derecho a la creación de centros sólo a las personas físicas⁴².

Con el tiempo, este movimiento se va moderando, y así, cuando los liberales partidarios del entendimiento con la Iglesia católica acceden al gobierno, se

³⁹ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

⁴⁰ Artículo 19.

⁴¹ Puelles Benítez, M., *Introducción a Historia de la Educación en España. II. De las Cortes de Cádiz a la revolución de 1868*. Madrid, Ministerio de Educacion y Ciencia, 1985, p. 47.

⁴² Artículos 24 y 40.

promulgarán la Ley de Instrucción Primaria de 1838 (para enseñanza primaria) y el Decreto por el que se aprueba el Plan Pidal en 1845 (para segunda enseñanza y estudios superiores). Como características de estas regulaciones se podrían señalar las siguientes⁴³:

- En ambas se recorta la libertad de enseñanza privada, incrementándose los requisitos que deben concurrir en los propietarios y directores, los profesores, los locales y los medios materiales necesarios para la creación del centro; exigiéndose, en todo caso, la autorización expresa del gobierno para la creación de centros privados⁴⁴.
- Asimismo, se considera la enseñanza como una competencia del Estado, a quien corresponde el control de la calidad de la enseñanza⁴⁵. Y, consecuentemente, la enseñanza impartida en los seminarios conciliares carecía de validez académica⁴⁶; medida que pretendía el traspaso de alumnos de los seminarios conciliares a los institutos.
- Se insistirá, no obstante, en la importancia de la formación y enseñanzas religiosas tanto en la enseñanza primaria como en la secundaria (no en la universitaria) y se encomienda su control a la Iglesia católica.
- Se restringe más aún la gratuidad de la enseñanza⁴⁷.
- La segunda enseñanza queda tipificada como dirigida únicamente a las clases medias, bien con carácter terminal para luego ejercer una profesión, o bien con carácter de estudios preparatorios para la universidad⁴⁸.
- El Plan Pidal conserva definitivamente el monopolio estatal de la enseñanza universitaria ya que obliga a que los estudios correspondientes a Facultad mayor deban hacerse en los establecimientos públicos dirigidos por el Gobierno, sin lo

⁴³ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

⁴⁴ Puelles Benítez, M., *Introducción a Historia de...*, op. cit., p. 33.

⁴⁵ Asensio Sánchez, M.A., *La secularización...*, op. cit., pp. 57-88.

⁴⁶ Artículos 79 y 80.

⁴⁷ Puelles Benítez, M., *Introducción a Historia de...*, op. cit., p. 29.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 32.

cual no serán válidos para la carrera⁴⁹; desapareciendo, por tanto, las Universidades de la Iglesia.

A pesar de todo, a partir del año 1847 se producen constantes esfuerzos de entendimiento con la Iglesia católica intentado un modelo escolar pactado; lo que implicará que las características antes mencionadas sean modificadas en el sentido contrario:

- Se reducen los requisitos para la creación de centros docentes, con el objetivo de favorecer la enseñanza religiosa.
- Se vuelve a establecer un trato de favor a los seminarios frente al resto de la enseñanza privada, lo que implica la interrupción de la importancia de los institutos en el proceso secularizador.
- Lentamente se hará entrega a la Iglesia del control ideológico de la enseñanza, culminando en el Concordato de 1851, en el que, como final a este periodo de acercamiento, se concede el control de la ortodoxia doctrinal de la enseñanza mediante la entrega a los obispos del derecho de inspección⁵⁰

2.2.- Después del concordato de 1851: modelo católico conservador y modelo liberal progresista.-

2.2.1.- Modelo católico de los conservadores

El Concordato de 1851 tendrá una influencia decisiva desde el punto de vista de la presencia de la Iglesia en el sistema educativo, consagrado en la ley Moyano de 1857. En dicho Concordato, la Iglesia acepta como irreversibles las desamortizaciones y reconoce el régimen liberal, pero a cambio se le otorga un puesto privilegiado en el sistema educativo al hacerle entrega del derecho a inspeccionar la enseñanza⁵¹.

⁴⁹ Artículo 80.

⁵⁰ Artículo 2.

⁵¹ Pacto escolar.

El artículo 2 del Concordato establece que en todos los niveles de enseñanza, tanto pública como privada, la instrucción «*será en todo conforme a la doctrina de la misma religión católica*», encomendándose el control de esa conformidad «*a los obispos y demás prelados diocesanos*». Es más, el Gobierno se compromete facilitar y apoyar a las autoridades eclesiásticas en el ejercicio de su misión⁵².

En este marco se elabora y aprueba la ley Moyano de 1857; que, aparte de potenciar la presencia de la Iglesia católica en el sistema (congruentemente con lo firmado en el Concordato), no añade ninguna novedad en el mismo, sino que hereda la legislación liberal anterior⁵³:

- Restringe la libertad de creación de centros de enseñanza, incrementando los requisitos necesarios para obtener del Gobierno la autorización prescrita⁵⁴.
- La gratuidad se restringe aún más: sólo es aplicable a la enseñanza primaria elemental, que se tipifica como obligatoria⁵⁵ y sólo para aquellos cuyos padres, tutores o encargados demuestren, mediante certificación expedida al efecto por el respectivo cura párroco y visado por el alcalde del pueblo, que no pueden pagarla⁵⁶.
- Se mantiene el monopolio estatal de la enseñanza universitaria⁵⁷.

Sin embargo, como se decía anteriormente, sí que van existen novedades en cuanto a la presencia de la Iglesia Católica en el sistema⁵⁸:

- Al mismo tiempo que se imponen mayores exigencias para la creación de centros privados, se exceptúa del cumplimiento de alguno de esos requisitos a los institutos religiosos.

⁵² Artículo 3.

⁵³ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

⁵⁴ Artículos 149,150 y 151.

⁵⁵ Artículo 7.

⁵⁶ Artículo 9.

⁵⁷ Artículo 155.

⁵⁸ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

De este modo, el artículo 153 habilita al Gobierno para conceder autorización para abrir escuelas y colegios de primera y segunda enseñanza a los institutos religiosos de ambos sexos legalmente establecidos en España cuyo objeto sea la enseñanza pública, dispensando a sus jefes y profesores del título correspondiente⁵⁹ y eximiéndoles del pago de la fianza pecuniaria exigida por el artículo 150.

- La libertad de cátedra, por supuesto, es negada en favor de la fidelidad a la ortodoxia doctrinal de la Iglesia, no sólo en la enseñanza de la religión sino también del resto de las enseñanzas, encomendándose su inspección y vigilancia a los obispos y prelados diocesanos⁶⁰, que si advierten que *«en los libros de texto o en las explicaciones de los profesores se emiten doctrinas perjudiciales a la buena educación religiosa de la juventud»* deberán dar cuenta al gobierno para que instruye el oportuno expediente, pudiendo terminar con la separación del Profesor de su cargo si se prueba que *«infunde en sus discípulos doctrinas perniciosas, o que es indigno, por su conducta moral, de pertenecer al profesorado»*⁶¹.
- La Religión se mantiene como materia básica de estudio tanto en la primera como en la segunda enseñanza⁶².

Esta situación, así descrita, se agravaría aún más con la Ley de Instrucción primaria de 1868 que supuso la máxima intervención de las autoridades eclesiásticas en ese nivel⁶³. Como datos significativos de esta Ley deben resaltarse, entre otros, los siguientes:

- En las poblaciones menores de quinientos habitantes se encomienda la enseñanza al párroco, coadjutor u otro eclesiástico⁶⁴. En el resto, el párroco

⁵⁹ Maestro para el Director de una escuela primaria, licenciado para el de una secundaria y, al menos, el de bachiller para los profesores de esta última.

⁶⁰ Artículo 295.

⁶¹ Artículo 170.

⁶² Artículos 2 y 14.

⁶³ Puelles Benítez, M., *Introducción a Historia de...*, op. cit., p. 43.

⁶⁴ Artículo 1.

posee un derecho de inspección tanto de los conocimientos de los alumnos sobre el catecismo, como de la pureza doctrinal del profesorado⁶⁵, pudiendo suspender al maestro por sus doctrinas nocivas⁶⁶.

- Abre la posibilidad de conferir el estatuto de escuelas públicas a las sostenidas por los escolapios o cualquier otra congregación religiosa cuyo instituto fuese la enseñanza⁶⁷, favoreciendo la enseñanza por estas órdenes y endureciendo los requisitos para la apertura de escuelas seculares⁶⁸.
- Se considera a la doctrina cristiana la «*base de la instrucción primaria*»⁶⁹.
- Los libros de lectura de las escuelas se someten «*a la censura especial de los eclesiásticos*»⁷⁰.
- Para abrir una escuela de educación primaria habrá que acreditar «*buena conducta moral y religiosa*»⁷¹.

2.2.2.- Modelo liberal progresista

Ese mismo año, apenas unos meses más tarde de aprobarse la Ley de Instrucción primaria, tiene lugar la Revolución de 1868 que supuso un decidido paso adelante tanto para la libertad de conciencia en la escuela como para la libertad de enseñanza, en sus vertientes de libertad de creación de centros y de libertad de cátedra⁷².

Por Decreto de 21 de octubre de ese mismo año se abandona el estatismo y se consagra la libertad de creación de centros de tal manera que se concibe la acción del Estado como meramente subsidiaria en relación con la sociedad civil, y a la escuela

⁶⁵ Artículo 17.

⁶⁶ Artículo 54.

⁶⁷ Artículo 12.

⁶⁸ Artículo 31.

⁶⁹ Artículo 17.

⁷⁰ Artículo 29.

⁷¹ Artículo 31.

⁷² Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

pública como una necesidad transitoria⁷³, de manera que el ideal hacia el que hay que caminar es la supresión de la enseñanza pública en cuanto la iniciativa popular sea capaz de dar satisfactoriamente respuesta a las necesidades educativas del país⁷⁴.

En el mismo Decreto se proclama la libertad de cátedra, pudiendo el profesor «señalar el libro de texto que se halle más en armonía con sus doctrinas y adoptar el método de enseñanza que crea más conveniente»⁷⁵, ya que el Estado carece de autoridad bastante para pronunciar la condenación de las teorías científicas, y debe dejar a los profesores en libertad exponer y discutir lo que piensan⁷⁶. Y también se suprime la facultad de teología en las universidades⁷⁷.

Por otra parte, un Decreto del día 14 de octubre ya había dispuesto la derogación de «*todos los privilegios concedidos a la sociedad de religiosas en materia de enseñanza*»⁷⁸, que en adelante quedan sometidas al Derecho común en cuanto a los requisitos necesarios para obtener la autorización para abrir centros docentes.

Estas nuevas orientaciones aparecerán recogidas en la Constitución de 1869, cuyo artículo 21 proclama la libertad de conciencia, religiosa y de culto, el artículo 24 consagra la libertad de creación de centros, y lo mismo hace el art. 17, aunque de forma indirecta, con la libertad de cátedra⁷⁹.

Al mismo tiempo, y por primera vez en la historia constitucional española, quedaba constitucionalizado el derecho de «*todo español a fundar y mantener*

⁷³ Puellas Benítez, M., *Educación e ideología en la España contemporánea*. Barcelona, Labor, 1991, p. 172.

⁷⁴ Preámbulo del decreto de 21 de octubre de 1868.

⁷⁵ Artículo 16.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Artículo 19.

⁷⁸ Artículo 5.

⁷⁹ *Derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante.*

establecimientos de instrucción o de educación sin previa licencia, salvo la inspección de la autoridad competente por razones de higiene y moralidad»⁸⁰.

3.- Periodo de la Restauración (1876 - 1931).-

La Constitución de la Restauración, de 1876, supone la vía media entre la Constitución moderada de 1845 y la progresista de 1869⁸¹, lo cual explica su ambigüedad, especialmente en su artículo 11 cuando, por un lado, se reitera la declaración de confesionalidad, declarando que *«la Religión católica, apostólica y romana es la del Estado»* y, por otro, se proclama no ya la mera tolerancia, sino auténtica libertad de conciencia, aunque limitada, al decir que *«nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas o por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana, no permitiéndose otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado»*.

De esta manera, y derivadas de la ambigüedad de la Constitución, van existir dos puntos de vista diferenciados: los defensores de la escuela confesional católica, que negarán el derecho de libertad de enseñanza en tanto que derecho de libertad de cátedra, pero admitirán la libertad de enseñanza en tanto que libertad de creación de centros, en cuanto permite a la Iglesia crear su propia red de escuelas; y los liberales, que entienden el artículo 11 como libertad total de enseñanza, en la doble dimensión.

Conviene ahora analizar, en este periodo las siguientes tres materias: libertad de cátedra, libertad de creación de centros y enseñanza de la religión.

⁸⁰ Artículo 24.

⁸¹ Puellas Benítez, M., *Educación e ideología...*, op. cit., p. 190.

3.1.- *Libertad de cátedra.-*

La confrontación entre ambas posiciones a propósito de la libertad de cátedra se produce antes incluso de la promulgación de la Constitución. El 26 de febrero de 1875 se dicta una circular por la que se derogan los artículos 16 y 17 del Decreto de 21 de octubre de 1868 (lo que hace que sea acusada de ilegalidad, al derogarse por circular un Decreto que había sido formalmente probado como ley por las Cortes⁸²). Su objetivo es acabar con la libertad de cátedra, que tiene según la circular, dos límites infranqueables: la doctrina católica y la monarquía constitucional.

Para un significativo número de catedráticos que habían hecho de la libertad de cátedra un ideal y una norma de conducta la circular representaba una afrenta intolerable, lo que desembocó en la separación de varios de estos catedráticos de sus cátedras (Nicolás Salmerón Alonso, Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate), a los que se unirían por solidaridad, dimitiendo de sus cátedras Emilio Castelar, Eugenio Montero Ríos y Segismundo Moret, entre otros.

Las aguas volverán a su cauce por la Real Orden Circular de 3 de marzo de 1881 que deroga la anterior y repone en sus puestos a los profesores destituidos, suspendidos y dimisionarios, reafirmando el principio de libertad de la ciencia y de libertad de cátedra, expresando la voluntad del Gobierno de contribuir a la neutralidad de la enseñanza pública. Por tanto, queda así legalmente restablecido el derecho de libertad de cátedra y el carácter neutral de la enseñanza pública; y sólo con la dictadura volverá este derecho a tener limitaciones legales significativas⁸³.

La Real Orden de 15 de enero de 1901, después de afirmar que *«la libertad de la ciencia y los sagrados derechos de la catedral no serán limitados»*, se limitaba a recordar que, en ningún caso, la cátedra oficial puede *«convertirse en centro de propaganda»*, ni *«en tribuna de exposición de doctrinas contrarias a la Constitución»*.

⁸² *Ibidem*, p. 197.

⁸³ *Ibidem*, pp. 269-274.

Y pocos meses más tarde, para evitar posibles interpretaciones de esa Orden en sentido restrictivo de la libertad de cátedra se dictará la Real Orden de 21 de marzo, insistiendo en la concepción amplia de la libertad de cátedra.

Sin embargo, años más tarde, la Real Orden de la Presidencia del Directorio Militar de 13 de octubre de 1925 restringiría al máximo esa libertad, al ordenar a los Rectores de Universidades y a los Inspectores y Directores de centros de enseñanza que vigilarán *«cuidadosamente acerca de las doctrinas antisociales o contra la unidad de la patria que pueda ser expuestas por algunos profesores»* (artículo 1º) o contenidas en libros de texto (artículo 2º), *«procediendo con el mayor rigor a la formación del oportuno expediente, previa suspensión de empleo y medio sueldo, si hubiere indicios suficientes de culpabilidad»* al profesor responsable de esas explicaciones o de la recomendación del texto.

3.2.- Libertad de creación de centros.-

Como se ha expuesto anteriormente, los defensores de la escuela confesional católica, niegan el derecho de libertad de enseñanza en tanto que derecho de libertad de cátedra, pero lo admiten en tanto que libertad de creación de centros, ya que este sentido permite a la Iglesia crear su propia red de escuelas. Por otro lado, los liberales entienden el derecho de libertad de enseñanza en su doble dimensión.

Por tanto, desde ambos puntos de vista, la libertad de creación de centros forma parte (integrante o completa, según la posición) del derecho de libertad de enseñanza. Tanto es así, el que en agosto de 1885 se aprueba un Real Decreto por el que se crea la figura de los centros privados de enseñanza *«asimilados»* a los públicos, con intención de favorecer las pretensiones de la Iglesia privilegiando a sus centros, y atacando, consecuentemente, la libertad de cátedra.

La institución de la asimilación, según el preámbulo del Real Decreto⁸⁴, tenía como objetivo hacer posible que no sólo los individuos, sino también las asociaciones, en concreto las congregaciones religiosas pudiera ser titulares del derecho de libertad de enseñanza a través de la creación de centros.

Así, los estudios aprobados en todos los niveles en los centros libres «*asimilados*» tendrán el mismo valor académico que los cursados en un centro público⁸⁵, sin necesidad de superar un nuevo examen.

Serán asimilados todos los centros que lo soliciten, con tal de que cumplan los requisitos de titulación del profesorado, antigüedad, locales o fianza que se señalan en el artículo 33. Pero no podían ser asimilados⁸⁶ los centros cuyo titular hiciera «*expresa declaración no someterse a la inspección eclesiástica*»⁸⁷, quedando, pues, discriminados los centros de confesionalidad distinta de la católica y los centros laicos.

Meses más tarde, sin haber dado tiempo a su aplicación, este Decreto fue derogado por otro (Decreto de 5 de febrero de 1886) con el que desaparece la figura de los centros «*asimilados*» y en todo caso, se exige que sus alumnos se matriculen en un centro oficial y se examinen ante un tribunal oficial, para que sus estudios tengan valor académico⁸⁸.

3.3.- Enseñanza de la religión.-

La enseñanza de la religión, que había desaparecido de los planes de estudio de bachillerato en 1868, no volverá a aparecer hasta el Plan de estudios de 13 de

⁸⁴ Puelles Benítez, M., *Historia de la Educación en España. III: De la restauración a la II república*. Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1989, p. 67.

⁸⁵ Artículo 41.

⁸⁶ Artículo 39.

⁸⁷ Artículo 17.

⁸⁸ Artículo 2.

septiembre de 1898⁸⁹, implantado por Real Decreto de 25 de enero de 1895, fruto de la negociación de los obispos con el Gobierno⁹⁰. Y aparecerá como una asignatura voluntaria ya que su obligatoriedad, en palabras del propio Decreto, «*vendría a contrariar el espíritu de libertad que inspira el Estado de Derecho en cuanto se refiere a la creencia y a las prácticas religiosas de los residentes en territorio español*».

No obstante, reaparecerá con carácter obligatorio su estudio y la superación del examen correspondiente para obtener el título de bachiller en el Plan de estudios de 1899, y esta situación se conservará en el Plan de estudios del año siguiente⁹¹.

En el Plan de 12 de abril de 1901 volverá a recobrar su carácter voluntario al restablecerse en todo su vigor el Real Decreto de 25 de enero de 1895⁹².

Durante la época de la Restauración, la última modificación que sufriría la enseñanza de la religión será con la dictadura de Primo de Rivera en el Plan Callejo de 25 de agosto de 1926, que mantiene que la asignatura de religión «*no será objeto de examen ni de calificación, pero salvo petición contraria y expresa de los padres, se hace obligatoria la asistencia a clase para todos los alumnos oficiales*»⁹³.

4.- Dictadura de Primo de Rivera (1923-1930), Segunda República (1931-1939) y régimen franquista (1939-1975).-

4.1.- Dictadura de Primo de Rivera.-

La Dictadura utilizará la enseñanza como un medio de ideologización al servicio del régimen, promoviendo el patriotismo y la catolicidad de la enseñanza al tiempo que limita la libertad de cátedra.

⁸⁹ Artículo 3.

⁹⁰ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

⁹¹ Artículo 5.

⁹² Artículo 12.

⁹³ Artículo 4.A.

El control ideológico de la enseñanza pública se manifestará de manera especial, en la Real Orden de 13 de octubre de 1925, sobre propaganda antipatriótica y antisocial⁹⁴.

Y en la misma línea, pero sobre la enseñanza universitaria, se situaba el Real Decreto de 19 de mayo de 1928, alegando sobre los catedráticos que la libre exposición *«análisis y crítica de doctrinas, teorías y opiniones, sería garantizada sin que sea lícito atacar los principios básicos sociales, que son fundamento de la constitución del país, ni a su forma de Gobierno, ni a los poderes, ni autoridades»*⁹⁵.

4.2.- Segunda República: modelo laico.-

Con la Segunda República el proceso de secularización dará un importante paso adelante. La nueva Constitución rompe con la tradición de confesionalidad al declarar en su artículo 3 que *«el Estado español no tiene religión oficial»*, y al consagrar expresamente en su artículo 27 *«la libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión»*.

Pero, si la Constitución fue aprobada el 9 de diciembre de 1931, con anterioridad a esta, el proceso secularizador ya ofrecía indicios de sufrir una marcada evolución ya que, por Decreto de 6 de mayo, la enseñanza de religión en las escuelas dejaba de ser obligatoria en los centros dependientes del Ministerio⁹⁶. Y, días más tarde, la Circular

⁹⁴La disposición primera de la Real Orden señala que: *«Que por los Rectores de las Universidades, como Inspectores natos de todos los Centros Públicos de enseñanza de su demarcación, por los Directores de éstos y por los Inspectores de Primera enseñanza, se vigile cuidadosamente acerca de las doctrinas antisociales o contra la unidad de la Patria que puedan ser expuestas por algunos Profesores o Maestros dentro de sus clases, procediendo desde luego con el mayor rigor a la formación del oportuno expediente, previa la suspensión de empleo y medio sueldo, si hubiera indicios suficientes de culpabilidad»*.

⁹⁵ Artículo 73.

⁹⁶ Durante la dictadura de Primo de Rivera se había establecido la obligatoriedad de la asistencia a la clase de religión.

de 13 de mayo, aclarando la aplicación del Decreto, no hace más que consolidar en el sistema educativo la escuela laica ideológicamente neutra.

Entre otras, las características de esta “nueva escuela” son⁹⁷:

- El reconocimiento de los derechos de libertad de conciencia de niños y maestros.
- La no obligatoriedad de la enseñanza religiosa, pero a la vez reconociendo el derecho de los padres a manifestar su deseo de que sus hijos recibieran enseñanza de religión.
- Los símbolos religiosos solo podrían seguir presidiendo el local donde se impartían las clases cuando el maestro y la totalidad de los padres de los alumnos lo desearan.

Además, la enseñanza será considerada como una función esencial del Estado, optándose así, por un lado, por el «*sistema de escuela unificada*»⁹⁸, de manera que la enseñanza privada se considerará como enseñanza libre que sólo tendrá validez académica si se superan los exámenes correspondientes al final del curso en los centros y ante los tribunales oficiales⁹⁹, y por otro, por la enseñanza laica¹⁰⁰ religiosamente neutral.

La competencia de la Iglesia para controlar la ortodoxia doctrinal de la enseñanza desaparece, quedando a salvo el derecho de las Iglesias para «*enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos*», y siempre «*sujeto a inspección del Estado*»¹⁰¹. Y también se prohíbe a las órdenes religiosas el ejercicio de la enseñanza¹⁰² para evitar una más que probable confesionalización de la escuela¹⁰³.

⁹⁷ Asensio Sánchez, M.A., *La secularización...*, op. cit., pp. 57-88.

⁹⁸ Artículo 48 de la Constitución.

⁹⁹ Puelles Benítez, M., *Educación e ideología...*, op. cit., p. 345.

¹⁰⁰ Artículo 48.5 de la Constitución.

¹⁰¹ Artículo 48 de la Constitución.

¹⁰² Artículo 26.4 de la Constitución.

¹⁰³ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

Por último, es necesario añadir que será en esta Constitución la primera vez que la libertad de cátedra aparezca expresamente constitucionalizada¹⁰⁴; recogida y garantizada, por tanto, por la Constitución.

4.3.- Régimen franquista: modelo confesional.-

Después de la aparente evolución del proceso secularizador, el período franquista supuso lo que algunos autores, como Asensio Sánchez¹⁰⁵ o Llamazares Fernández¹⁰⁶, califican de retroceso a la época de Fernando VII.

Esto implica que, debido a la ideología del franquismo, se va producir en materia de educación, no una ralentización del proceso secularizador, sino una auténtica inversión del mismo, mediante el restablecimiento de la enseñanza confesional.

Durante los años del régimen franquista se pueden distinguir tres periodos desde el punto de vista de la función y protagonismo del Estado en materia educativa:

1. Hasta el año 1945, van existir dos puntos de vista diferenciados en cuanto a quién corresponde el ejercicio de la acción educativa. Por un lado, la Falange concibe la enseñanza como una de las misiones más importantes del Estado; mientras que, por otro lado, la Iglesia sostenía que al Estado tan sólo le correspondía una función subsidiaria, complementando la actuación de las familias y de la propia Iglesia, que es a la que le corresponde el protagonismo en la acción educativa.

No obstante, la Iglesia no reclamará el monopolio de la enseñanza, sino su derecho a crear centros docentes y a inspeccionar, eso sí, tanto la enseñanza pública como la privada. Por tanto, la posición de la Iglesia respecto de la libertad de enseñanza se refiere únicamente a la libertad de creación de centros, no a la libertad de cátedra ni al derecho de otras confesiones o grupos sociales¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Artículo 48.3 de la Constitución.

¹⁰⁵ Asensio Sánchez, M.A., *La secularización...*, op. cit., pp. 57-88.

¹⁰⁶ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

¹⁰⁷ Asensio Sánchez, M.A., *La secularización...*, op. cit., pp. 57-88.

En esta primera etapa prevalecerá, no obstante, la primera de las posiciones (Falange), y a ella responde la Ley universitaria de 1943¹⁰⁸, que sigue asignando de hecho al Estado el monopolio de la enseñanza universitaria.

2. La segunda etapa se inicia con la Ley de Educación Primaria de 1945 que consagra la tesis de la subsidiariedad del Estado que defiende la Iglesia, reconociéndose, por tanto, el derecho primario de las familias¹⁰⁹ y los derechos de la Iglesia a la creación de escuelas primarias y escuelas de magisterio¹¹⁰; reduciéndose, consecuentemente, el papel del Estado a «*proteger y promover la enseñanza primaria en el territorio nacional*» y a «*crear y sostener las escuelas que sean necesarias para el educación de todos los españoles*»¹¹¹.

Esta etapa durará hasta la Ley General de Educación de 1970, y es posible diferenciar dos subperiodos:

- Hasta la década de los sesenta, el Estado reconoce a la iniciativa privada, que es tanto como decir a la Iglesia¹¹², el protagonismo en la educación, incrementándose notablemente a lo largo de esos años la presencia de la Iglesia en el mundo de la enseñanza¹¹³.
- A partir de los sesenta, el Estado va cobrando progresivamente conciencia de que la educación es función suya, y consecuentemente va volcando cada vez más recursos en la enseñanza pública para acabar con la idea socialmente

¹⁰⁸ Mayordomo Pérez, A., *Historia de la educación en España. V: Nacional-catolicismo y educación en la España de la posguerra*. Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1990, pp. 607-665.

¹⁰⁹ Artículo 2.

¹¹⁰ Artículo 3.

¹¹¹ Artículo 4.

¹¹² Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

¹¹³ Especialmente en la enseñanza media, en la que los centros dependientes de la Iglesia llegaron a constituir el 75% de los existentes. (Puelles Benítez, M., *Historia de la educación en España y América. III. La educación en la España contemporánea (1789-1975)*. Madrid, Ediciones SM, 1994, pp. 935 y ss.).

extendida de que la escuela de pago equivalía a la enseñanza de calidad, mientras que la enseñanza gratuita pública era enseñanza para pobres¹¹⁴.

3. Con la Ley General de Educación de 1970 da comienzo la tercera etapa, en la que se consagra el principio de que la educación es función del Estado y se la considera como «*servicio público fundamental a todos los efectos*»¹¹⁵.

En lo que se refiere a libertad de conciencia y libertad de cátedra, es evidente, por lo ya expuesto, que van a estar radicalmente negadas, no sólo por razones políticas, consecuencia de la ideología oficial única, sino también por la confesionalidad doctrinal intolerante del régimen franquista.

De esta manera, se exige de la enseñanza la mayor fidelidad a la doctrina oficial de la Iglesia católica, y se reconoce a esta el derecho de control e inspección de esa ortodoxia. Además, la enseñanza de la religión católica es igualmente obligatoria en todos los niveles, incluido el universitario, y en todos los cursos como materia ordinaria a todos los efectos.

¹¹⁴ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

¹¹⁵ Artículo 3.

III.- LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.-

1.- La libertad de creación de centros.

El artículo 27.5 de la Constitución afirma que es obligación de los poderes públicos garantizar el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. Se configura, de esta manera, la educación como un servicio público cuya prestación corresponde al Estado.

Pero a continuación, en el número 6 de este mismo artículo, se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

De manera que, de lo enunciado por la Constitución, se desprende que pueden ser titulares de los centros docentes, bien un poder público, o bien una persona, física o jurídica, privada.

Si el titular es un poder público, la educación, será entendida como servicio público y prestada directamente por el Estado en un centro público; mientras que si el titular es una persona privada, el servicio se prestará en un centro privado, que a su vez, podrá ser concertado o no concertado¹¹⁶.

La principal diferencia entre enseñanza pública y enseñanza privada, aparte de quién es el titular de los centros, es el carácter obligadamente neutral de la enseñanza pública, y la ausencia de tal obligación de neutralidad en la enseñanza privada; es decir, mientras que los centros privados pueden tener carácter o ideario propio, a los centros públicos tal ideario no les está permitido.

¹¹⁶ Artículo 108 LOE.

Pero esta libertad de creación de centros privados, esta posibilidad de poseer un ideario no es ilimitada, sino que les son aplicables ciertas limitaciones¹¹⁷, que se verán con más detenimiento más adelante:

- El respeto a los derechos fundamentales y la protección de la juventud y de la infancia¹¹⁸.
- El respeto a los principios constitucionales que no consagran derechos fundamentales, pero que cumplen respecto de la educación una función positiva de informar esa actividad.
- El pleno desarrollo de la personalidad humana al que deben orientar los centros la actividad educativa¹¹⁹.

La Constitución apuesta por esta dualidad en el sistema educativo, y lo hace sin distinción alguna en cuanto a qué niveles debe extenderse esta dualidad, por lo que se entienden incluidos todos los niveles educativos incluido el universitario, rompiendo con el monopolio estatal de la enseñanza universitaria vigente desde el plan Pidal de 1845.

De esta manera, la creación y supresión de centros de enseñanza públicos es competencia de la Administración educativa, central o autonómica, en el ámbito de sus respectivas competencias¹²⁰.

Por otro lado, la apertura y funcionamiento de los centros privados se somete al principio de autorización administrativa, de concesión obligada cuando se reúnan los requisitos mínimos¹²¹; requisitos que tienen carácter general, y por lo tanto también son necesarios para los centros públicos, y que se refieren a la titulación académica del

¹¹⁷ Suárez Pertierra, G., *Reflexiones acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario de centro educativo*, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, pp. 625 y ss.

¹¹⁸ Artículo 20.4 CE.

¹¹⁹ Artículo 27.2 CE.

¹²⁰ Artículo 17 LODE.

¹²¹ Artículo 23 LODE.

profesorado, la relación numérica alumno-profesor, las instalaciones docentes y deportivas y el número de puestos escolares¹²².

Además, en todo caso, el Estado se reserva siempre tanto la programación general de la enseñanza¹²³, como la inspección y homologación del sistema¹²⁴ para garantizar a todos la satisfacción de su derecho a la educación y el libre desarrollo de su personalidad.

En cuanto al ámbito universitario, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Universidades admite la existencia tanto de universidades privadas como de universidades públicas; y a continuación, en el artículo 4 establece dos vías para la creación de las universidades públicas y el reconocimiento de las privadas:

- Por Ley de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial hayan de establecerse.
- Por Ley de las Cortes Generales, a propuesta del Gobierno, de acuerdo con el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial hayan de establecerse.

En todo caso, además, para la creación de universidades públicas es necesario informe previo del Consejo de Coordinación Universitaria, en el marco de la programación general de la enseñanza universitaria¹²⁵. También previo informe de este, el Gobierno determinará con carácter general los requisitos básicos para la creación y reconocimiento de las universidades¹²⁶, en los que se contemplarán los medios y recursos adecuados para el cumplimiento de las funciones propias de la Universidad, como pueden ser: la creación, desarrollo, trasmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y la cultura; la preparación profesional; la difusión del conocimiento al servicio de la

¹²² Artículo 14.2 LODE.

¹²³ Artículo 27.5 CE.

¹²⁴ Artículo 27.8 CE.

¹²⁵ Artículo 4.2 LOU.

¹²⁶ Artículo 4.3 LOU.

cultura, de la calidad de vida, y del desarrollo económico; la difusión de conocimiento y cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida¹²⁷.

Únicamente se establecía una excepción a la exigencia de ley de creación o reconocimiento: la Iglesia Católica quedaba eximida de este requisito y podía crear universidades sin mediación de ley. Así se reconocía en la Disposición Adicional Cuarta, y bastaba con el acto de autorización de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de junio de 2013, declaró inconstitucional el inciso “*a excepción de la necesidad de ley de reconocimiento*” de la Disposición Adicional Cuarta, por contraponerse este con el principio constitucional de igualdad¹²⁸. Sin embargo, esta declaración de inconstitucionalidad sólo es eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme.

Por lo tanto, en el caso de que la Iglesia Católica quisiera crear nuevas universidades, la exención con la que contaba hasta la publicación de la sentencia queda ahora sin valor, al haber sido declarada inconstitucional; pero para las universidades ya creadas antes de dicha sentencia, esta declaración de inconstitucionalidad no tiene eficacia alguna.

1.1.- La dirección de los centros privados.-

El derecho de creación o fundación de centros privados que se acaba de ver reconocido en el art. 27.6 de la Constitución incluye el de dirección¹²⁹ de los mismos, y así lo recuerda el último párrafo del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en el que se reconocen expresamente

¹²⁷ Artículo 1.2 LOU.

¹²⁸ STC de 5 de junio de 2013, FJ. 10.

¹²⁹ Suárez Pertierra, G., *Reflexiones acerca de...*, op. cit., pp. 625 y ss.

ambos derechos, de establecimiento y de dirección, como contenido de la libertad de enseñanza y que, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución, obliga a interpretar en ese sentido nuestro texto constitucional¹³⁰.

A su vez, el derecho de dirección comprende lo siguiente¹³¹:

- El derecho al carácter propio y, consecuentemente, a tener un ideario como expresión del mismo¹³².
- La responsabilidad última en la gestión, especialmente mediante el ejercicio de las facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección y del profesorado.
- El límite que supone la libertad de conciencia de profesores y padres y, en especial, de los alumnos¹³³; límite que deberá respetar y tener como principio informador, y que estará formado por valores como los de la tolerancia, el respeto de los derechos fundamentales de los demás y de las normas de convivencia.

Es cierto que el derecho a tener un ideario forma parte del contenido del derecho dirección, como se acaba de afirmar; sin embargo no debe confundirse con este ya que se trata de un derecho autónomo¹³⁴, pero que, al igual que el de dirección, forma parte del contenido de la libertad de creación de centros¹³⁵.

Este derecho está expresamente reconocido en el artículo 115 de la Ley Orgánica de Educación; es, al mismo tiempo, expresión de la libertad de conciencia y de libertad de expresión y de enseñanza del titular; y tiene que estar al servicio, como ya se ha dicho, del libre desarrollo de la conciencia y de la identidad del alumno.

¹³⁰ STC 77/1985, de 27 de junio, FJ. 20.

¹³¹ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

¹³² Artículo 115 LOE.

¹³³ Artículo 115.1 LOE.

¹³⁴ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. 8.

¹³⁵ *Ibidem*.

Es necesario señalar, por supuesto, el derecho establecer un ideario no se limita únicamente a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa, sino que puede extenderse a otros aspectos distintos de esa actividad¹³⁶.

El ideario tiene una función doble:

- Por un lado, informa toda la actividad educativa del centro.
- Por otro lado, facilita a los padres el ejercicio de su derecho a elegir el tipo de escuela que prefieren para sus hijos. El derecho establecer un carácter propio no es puramente instrumental respecto de la elección de los padres, pero sí que está en estrecha relación con ella¹³⁷, de ahí la obligatoriedad de su publicidad a los distintos sectores de la comunidad educativa, así como a cuantos pudieran estar interesados en acceder al mismo.

La matriculación de un alumno en el centro supondrá el respeto del carácter propio del mismo, que deberá respetar a su vez, los derechos de los alumnos y sus familias reconocidos en la Constitución y en las leyes¹³⁸.

Si el ideario debía ser publicitado para facilitar el derecho de padres y alumnos, cualquier modificación en el carácter propio de un centro privado, por cambio en la titularidad o por cualquier otra circunstancia, también 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 siguiente¹³⁹.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el derecho a poseer un ideario no es ilimitado, sino que se encuentra acotado. Entre esos límites, se puede señalar, además del derecho de libertad de conciencia de padres, profesores y, especialmente, de los alumnos; los mismos límites que afectaban a la libertad de creación de centros, lo que

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ STC de 27 de junio de 1985, FJ. 9.

¹³⁸ Artículo 115.2 LOE.

¹³⁹ Artículo 115.3 LOE.

hace necesario que el establecimiento del ideario se someta a la misma autorización administrativa que la creación del centro, ya que forma parte del mismo acto de creación¹⁴⁰.

Además de estos límites, también acotan el derecho al carácter propio de los centros¹⁴¹:

- La subordinación al cumplimiento de la función educativa de formar las conciencias en libertad y para la libertad.
- Los principios y valores constitucionales que han informar de manera positiva toda la actividad educativa, como la formación en el respeto los principios democráticos de convivencia y a los derechos y deberes fundamentales¹⁴².
- El principio de laicidad¹⁴³ como condición de la libertad de conciencia de los alumnos, reduciendo el grado de confesionalidad al mínimo necesario exigido por la realización eficaz de otros derechos en juego.

Es decir, el contenido del ideario no puede traspasar los límites que supongan poner en entredicho el libre desarrollo de la conciencia del alumno; el ideario no puede funcionar como un instrumento de trasmisión de creencias o ideas, sino como un instrumento para dar a conocer esas creencias o ideas. En caso contrario, el ideario se convertiría en una dificultad más para el libre desarrollo de la personalidad del alumno, entrando en contradicción, por tanto, con el art. 27.2 de la Constitución.

1.2.- La financiación de los centros privados y sus contrapartidas.-

Según el art. 27.9 de la Constitución, *los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca*, lo que a juicio del Tribunal Constitucional¹⁴⁴ no puede interpretarse en el sentido de que los poderes públicos estén obligados a *ayudar a todos y cada uno de los centros docentes por el*

¹⁴⁰ STC de 27 de junio de 1985, FJ. 8.

¹⁴¹ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

¹⁴² Artículo 27.2 CE.

¹⁴³ Artículo 16 CE.

¹⁴⁴ STC de 27 de junio de 1985, FJ. 11.

mero hecho de serlo. Por tanto, puede aceptarse como razonable que la obtención de la ayuda se condicione al cumplimiento de requisitos que *responden a principios, valores o mandatos constitucionales como la gratuidad de la enseñanza*¹⁴⁵, *el establecimiento de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas*¹⁴⁶, *la distribución equitativa de la renta regional o personal*¹⁴⁷ o la participación de padres, profesores y alumnos en el control y gestión de los centros¹⁴⁸.

Así, el Estado condiciona la financiación pública de la enseñanza privada a que esta garantice el cumplimiento de los fines que le asigna el texto constitucional respecto al libre desarrollo de la personalidad y de la conciencia de los alumnos. Se trata de evitar que los fines y objetivos de la educación privada puedan menoscabar o entrar en contradicción con los objetivos señalados en la Constitución.

Lo obligado para los poderes públicos es la satisfacción del derecho a la educación para todos con independencia de cuáles sean sus creencias, religiosas o no; de manera que la enseñanza, sea pública o sea privada, tenga el grado de neutralidad ideológica y religiosa suficiente para que no choque con la libertad de conciencia ni de los alumnos ni de los padres. Satisfecha esta necesidad, es constitucionalmente legítimo pasar a financiar la enseñanza privada.

Sin embargo, para acogerse al régimen de financiación pública es necesario que los centros privados formalicen con la Administración educativa el correspondiente concierto¹⁴⁹. De ahí que los centros privados financiados con fondos públicos reciban el nombre de centros concertados.

En el concierto se establecerán, por el Gobierno, los aspectos básicos de este, referentes al cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación y en las normas que le sean de aplicación de la

¹⁴⁵ Artículo 27.4 CE.

¹⁴⁶ Artículo 9.2 CE.

¹⁴⁷ Artículo 40.1 CE.

¹⁴⁸ Artículo 27.7 CE.

¹⁴⁹ Artículos 116 y 117 LOE.

presente Ley; a la tramitación de la solicitud, la duración máxima del concierto y las causas de extinción; a las obligaciones de la titularidad del centro concertado y de la Administración educativa; al sometimiento del concierto al derecho administrativo; a las singularidades del régimen del profesorado sin relación laboral; a la constitución del Consejo Escolar del centro al que se otorga el concierto y a la designación del director¹⁵⁰.

En virtud del concierto, los poderes públicos se comprometen a financiar la actividad docente de los centros concertados mediante una cantidad global, fijada en los presupuestos anuales del Estado o de la Comunidad Autónoma, que tenga en cuenta el módulo correspondiente a cada unidad escolar, distinguiendo en él dos partidas, la destinada al pago del personal docente, incluidos los gastos sociales, y la destinada a otro personal u otros gastos¹⁵¹.

Los salarios del personal docente serán abonados por la Administración al profesorado como pago delegado y en nombre de la titularidad del centro, de manera que, aunque pagados directamente por la administración, con quien mantiene en relación laboral no es con esta, sino con el centro¹⁵².

Los centros concertados mantienen su derecho a tener un ideario y carácter propios al igual que el resto de centros privados, siempre dentro de los límites de la libertad de enseñanza ya analizados y, en todo caso, con un respeto absoluto la libertad de conciencia de padres, profesores y, sobre todo, de alumnos.

Pero es la financiación de la enseñanza confesional con fondos públicos¹⁵³ la que plantea problemas de composición con la laicidad. Es evidente que no cabe dudar de su constitucionalidad, pero el Estado debe extremar las cautelas con el fin de evitar los

¹⁵⁰ Artículo 116.3 LOE.

¹⁵¹ Artículo 117 LOE.

¹⁵² Artículo 117.5 LOE.

¹⁵³ Suárez Pertierra, G., *Reflexiones acerca de...*, op. cit., pp. 625 y ss.

riesgos que podría suponer para la consecución de los objetivos que asigna a la educación el art. 27.2 de la Constitución.

Por su parte, la financiación pública de los centros concertados tiene contrapartidas que merman su autonomía respecto de los centros privados. Así, puede decirse, que financiación pública y autonomía del centro respecto del Administración educativa están en relación inversa¹⁵⁴. A continuación se analizarán los supuestos más significativos de limitaciones que supone la financiación pública.

1.2.1.- Gratuidad de la enseñanza.-

La primera de las obligaciones de los centros concertados es impartir gratuitamente la enseñanza, para evitar la discriminación de los alumnos. Por tanto, sus actividades no pueden tener carácter lucrativo¹⁵⁵ y queda prohibido el cobro de cantidad alguna por actividades complementarias, extraescolares o servicios que en todo caso tendrán carácter voluntario, excepto que se cuente con la debida autorización de la Administración educativa correspondiente¹⁵⁶.

Estas limitaciones no afectan, por su parte, a los centros privados no concertados, que gozan de autonomía para definir su régimen económico¹⁵⁷

1.2.2.- Proyecto educativo.-

La segunda obligación es el proyecto educativo, obligatorio tanto para centros concertados como para centros públicos. Se trata de la norma básica de estos centros, informa toda su acción educativa y, por tanto, todas sus actividades docentes, complementarias, extraescolares y demás servicios; motivo por el cual deberá hacerse público para dar información y orientación a los padres, y a los mismos alumnos, sobre

¹⁵⁴ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. 6.

¹⁵⁵ Artículo 51.1 y 2 LODE.

¹⁵⁶ Artículo 51.3 LODE.

¹⁵⁷ Artículo 25 LODE.

los centros¹⁵⁸, facilitando así el ejercicio de su derecho a elegir el tipo de educación y centro que prefieren.

Para su elaboración deberán tenerse en cuenta las características del centro y su entorno escolar, así como las necesidades educativas de los alumnos¹⁵⁹; y la aprobación del mismo corre a cargo del Consejo Escolar¹⁶⁰, teniendo en cuenta las propuestas del Claustro de Profesores de los aspectos relativos a la organización y planificación docente¹⁶¹.

El contenido del proyecto educativo está integrado por los siguientes elementos¹⁶²:

- Principios constitucionales, entre ellos el de laicidad que excluye el adoctrinamiento, así como los objetivos y fines de la educación señalados en el art. 27.2 de la Constitución y en el artículo 2 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación.
- Los objetivos, prioridades y procedimientos de actuación, teniendo en cuenta las características del entorno escolar, y las necesidades educativas específicas de los alumnos.
- El ideario o carácter propio del centro¹⁶³ que, en todo caso, deberá respetar la consecución de los objetivos educativos y la realización de los principios y valores constitucionales¹⁶⁴.

1.2.3.- Autonomía de los centros.-

Cuando la Ley Orgánica de Educación regula la autonomía de los centros, claramente diferencia tres tipos de autonomía: autonomía pedagógica, que sea concreta

¹⁵⁸ Artículo 121.3 LOE.

¹⁵⁹ Artículo 121.2 LOE.

¹⁶⁰ Artículo 127.a) LOE.

¹⁶¹ Artículo 129.a) LOE.

¹⁶² Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

¹⁶³ Cuando se trate de un centro concertado; ya que los centros públicos no tienen ideario.

¹⁶⁴ Suárez Pertierra, G., *Reflexiones acerca de...*, op. cit., pp. 625 y ss.

en la elaboración y aprobación del proyecto educativo del centro¹⁶⁵; autonomía organizativa, que se concreta en la elaboración por el equipo directivo de la programación general anual que deberá ser aprobada por la Administración educativa, y en la aprobación del reglamento de régimen interior¹⁶⁶; y autonomía de gestión económica¹⁶⁷.

Para los centros privados no concertados, el reconocimiento de autonomía es pleno, tienen un amplio margen de actuación, y así aparece recogido en el artículo 25 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación: “(...) *los centros privados no concertados gozarán de autonomía para establecer su régimen interno, seleccionar su profesorado de acuerdo con la titulación exigida por la legislación vigente, elaborar el proyecto educativo, organizar la jornada en función de las necesidades sociales y educativas de sus alumnos, ampliar el horario lectivo de áreas o materias, determinar el procedimiento de admisión de alumnos, establecer las normas de convivencia y definir su régimen económico*”.

Sin embargo, los centros concertados se asemejan más al modelo público, ya que desde un principio se les impone como obligatorio contar, al menos, con un Director, como órgano unipersonal, y con Consejo Escolar y Claustro de Profesores, como órganos colegiados. Además, a continuación, se especifican las facultades del Director, quedando así recortada la autonomía del titular para la elaboración del régimen interior del centro¹⁶⁸

Pero, al comparar los ámbitos de autonomía de los diferentes centros (públicos, privados y concertados), pueden encontrarse, además de lo ya dicho, otras diferencias destacables, que se proceden a explicar a continuación.

¹⁶⁵ Artículo 121 LOE.

¹⁶⁶ Artículos 124 y 125 LOE.

¹⁶⁷ Artículos 122 y 123 LOE.

¹⁶⁸ Artículo 54 LODE.

1.2.3.1.- Designación y cese del Director.-

En los centros privados la competencia de designación y cese del Director del centro corresponde al titular del mismo.

Mientras que para los centros públicos, la Ley Orgánica de Educación establece un procedimiento que consiste en un concurso de méritos entre los profesores que reúnan unos determinados requisitos previos, y atribuye la competencia para resolver esos concursos a una comisión constituida, por un lado, por representantes de las Administraciones educativas, y por otro, en una proporción mayor del treinta y menor del cincuenta por ciento, por representantes del centro correspondiente. De estos últimos, al menos el cincuenta por ciento lo serán del Claustro del profesorado de dicho centro¹⁶⁹. El mandato del Director durará cuatro años¹⁷⁰.

Por su parte, los centros privados concertados han experimentado una mejora en cuanto a su autonomía en este ámbito, con la nueva Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa, lo que se traduce en un fortalecimiento de la figura del titular del centro y en su acercamiento al modelo de los centros privados.

Antes de esta, la designación del Director se producía por acuerdo previo entre el titular del centro y el Consejo Escolar, adoptada la decisión de este último por mayoría absoluta de sus miembros; y en caso de desacuerdo, era designado por el Consejo Escolar de entre una terna de profesores propuesta por el titular. El cese seguía un proceso similar que requería, también, el acuerdo del titular con el Consejo Escolar.

Sin embargo, con la modificación que supone la nueva Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa, ahora la designación del Director la realiza el titular del centro, previo informe (no acuerdo) del Consejo Escolar del centro, que será adoptado por mayoría de sus miembros.

¹⁶⁹ Artículo 135 LOE.

¹⁷⁰ Artículo 136 LOE.

El mandato del director tendrá una duración de tres años. No obstante lo anterior, el titular podrá destituir al director antes de la finalización de dicho plazo cuando concurren razones justificadas de las que dará cuenta al Consejo Escolar del centro¹⁷¹.

La situación, por tanto, en la que quedan los centros concertados es bastante más beneficiosa para estos, o mejor dicho, para su titular, con respecto a la legislación anterior.

1.2.3.2.- Contratación y despido del profesorado.-

Para el titular de los centros privados no concertados la contratación y despido de los profesores es totalmente libre, queda a su entera disposición, eso sí, siempre dentro del marco de la legislación laboral vigente y de la legislación educativa específica en cuanto al cumplimiento de los requisitos de cualificación profesional dispuestos para cada nivel educativo.

Sin embargo, en los centros públicos los profesores son funcionarios públicos que acceden al cuerpo impuesto correspondiente por oposición y concurso público en el que han de tener primacía como condiciones las de mérito y capacidad para asegurar que el acceso se realice en condiciones de igualdad, como exige la Constitución¹⁷².

Por su parte, en los centros concertados, el acceso de los profesores ha de hacerse también por concurso público en el que se tengan especialmente en cuenta las condiciones de mérito y capacidad. Es competencia del Consejo Escolar del centro aprobar las normas y condiciones del concurso, pero la selección de candidatos y la resolución del mismo con arreglo a esos criterios es competencia del titular y del Director del centro¹⁷³.

¹⁷¹ Artículo 59 LODE.

¹⁷² Artículo 23.2 y 103 CE.

¹⁷³ Artículo 60 LODE.

Sin embargo, cuando se pasa a analizar el despido de los profesores vuelve a ser necesaria la comparación con la legislación anterior, ya que también ha influido en este ámbito la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa.

Antes de esta modificación, el despido de un profesor por el titular del centro requería el acuerdo favorable del Consejo Escolar, adoptado por mayoría absoluta de sus miembros. En caso de resultar ese acuerdo desfavorable al despido, debía reunirse una Comisión de conciliación¹⁷⁴ que debía decidir sobre el despido por unanimidad. Sólo si esta unanimidad era imposible, quedaba el titular del centro en libertad para decidir, siempre con arreglo a la legislación laboral vigente, y sujeto al examen del caso por la instancia jurisdiccional competente que, si apreciaba la violación del derecho de libertad de conciencia del profesor, declaraba el despido afectado por nulidad radical, lo que obligaba al titular del centro a readmitir al profesor despedido.

Sin embargo, con la modificación introducida por la nueva ley, desaparece la necesidad del acuerdo favorable del Consejo Escolar, que en esta materia no queda ni siquiera como órgano de asesoramiento, y no se hace ninguna otra mención relativa al despido de profesores. Por tanto, se ha de suponer que el despido de profesores por parte de los titulares de los centros concertados se asemeja más, de nuevo, al modelo de los centros puramente privados, con la consiguiente pérdida de la garantía y seguridad laboral por parte del profesorado de estos centros.

Sin embargo, habrá que suponer, eso sí, que deberá realizarse el despido siempre con arreglo a la legislación laboral vigente, y sujeto al examen del caso por la instancia jurisdiccional competente que, si aprecia el despido improcedente, obligará a readmitir al profesor despedido. Y si el titular del centro, a pesar de existir sentencia que declara el despido improcedente, insiste en el despido, se estará produciendo un incumplimiento leve del concierto¹⁷⁵, con las consecuencias derivadas de tal incumplimiento¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Compuesta por el titular del centro, un representante del Consejo Escolar y otro de la Administración educativa (artículo 61.2 LODE).

¹⁷⁵ Artículo 62.1.c) LODE.

1.2.3.3.- Participación de la comunidad escolar.-

Los centros privados son plenamente libres para establecer o no, en sus reglamentos de régimen interior, órganos a través de los cuales se canalice la participación de la comunidad educativa¹⁷⁷.

Sin embargo, en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, la propia Constitución impone como obligada la participación de profesores, padres y, en su caso alumnos¹⁷⁸. De ahí, que en los centros concertados se considere obligada, al igual que en los centros públicos, la existencia de un Consejo Escolar a través del cual se pueda hacer real y efectiva esa participación¹⁷⁹; eso sí, con la pérdida de todas las competencias esenciales que poseía con la legislación anterior, puede apreciarse hasta ahora, y pasando a ser un mero órgano consultivo en la mayor parte de los casos¹⁸⁰.

1.2.3.4.- Admisión de alumnos.-

Los centros privados no concertados tienen total autonomía para determinar el procedimiento de admisión de alumnos que les parezca más oportuno¹⁸¹, así que, se puede apreciar de nuevo la total libertad de la que gozan los centros puramente privados.

Sin embargo, ahora sí, los centros concertados se someten a las mismas normas en el proceso de admisión de alumnos que los centros públicos¹⁸².

¹⁷⁶ Artículo 62.4 LODE.

¹⁷⁷ Artículo 26.1 LODE.

¹⁷⁸ Artículo 27.7 CE.

¹⁷⁹ Artículo 54.1.b) y 55 LODE.

¹⁸⁰ Sus capacidades de “establecer”, “elaborar”, “aprobar” o “supervisar” elementos importantes de la actividad del centro, se limitan ahora a “favorecer”, “participar”, “informar” o “proponer”.

¹⁸¹ Artículo 25 LODE.

¹⁸² Artículo 84 LOE.

Cuando no existan plazas suficientes, el proceso de admisión se registrá por los siguientes criterios prioritarios, sin que ninguno de ellos tenga carácter excluyente¹⁸³:

- existencia de hermanos matriculados en el centro,
- padres, madres o tutores legales que trabajen en el mismo,
- proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de alguno de sus padres, madres o tutores legales,
- renta per cápita de la unidad familiar y condición legal de familia numerosa
- concurrencia de discapacidad en el alumno o alumna o en alguno de sus padres, madres o hermanos

No obstante lo anterior, en los procedimientos de admisión de alumnos y alumnas en centros públicos y concertados que impartan Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria o Bachillerato, cuando no existan plazas suficientes, tendrán prioridad aquellos alumnos y alumnas que procedan de los centros de Educación Infantil, Educación Primaria o Educación Secundaria Obligatoria, respectivamente, que tengan adscritos.

Asimismo, tendrán prioridad en el área de escolarización que corresponda al domicilio o al lugar de trabajo de alguno de sus padres, madres o tutores legales aquellos alumnos y alumnas cuya escolarización en centros públicos y privados concertados venga motivada por traslado de la unidad familiar debido a la movilidad forzosa de cualquiera de los padres, madres o tutores legales, o a un cambio de residencia derivado de actos de violencia de género¹⁸⁴.

Los centros sostenidos con fondos públicos, ya sean centros públicos o concertados, están obligados a admitir alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo, en la proporción que la Administración educativa correspondiente señale y reservando, para ello, parte de las plazas de estos centros¹⁸⁵.

¹⁸³ *Ibidem.*

¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ Artículo 87 LOE.

El incumplimiento por parte del titular de cualquiera de las obligaciones enumeradas se considera incumplimiento del concierto¹⁸⁶; el cual dará lugar al apercibimiento por parte de la Administración educativa competente si no se trata de incumplimientos graves, y la posibilidad de multa si no se subsana el incumplimiento, llegando, incluso, a la rescisión del concierto cuando el cumplimiento sea muy grave.

2.- La libertad de cátedra.

Para llegar a comprender el significado de la libertad de cátedra es necesario analizar los detalles de dicha libertad; concretamente, cuando se trata de esta materia, varios son los interrogantes que pueden surgir, entre ellos: ¿cuál es la relación con el derecho de libertad de conciencia, tanto del profesor como, sobre todo, del alumno o, incluso, de sus padres?, ¿frente a quién es esgrimible la libertad de cátedra: frente a los poderes públicos, y por tanto la escuela pública, o también frente a los particulares, o escuela privada?, ¿quién es el titular de la libertad de cátedra, los profesores de todos los niveles o únicamente los profesores universitarios? y ¿qué relación tiene con el derecho del titular del centro y con el ideario o carácter propio del mismo?

El derecho de libertad de cátedra aparece consagrado en el artículo 20.1.c) de la Constitución, y no en el art. 27 (como los derechos que se han visto hasta ahora), seguramente, como consecuencia de la dificultad de su articulación con el ideario de los centros, como parte del contenido del derecho de creación de centros educativos¹⁸⁷. Será el Tribunal Constitucional quien realizará posteriormente esa operación de articular ambos derechos en su sentencia de 13 de febrero de 1981.

¹⁸⁶ Artículo 62 LODE.

¹⁸⁷ Llamazares Fernández, D., *Derecho de la...*, op. cit., pp. 57-207.

Aunque parte de la doctrina ha realizado interpretaciones que pretendían reducir la titularidad del derecho únicamente a los profesores universitarios¹⁸⁸, el Tribunal Constitucional ha entendido que son titulares de este derecho los profesores de todos los niveles; y no solo los de los centros públicos, sino también de los centros privados, pudiendo entrar, por tanto, en conflicto con la libertad del titular del centro y con su carácter propio sin que pueda decirse a priori cuál de ellos prevalecerá.

La relación entre libertad de cátedra y carácter propio del centro fue regulada por primera vez en la Ley Orgánica por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE), y la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE), que derogaba a la anterior. La primera, subordinaba la libertad de cátedra a la libertad del titular del centro¹⁸⁹, pero en la LODE es justamente lo contrario: el carácter propio del centro tiene su límite en los derechos de profesores, padres y alumnos garantizados por la Constitución.

El mismo patrón sigue la Ley Orgánica de Calidad de la Educación (LOCE), que deroga el artículo 22 de la LODE, y que vuelve a regular el carácter propio de los centros privados *respetando, en todo caso, los principios constitucionales y los derechos reconocidos a profesores, padres y alumnos*¹⁹⁰.

Sin embargo, ninguno de esos derechos es absoluto, y entre ellos se limitan mutuamente, siempre respetando su contenido esencial, prevaleciendo en unos casos uno y en otros, otro.

¹⁸⁸ En ese sentido, Martínez Sospedra, M., *Aproximación al derecho constitucional español*, en *La constitución de 1978*, Ed. a cargo de Fernando Torres, Valencia, 1980, p. 46; y también Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 353.

¹⁸⁹ En el preámbulo de la LODE se resume así: “Sin embargo, el desarrollo que del artículo 27 de la Constitución hizo la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, ha supuesto un desarrollo parcial y escasamente fiel al espíritu constitucional (...) al privilegiar desequilibradamente los derechos del titular del centro privado sobre los de la comunidad escolar, supeditando la libertad de cátedra al ideario (...)”.

¹⁹⁰ Artículo 73 LOCE.

En algunos aspectos puede que *el respeto los derechos de padres, profesores y alumnos (...) suponga una restricción del derecho del titular a fijar el carácter propio del centro. En otros, (...) el ejercicio por el titular de su derecho establecer el carácter propio del centro actúa necesariamente como límite de los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad escolar –padres, profesores y alumnos–, de otro modo quedaría privado de todo contenido real el derecho establecer el carácter propio del centro*¹⁹¹. La solución de estos conflictos *habrá de buscarse a través de la jurisdicción competente y, en último término en cuanto haya lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, de este mismo Tribunal (Tribunal Constitucional) por la vía de amparo, y no mediante el establecimiento apriorístico de una doctrina general*¹⁹².

La libertad de cátedra se trata, por tanto, de una libertad cuyo contenido se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente que se detente, y sus características dependen de la naturaleza pública o privada del centro y del nivel educativo del puesto docente¹⁹³.

2.1.- La libertad de cátedra en los centros públicos.-

En la libertad de cátedra se puede distinguir un doble contenido: el contenido negativo y el contenido positivo.

El contenido negativo de la libertad de cátedra implica que al profesor no se le puede imponer, por parte de los poderes públicos (ya que se está hablando de centros públicos), la acomodación de sus enseñanzas a una doctrina oficial, cualquiera que sea el nivel o grado en que está situado el puesto docente.

¹⁹¹ STC 77/1985, de 27 de junio, FJ. 9.

¹⁹² STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. 10.

¹⁹³ *Ibidem*, FJ. 9.

Por su parte, el contenido positivo de la libertad de cátedra posibilita al profesor para orientar su enseñanza de acuerdo con sus propias convicciones, pero su amplitud no es uniforme en todos los niveles; es más amplio en el nivel superior (universitario) pero va disminuyendo gradualmente en los niveles inferiores. Esta reducción gradual es una consecuencia lógica; primero, porque en la medida en que se desciende de nivel es mayor la intervención de la autoridad competente en la fijación de contenidos y medios pedagógicos en perjuicio de la libertad de elección del profesor, y segundo, porque el grado de madurez y de conocimientos de los alumnos supone que el profesor no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones, bajo pena de incurrir en el adoctrinamiento y, consecuentemente, en una falta a la libertad de conciencia de los alumnos y su derecho de ser formados en libertad y para la libertad¹⁹⁴.

Así definida, la libertad de cátedra en los centros públicos tiene su límite en el obligado respeto a la neutralidad ideológica y religiosa de la enseñanza pública, dado que el sistema jurídico político español está basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y en la aconfesionalidad del Estado y, por tanto, todas las instituciones públicas, especialmente los centros docentes, han de ser ideológicamente neutrales. Pero no sólo los centros en cuanto tales, sino que todos y cada uno de los profesores están obligados a adoptar en su labor docente una actitud neutral, lo que no quiere decir que estén obligados a renunciar a sus propias convicciones, sino que tan sólo deben renunciar a todo tipo de adoctrinamiento y, de acuerdo con sus propias convicciones y en la medida que lo permita el nivel de enseñanza, sus explicaciones han de ser lo más objetivas y respetuosas posible con cualesquiera otras orientaciones ideológicas, escrupulosamente respetuosas con la libertad de conciencia de los alumnos y de sus padres¹⁹⁵.

¹⁹⁴ En este sentido se pronuncia Tomás y Valiente en su voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero, cuando dice que *el grado de madurez personal de los destinatarios de la enseñanza y el nivel científico de los conocimientos que a ellos se han de transmitir condicionan la amplitud de la libertad que cada profesor puede ejercer*.

¹⁹⁵ *Ibidem*, FJ. 9.

2.2.- La libertad de cátedra en los centros privados.-

En los centros privados, la libertad de cátedra de los profesores tiene un similar contenido negativo al ya visto, tanto en relación con los poderes públicos, como en relación con los titulares de los centros, y supone que en ningún caso puede imponerse al profesor la obligación de seguir una orientación ideológica determinada en sus enseñanzas, lo que implicaría no sólo una negación de la libertad de conciencia y de la libertad de cátedra de los profesores, sino también de la libertad de conciencia de padres y alumnos.

Lo ya analizado en cuanto a la modulación gradual según los niveles de enseñanza es también predicable del aspecto positivo de la libertad de cátedra en los centros privados, pero interesa ahora examinar cómo puede quedar limitado el derecho de libertad de cátedra por el respeto debido al carácter propio de los centros privados.

Evidentemente, y como ya se ha analizado anteriormente, uno de los límites del ideario del centro es el principio de laicidad. La neutralidad ideológica y religiosa ni excluye ni niega el ejercicio por parte del titular del centro de su libertad de conciencia y, por tanto, de programar la enseñanza e informar la labor educativa del centro de acuerdo con sus convicciones. Pero ocurre lo mismo con el ejercicio de la libertad de cátedra del profesor y, por tanto, el ideario no puede ser un ataque ni abierto ni solapado a otras convicciones. Consecuentemente, la solución a la que se llegue debe permitir que tanto el ejercicio de la libertad de enseñanza del titular del centro como el ejercicio de la libertad de cátedra del profesor sean reales y efectivos.

2.2.1.- Durante las actividades académicas.-

Lógicamente, los profesores que coincidan con el carácter ideológico del centro tienen mayor facilidad para acomodar sus explicaciones a sus propias convicciones; pero los profesores que no tengan tal coincidencia ideológica tienen uno de los límites

del ejercicio de su libertad docente en el carácter propio del centro, y no sólo en la neutralidad como sucedía en los centros públicos.

Sin embargo, del mismo modo que el respeto a la neutralidad no excluía la expresión de las propias convicciones, con la debida discreción según los niveles de enseñanza, tampoco le excluye el deber de respeto al ideario, que juega únicamente respecto de la libertad de los profesores una función negativa: excluye los ataques abiertos o solapados al ideario del centro, pero en ningún caso exige la conformidad o la manifestación de conformidad con él; es decir, no obliga *ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinaba y se ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor*¹⁹⁶.

De este modo, la libertad de cátedra de los profesores de los centros privados es tan plena como la de los profesores de los centros públicos; lo que tiene prohibido el profesor es influir en la formación religiosa y moral de los alumnos, o dicho de otro modo, tiene prohibido el adoctrinamiento. Y no bastan para caer en el mismo *las simples y aisladas discrepancias a propósito de algún aspecto del ideario del centro que disponga el profesor al filo de sus actividades escolares, siempre que las manifieste razonadamente, con oportunidad y en forma adecuada a la edad y grado de conocimiento y madurez de sus alumnos*¹⁹⁷.

Además, de las palabras el Tribunal Constitucional, que habla de ataques abiertos o solapados¹⁹⁸ hacia el ideario, parece desprenderse que la intencionalidad es un requisito necesario para apreciar la existencia de la contradicción. Sólo en tal caso se daría causa justa para el despido procedente del profesor, y en todo caso, la prueba correspondería al titular del centro.

¹⁹⁶ *Ibidem*, FJ. 10.

¹⁹⁷ Voto particular del Magistrado Tomás y Valiente a la sentencia de 13 de febrero de 1981.

¹⁹⁸ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. 10.

2.2.2.- Durante las actividades extraacadémicas.-

La posición que mantiene el Tribunal Constitucional español en cuanto a la colisión de las actividades extraacadémicas con el ideario del centro es, que mientras estas sean lícitas tal contradicción no constituye causa suficiente de despido procedente ya que la relación de servicio entre profesor y centro no se extiende, en principio, a las actividades realizadas por este al margen de su función docente en el centro¹⁹⁹.

Sin embargo, *eventualmente* dice el Tribunal Constitucional, estas actividades pueden llegar a motivar el despido del profesor, y son tres los criterios utilizados para determinar si se da causa justa de despido o no: notoriedad, naturaleza de la actividad e intencionalidad, que pueden convertir estas actividades extraacadémicas en parte importante, incluso decisiva, de la labor educativa que tiene encomendada el profesor. Lo que no queda claro es si deben concurrir simultáneamente los tres criterios, sólo dos, o basta con la presencia de cualquiera de ellos por separado.

Cuando se habla de notoriedad, parece claro que ésta se refiere al ámbito de la comunidad escolar, es decir, padres (dada la función del ideario de darles a conocer un determinado tipo de educación para facilitar su elección de centro) y alumnos (dada la importancia que tiene la imagen que se hace de la personalidad del profesor y su percepción de la coherencia entre lo que hace y lo que enseña).

Por otro lado, naturaleza de la actividad ha de entenderse en relación con la función docente concreta que desarrolla el profesor, ya que sólo en ese caso podría ser relevante la colisión con el ideario, si tal actividad afecta negativamente a esa función concreta.

De ser así las cosas, parece razonable pensar en la necesidad de que tanto la notoriedad como la naturaleza de la actividad concurren simultáneamente, ya que los efectos negativos no se producirán si esa actividad extradocente del profesor es

¹⁹⁹ *Ibidem*, FJ. 11.

desconocida por la comunidad escolar, ni tampoco si, dada su naturaleza, no tiene incidencia alguna en la actividad docente del mismo.

En cuanto a la intencionalidad de atacar o entrar en contradicción con el ideario, aunque raramente se dará, en principio, parece que no puede constituir justa causa de despido si no es en concurrencia con alguno de los dos criterios anteriores o con ambos, por los motivos ya mencionados.

No obstante, para Tomás y Valiente sólo las conductas realizadas en el centro en el cumplimiento de la propia función docente pueden ser contrarias al ideario y fundar una justa causa de despido; en ningún caso las conductas llevadas a cabo al margen de la instrucción escolar, cualquiera que sea su notoriedad, su naturaleza o la intencionalidad del profesor²⁰⁰.

Y tal parece ser la solución más razonable desde el punto de vista de la consecución del objetivo fundamental de la educación (el libre desarrollo de la personalidad y la formación de las conciencias de los alumnos en libertad y para la libertad) puesto que no parece armonizable con este objetivo la manifestación excluyente de intolerancia que supone un despido con tal fundamento, actitud intolerancia que sería incompatible con los principios fundamentales de la Constitución, en concreto con la formación en la tolerancia a que obliga el artículo 27.2.

Y lo mismo ocurre tomando como perspectiva el derecho de libertad de conciencia del profesor, ya que su conducta no es más que, en ejercicio de tal libertad, realizar una actividad perfectamente legítima desde el punto de vista del Derecho estatal.

Además, el problema se agudiza cuando esas actividades extradocentes no son otra cosa que el ejercicio de derechos fundamentales o, al menos, constitucionalmente reconocidos, como pueden ser el matrimonio civil, el divorcio, la interrupción legal del embarazo, la afiliación a determinado partido político o sindicato, o la concurrencia a

²⁰⁰ Voto particular del Magistrado Tomás y Valiente a la sentencia de 13 de febrero de 1981.

sus reuniones o manifestaciones, etc. En estos supuestos parece indiscutible la posición que toma Tomás y Valiente, que sostiene que el ejercicio de derechos fundamentales o libertades públicas no puede ser considerado como contrario al ideario, ni ser justa causa de rescisión del contrato; ni siquiera aunque los profesores por respeto al ideario hayan renunciado a derechos o libertades fundamentales o se hayan comprometido a ejercer algunos de estos en favor de una opción determinada o en detrimento de otras, lo que sería, por otro lado, contrario a la Constitución.²⁰¹

3.- El derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El art. 27.3 de la Constitución consagra, como una de las vertientes de la libertad de enseñanza, el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Ya se ha visto que además de este significado, la libertad de enseñanza comprende también la libertad de creación de centros y la libertad de cátedra; contenidos ambos que, como se desprende de la evolución histórica ya analizada, siempre se han tenido en cuenta (tanto para suprimirlos, como para reconocerlos), en claro contraste con el derecho que ahora nos ocupa, que no ha sido reconocido como tal hasta épocas recientes.

Sin embargo, actualmente, y debido a toda la normativa que incide directa o indirectamente tanto en el derecho a la educación, como en la libertad de enseñanza, así como en la regulación de los derechos de los menores, y debido también a casos excepcionales como el que aparece en la STC 154/2002, o también llamado “caso de Marcos Alegre”, es necesario analizar el sentido e interpretación que se da a este derecho de los padres en diferentes textos normativos, para a continuación analizar si pueden existir otras interpretaciones que mejor se adapten tanto a los derechos de los padres como de los hijos.

²⁰¹ *Ibidem.*

3.1.- El artículo 27.3 de la Constitución española de 1978.-

El derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones aparece regulado en el art. 27.3 de la Constitución del siguiente modo: *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.*

La interpretación resultante a la luz de este artículo parece clara, sin embargo interesa destacar el recurso al Derecho internacional, al que frecuentemente se ha acudido para interpretar el significado de los derechos fundamentales; y concretamente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 30 de abril de 1977 y en vigor en nuestro ordenamiento desde el 27 de julio de ese mismo año.

De entre todos los textos que pueden ser citados²⁰², este sirve especialmente para el propósito buscado (la interpretación del artículo 27.3 de la Constitución), puesto que es durante el año siguiente a la entrada en vigor del Pacto cuando se elabora y aprueba la Constitución española de 1978. Por lo tanto, parece lógica la incidencia de este Pacto en la elaboración del texto constitucional y, en concreto, en la redacción del artículo 27.3, dada la similitud entre este y el art. 18.4 del Pacto²⁰³, como puede comprobarse a continuación:

²⁰² Vid. el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), art. 9; el Protocolo núm. 1 de 20 de marzo de 1952, art. 2; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, art. 13.3; la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera del Enseñanza, adoptada del 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para el Educación, la Ciencia y la Cultura, art. 5.1.b; la Resolución, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992, arts. 8.25 y 8.27; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000, arts. 14.3 y 24.1.

²⁰³ También existen similitudes con otros textos, entre ellos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.3: *Los Estados partes en el presente pacto o se comprometen a*

- Art. 18.4 PIDCP.- *Los Estados partes en el presente Pacto o se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*
- Art. 27.3 CE.- *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.*

Atendiendo a la literalidad del articulado es posible entender que el derecho constitucional reconocido a los padres sobre la educación religiosa y moral de sus hijos, implica un derecho a imponer su modelo religioso a estos mientras se encuentren en periodo formativo o educativo y sean menores de edad²⁰⁴.

respetar la libertad de los padres y, en su caso de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza y hacer que sus hijos o pupilos reciban educación religiosa moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones; la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su undécima reunión, celebrada en París, del 14 de noviembre al 15 de diciembre de 1960, en su art. 5.1.b) dice: Los Estados partes en la presente convención convienen (...) b) En que debe respetarse la libertad de los padres o, en su caso, de los tutores legales, 1º de elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza que no sean los mantenidos por los poderes públicos, pero que respeten las normas mínimas que puedan fijar o aprobar las autoridades competentes, y 2º de dar a sus hijos, según las modalidades de aplicación que determine la legislación de cada Estado, la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones; en que, además, no debe obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones.

²⁰⁴ Así dice Bercovitz Rodríguez-Cano, en su breve comentario crítico a la STC 154/2002, de 18 de julio de 2002: “Los padres que hayan adoctrinado debidamente a sus hijos en creencias religiosas contrarias a la protección de su vida o de su salud tendrán la garantía de que esas creencias predominan en su caso sobre la salud y la vida de aquéllos. Bastará con que no autoricen actuación médica necesaria y se nieguen a intervenir a favor de la misma. Lo que conduce a colocar la vida de los menores a merced de las creencias religiosas de sus padres”, (*Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y de la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores*, en: “*Aranzadi civil*”, núm. 11, setiembre, 2002, pp. 1985-1987).

En dicho comentario subyace la idea de que se ha impuesto mediante adoctrinamiento el modelo religioso de los padres. Si eso es cierto, la voluntad del menor no se formó libremente, para después decidir sobre

Este derecho, que se ha venido suponiendo como contenido del conjunto de facultades paternas, plantea un claro problema de confluencia de libertades. Pero no sólo eso, sino que también plantea problemas en su proyección concreta en el ámbito educativo cuando se pretende derivar de aquel derecho constitucional un derecho a que se imparta una asignatura de enseñanza religiosa determinada, como una asignatura integrada en el sistema educativo²⁰⁵.

Además, el problema se amplía cuando parece la exigencia de que en dicha asignatura de enseñanza religiosa determinada venga acompañada como una asignatura alternativa obligatoria para los que no sigan la enseñanza religiosa. Es más, los que mantienen esta tesis es su sentido más radical, haciendo una particular interpretación literal del texto constitucional, llegan a defender que esa alternativa debe ser de formación moral. Y hay que reconocer que los primeros desarrollos normativos, se logra tal pretensión puesto que en las primeras órdenes ministeriales de 1979, 1980 y 1982 como alternativa de la enseñanza de la religión se implantó una asignatura de Ética.

No obstante, aun admitiendo como tal ese derecho de los padres en relación con la formación religiosa de sus hijos, ello no comporta una obligación de asumir ninguna alternativa por los que no opten por la enseñanza religiosa, ya que el ejercicio de un derecho por parte de alguien no puede comportar carga alguna para el que, teniendo también ese mismo derecho, no quiere ejercerlo²⁰⁶.

su salud de libertad. Algo que sólo puede ser evitado si se salvaguarda, desde sus inicios, el proceso de formación libre de la conciencia en todos los ámbitos.

²⁰⁵ Cubillas Recio, *La enseñanza de...*, op. cit., pp. 157-219.

²⁰⁶ En este sentido, la STS de 31 de enero de 1997, dice en su Fundamento de Derecho 2º: “(...) *nadie (...) está legitimado por la Constitución para imponer a los demás la enseñanza de cualesquiera otras religiones o sistemas morales dependientes de las convicciones o creencias personales (...) ni nadie que vea satisfecha la pretensión de que sus hijos reciban enseñanza de una determinada religión o convicción moral está legitimado por la Constitución para imponer a los demás la enseñanza de cualesquiera otras religiones o sistemas morales dependientes de las convicciones o creencias personales, ni desde luego, es titular de un derecho fundamental a que se les imponga a terceros una obligación de tal naturaleza, en el*

Atendiendo los textos citados parece que, además de haber la posibilidad de interpretar que existe un derecho de los Padres e imponer su modelo religioso a sus hijos durante la época en que éstos forman su conciencia y personalidad, existe una clara conexión entre este derecho de los padres y el derecho de educación. Lo que ya no está tan claro es que de esa conjugación pueda derivarse la consecuencia de que tal derecho se convierta en un derecho a un tipo de educación equiparable a modelo educativo; de forma que, o existen distintos modelos educativos en función de las creencias religiosas de los individuos y, por tanto, la posibilidad de elegir entre una pluralidad de ellos, o si sólo hay un único modelo educativo para todos, este debe integrar, como elemento del mismo, la enseñanza de la religión²⁰⁷.

Pues bien, teniendo en mente ese interrogante, sí parece razonable pensar que el modelo educativo debe coger unos mínimos para todos, independientemente de ideologías o religiones; pero además puede admitir algo que no sea necesariamente exigible a todos, y se trate, por tanto, de algo añadido. Es decir, el modelo educativo puede permitir aquello que complementa los mínimos, como pueden ser elementos culturales religiosos, éticos y estéticos, pero en ningún caso algo que sea incompatible con los mínimos exigidos.

Así, el modelo educativo español diseñado por la Constitución exige como objetivo y, por tanto, como contenido mínimo, los valores constitucionales prescritos artículo 27.2, a saber, el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales²⁰⁸;

caso de que consideren que el contenido ordinario y obligatorio de la enseñanza es suficiente para atender a las exigencias de conducta y conocimientos morales que quieren para sus hijos” (R.597). El mismo criterio puede verse en la STS de 26 de enero de 1998 (R.919).

²⁰⁷ Cubillas Recio, *La enseñanza de...*, op. cit., pp. 157-219.

²⁰⁸ Sobre la fijación constitucional del objetivo de la educación, ver Suárez Pertierra, G., *Reflexiones acerca de...*, op. cit., pp. 625 y ss; y sobre el objeto de la educación en el sistema, ver Llamazares Fernández, D., *Educación en valores y enseñanza religiosa en el sistema educativo español*, en *Interculturalidad y educación en Europa* (ed. a cargo de Suárez Pertierra, G. y Contreras Mazarío, J.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 395-422.

y todo lo que sea incompatible con estos no puede considerarse integrado en el modelo educativo.

Por tanto, puede entenderse que un determinado elemento religioso confesional no debe admitirse como un elemento integrante del modelo educativo que se ofrece a todos, por su incompatibilidad con los elementos básicos comunes del mismo modelo²⁰⁹, ya que entre estos debe contarse con la libertad de conciencia de los destinatarios de la educación.

En resumen, y visto todo lo anterior, lo único que desprendemos de manera clara de este artículo 27.3 son interrogantes: ¿el derecho reconocido a los padres implica una asignatura de su religión integrada en el sistema educativo?; de admitirse como tal, ¿sería equiparable a las demás?; ¿exige establecer una alternativa obligatoria para todos aquellos que no elijan la asignatura de religión?; ¿sería obligatoria la elección de los padres?; ¿tendría algún interés la voluntad del alumno?; ¿una voluntad determinante del alumno no desplazaría la voluntad de los padres?; y si no fuera así, ¿no se estaría desplazando el derecho de libertad de conciencia del alumno, para dar más importancia al derecho de los padres?; en tal caso, ¿cuál sería el fundamento para desplazar ese derecho: la patria potestad o la libertad de conciencia de los padres?

3.2.- El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 1979.-

El 3 de enero de 1979 el gobierno de España firma junto con el Vaticano cuatro Acuerdos mediante los que se reformaba el Concordato de 1953, firmado por el gobierno franquista bajo los principios del nacionalcatolicismo, para adaptarlo a la nueva aconfesionalidad del Estado, proclamada por la Constitución de 1978.

Entre esos cuatro, se encontraba el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales que a continuación va a ser analizado.

²⁰⁹ Llamazares Fernández señala el choque que se produce entre un enseñanza religiosa confesional, que transmite creencias y valores que reclaman la adhesión interna del alumno, y los valores derivados de las señas de identidad del estado social y democrático de derecho, por ejemplo, con la laicidad y la neutralidad ideológica y religiosa (*Educación en valores y enseñanza...*, op. cit., pp. 395-422.)

Poco tiene que decir el Acuerdo en cuanto al derecho de los padres a la formación religiosa de sus hijos, ya que su articulado, así como la discusión doctrinal, se centra, fundamentalmente, en la enseñanza de la religión católica y su equiparación a las demás asignaturas, y en el profesorado de religión y su situación laboral²¹⁰.

En su Preámbulo se alude al reconocimiento, por el Estado, del derecho fundamental a la educación religiosa y se hace mención de los pactos internacionales que garantizan el ejercicio de este derecho; y en cuanto la Iglesia, se dice que “*debe coordinar su misión educativa con los principios de libertad civil en materia religiosa y con los derechos de las familias y de todos los alumnos y maestros evitando cualquier discriminación o situación privilegiada*”, de manera que solo interpretando ampliamente las expresiones utilizadas se puede entender implícito en esos *derechos de las familias* el derecho de los padres sobre la formación religiosa y moral de sus hijos.

Después, únicamente en el artículo I aparece mencionado el derecho de los padres del siguiente modo: “*A la luz del principio de libertad religiosa, la acción educativa respetará el derecho fundamental de los padres sobre la educación moral y religiosa de sus hijos en el ámbito escolar*”; mientras que en el artículo II se regula que la enseñanza de la religión católica no tendrá carácter obligatorio para los alumnos, garantizándose sin embargo el derecho a recibirla.

Y poco más se puede extraer, en relación con este derecho de los padres, de este Acuerdo de 1979. Sin embargo, sí se puede afirmar que es en este Acuerdo donde un supuesto derecho de la Iglesia encontraría su más fuerte argumento jurídico acerca de la enseñanza religiosa en el sistema educativo²¹¹, ya que serviría de base a esta para considerarse sujeto con derecho a impartir la enseñanza religiosa en el sistema educativo estatal²¹². Y lo cierto es que en el Acuerdo se contempla una regulación de la

²¹⁰ Artículos II, III y VII del Acuerdo, fundamentalmente.

²¹¹ Cubillas Recio, *La enseñanza de...*, op. cit., pp. 157-219.

²¹² Como objeción, se ha alegado que: “*Este derecho (de los padres respecto de la educación religiosa de sus hijos) corresponde única y exclusivamente a los padres, que son los sujetos principales mientras que*

enseñanza religiosa que comprende desde la competencia de la Iglesia para señalar sus contenidos, hasta la propuesta de los profesores que deben de impartirla en los distintos niveles educativos.

Sin embargo, el fundamento del Acuerdo no es ya el derecho de la Iglesia, sino que la misma Iglesia ha venido pronunciándose acerca de quién es el sujeto de ese derecho a recibir enseñanza religiosa, pasando de considerar como su derecho el de impartir enseñanza religiosa, a fundamentar ese derecho en el derecho fundamental de los padres a que sus hijos reciban, tal como se dice en el artículo I del Acuerdo.

Así, la Conferencia Episcopal Española comenzaba su documento aprobado el 24 de abril de 2001 en la LXXVI Asamblea Plenaria diciendo que: *“El fundamento primero de la presencia y tratamiento adecuado de la formación religiosa en la escuela está en el art. 27.3 de la Constitución española”*. Pero además, la misma Conferencia Episcopal Española²¹³, afirma que: *“la enseñanza religiosa (...) es un derecho fundamental del niño y del adolescente, del que deriva el derecho de los padres a exigir que se dé o no a sus hijos la formación religiosa en la escuela, y a que se les eduque en una u otra confesión religiosa”*.

las Iglesias, como sujetos colectivos el derecho de libertad religiosa, participan en la garantía y eficacia de este derecho de los padres” (Ribes Suriol, A.I., *La no discriminación de los alumnos opten o no por la enseñanza de la religión*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol.57, núm.158, 2000, pp. 153-171).

Pero no parece distinto el criterio de la Iglesia, tal y como reflejan las palabras de quien ostentó su representación a uno de los más altos niveles jerárquicos: *“Otro ámbito de presencia que la Iglesia quiere reafirmar y renovar es el de la enseñanza a través de la clase de religión y moral católica, al servicio de los padres de familia que libremente lo soliciten, y, por supuesto, también de la Escuela Católica. La regulación de esta enseñanza en el Acuerdo de la Santa Sede y el Estado español de tres de enero de 1979, respetar y garantiza fielmente el derecho fundamental de los padres que establece y les reconoce la Constitución española en lo referente a la educación religiosa y moral de sus hijos en el espacio escolar”* (Rouco Varela, A.M., *Discurso inaugural de la LXXVII Asamblea Plenaria, Madrid 19-23 noviembre de 2001*).

²¹³Conferencia Episcopal Española, *Orientaciones Pastorales sobre la Enseñanza Religiosa Escolar*, Madrid, 11 de junio de 1979.

Por tanto, a la luz de estas declaraciones, no solo decaería un supuesto derecho de la Iglesia, sino también el derecho de los padres, que derivaría del derecho fundamental del niño y del adolescente. Consecuentemente, se reconoce que el sujeto del derecho fundamental lo es el niño y adolescente, y derivadamente los padres, pero no del mismo derecho fundamental, sino del derecho a exigir libremente que se dé o no a sus hijos la formación religiosa en la escuela.

3.3.- La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.-

A lo largo de la Historia del menor ha pasado de ser considerado como “*objeto sometido a una potestad rigurosa*” a ser concebido como un “*sujeto de derechos - también de deberes- pero sobre todo, y con especial hincapié, sujeto de derechos fundamentales*”²¹⁴. Y el mayor reflejo de esta afirmación se alcanza a partir de la dimensión internacional de la protección del menor, o lo que es lo mismo, con la Convención, de 1989, sobre los Derechos del Niño.

Esta Convención va a tener especial incidencia en la relación paterno-filial puesto que va a otorgar un nuevo estatus al menor, un estatus más favorable para este en todos los sentidos. Interesan en este punto los artículos 5, 12, 13.1, 14.1 y 2, y 18.1 de la Convención, pues la redacción de estos refleja, por sí misma, el cambio en las relaciones paterno-filiales, mostrando el traslado del protagonismo del *pater* al *filius* cuando se trata de la persona de este o de los derechos personales del mismo.

Artículo 5.- *Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*

²¹⁴ López Alarcón, M., *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas*, Anales de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 15, 1997, pp. 323-344.

Artículo 12.- 1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

2. *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

Artículo 13.- 1. *El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.*

Artículo 14.- 1. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

2. *Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.*

Artículo 18.- 1. *Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*

De la lectura de estos artículos, se pueden extraer las siguientes valoraciones:

1. Se reconoce al niño²¹⁵ la posibilidad de formar su propia conciencia en el grado que en cada momento le permitan su edad y madurez, conforme se desprende de los artículos 5, 12.1, 13.1 y 14.1. Pero no se trata sólo de que se reconozca al

²¹⁵ Artículo 1 de la Convención.- *Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

niño, o menor de dieciocho años, la titularidad originaria del derecho de libertad de conciencia, sino que debe entenderse también reconocida la titularidad en el ejercicio de los derechos que la Convención le reconoce; eso sí, siempre en función de la edad y madurez del niño.

2. Los derechos reconocidos al niño lo son tanto para una aplicación “normal” del Derecho, como para una aplicación “anormal”, es decir cuando interese su defensa en un procedimiento judicial o administrativo, según se desprende del art. 12.2; y no sólo directamente, asegurando su intervención a través de ser escuchado o de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten, sino también mediante una intervención *por medio de un representante o de un órgano apropiado*.
3. En cuanto a la patria potestad, los artículos 5 y 14.2 no sólo subordinan esta a los derechos del niño, sino que le atribuyen una función instrumental respecto del ejercicio mismo de los derechos reconocidos en la Convención; y en el caso de *la libertad de pensamiento de conciencia y de religión*, esto se concreta en la función de *guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades*.

3.4.- El Código Civil.-

Volviendo de nuevo la vista a la legislación nacional, y habiendo analizado ya la internacional que incide sobre el tema que se está tratando, conviene prestar especial atención a dos normas: por un lado, el Código Civil, y la Ley Orgánica de Protección jurídica del Menor, por otro.

La minoría de edad ha venido siempre vinculada a la institución de la patria potestad, de forma que una mirada histórica a la precedente legislación civil sobre la institución de la patria potestad permite ver la transformación en las relaciones paterno-

filiales de la que se viene hablando y, consiguientemente, en los derechos de los padres sobre los hijos cuando éstos son menores²¹⁶.

Antes de la reforma de 1981, el Código Civil en su Título VII del Libro I recogía como epígrafe el enunciado: “*De la patria potestad*”. Y establecía el artículo 154, como lo que se podría llamar el principio rector de la relaciones paterno-filiales, que “*El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre*”.

Se entendía, por tanto, la potestad del padre sobre el hijo entendida como una autoridad.

Este sentido de autoridad venía correspondido por el art. 156 cuando mantenía que “*El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren*”.

Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el visto bueno del Juez, para que la detención se realice”.

Y se complementaba con las facultades reconocidas en los artículos 158, de “*levantar la detención cuando lo estimen oportuno*”, y 155.2, de “*corregirlos y castigarlos moderadamente*”.

No obstante, después de la reforma de 1981 la patria potestad y las relaciones paterno-filiales cambiarán en el sentido que se indica a continuación.

²¹⁶ De ningún modo se quiere decir con esto que las relaciones paterno-filiales se confundan con la patria potestad, puesto que aquéllas subsisten sin esta (Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo I. Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 287).

En primer lugar, la patria potestad sigue recogida en el Título VII del Libro I, pero ahora se recoge como epígrafe el enunciado: “*De las relaciones paterno-filiales*”.

De su articulado se desprende todavía alguna reminiscencia atenuada de lo que podría entenderse como un poder sobre los hijos menores. Así puede entenderse de la terminología utilizada, por ejemplo, en el artículo 154: “*Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. (...) Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad.*” O también el artículo 155 cuando se establece que “*Los hijos deben: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre*”.

Sin embargo, a pesar de estas reminiscencias, se introducen elementos que configuran un nuevo Derecho de Menores, en el que se ve claramente afectada la patria potestad, pudiendo ser agrupados en dos grupos, según afecten a esta directa o indirectamente.

De este modo, la patria potestad queda afectada directamente cuando:

- El ejercicio de la patria potestad se vincula al beneficio de los hijos, “*de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica*”²¹⁷
- Se establece un nuevo criterio entendiéndolo a los mismos hijos o menores como sujetos primarios de derechos y obligaciones, que se sostiene sobre la base de un “*suficiente juicio*” alcanzado por el menor²¹⁸;
- Este “*suficiente juicio*” del menor impone el deber de requerir su consentimiento para celebrar contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales²¹⁹;
- El menor no emancipado retiene el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos “*con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez*”²²⁰.

²¹⁷ Artículo 154 CC.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ Artículo 162 CC.

²²⁰ Artículo 157 CC.

Mientras que queda indirectamente afectada cuando:

- Se le impone al juez el deber de oír al hijo “*si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años*”²²¹ cuando se produzca un desacuerdo entre los progenitores en cuanto al ejercicio de la patria potestad.
- Se le impone al juez el deber de oír al hijo que tuviera suficiente juicio y, en todo caso, al que fuera mayor de doce años, cuando deba decidir al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad cuando los padres vivieran separados y no decidieran al respecto o de común acuerdo²²².
- Según el artículo 158, se prevé un sistema de protección del menor que puede instar él mismo.

Además, es necesario señalar especialmente uno de los supuestos que el Código Civil exceptúa de la representación legal, atribuida a los padres que ostentan la patria potestad de los hijos menores no emancipados.

Se trata del art. 162.1, que dice así: “*Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*”.

Con este supuesto de exclusión del contenido de la representación legal que tienen los padres sobre los hijos bajo su patria potestad, no se está haciendo otra cosa más que reafirmar los derechos personalísimos del menor, cuya titularidad y ejercicio ostenta el propio sujeto, de manera que no pueden ser cedidos ni siquiera a quien ostenta la representación legal del resto de actos no exceptuados; idea que concuerda perfectamente con la derivada de la Constitución sobre dichos derechos²²³, la que se impone, como se verá más adelante, en la Ley Orgánica de Protección jurídica del Menor y, desde luego la que se deriva de la Convención de 1989. Razón que permite

²²¹ Artículo 156 CC.

²²² Artículo 159 CC.

²²³ Artículo 10.1 CE.

afirmar, por tanto, que la libertad religiosa, al tratarse de un derecho personalísimo, no admite representación alguna²²⁴.

Si a la atenuación que ha sufrido la institución de la patria potestad se le añaden las excepciones previstas en relación con la representación legal, las funciones de los padres, dentro de su patria potestad, encajarían en una especie de poder de guarda y custodia cuyo contenido sea proteger al menor frente a cualquier agresión que pueda sufrir por parte de terceros o de él mismo²²⁵.

3.5.- La Ley Orgánica de Protección jurídica del Menor.-

Queda, por último, analizar la incidencia que tiene la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor tanto para la interpretación del artículo constitucional 27.3, como para el resto del ordenamiento que verse sobre las relaciones paterno-filiales.

Esta Ley Orgánica tiene como precedente la Convención de 1989, que tendrá una particular incidencia en su redacción.

Considerará al menor como sujeto titular de derechos y deberes, alcanzando esa titularidad el ejercicio de los mismos. Y además limita el derecho y el deber de los padres a una cooperación, con el fin de que el menor ejerza la libertad ideológica, de conciencia y religión, de modo que contribuya a su desarrollo integral.

Es el artículo 6 el encargado de regular la libertad ideológica del menor, y lo hace en los siguientes términos:

1. *El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.*

²²⁴ En este sentido, Serrano Postigo, C., *Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español*, en *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense, 1983, pp. 805-828; y también Rivero Hernández, F., *Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos* (Comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo), en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 245-300.

²²⁵ Cubillas Recio, *La enseñanza de...*, op. cit., pp. 157-219.

2. *El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.*
3. *Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.*

Todo en este artículo recuerda a la regulación que hace la Constitución en los artículos 16.1 y 27.3. Así, el art. 6.1 de la Ley Orgánica se corresponde con el artículo 16.1 de la Constitución, diferenciándose de este en que explicita la titularidad del derecho de libertad del menor.

No había necesidad, por tanto, de repetir algo que ya se entendía incluido en la Constitución, ya que en esta se reconocía la libertad para todos, también para los menores.

Pero el apartado que más interés tiene, dentro de ese artículo 6, es el tercero, por el cambio sustancial que supone en el significado del derecho de los padres en relación con la libertad de conciencia de sus hijos. Se dice, en este apartado que la función de los padres para con la libertad de conciencia de sus hijos es “*cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral*”. La finalidad de esta cooperación no es otra que hacer posible y eficaz el ejercicio de un derecho, cuya titularidad, tanto del derecho como del ejercicio del mismo, la ostenta el menor, con el fin último de lograr el desarrollo integral del propio menor.

3.6.- Propuesta de nuevo planteamiento.-

Después de haber analizado toda la normativa que ya se ha visto es necesario concluir que el apartado tres del artículo 27 de la Constitución necesita una interpretación distinta²²⁶ de la que se ha venido haciendo hasta ahora, no tanto por la

²²⁶ Nótese que se dice “interpretación distinta” y no “modificación”, ya que tal y como está ahora redactada permitiría ser interpretada de la manera distinta que se pretende hacer ver con este estudio, con

confrontación directa de toda la normativa a la que ya se ha hecho referencia con la propia Constitución, como por la nueva manera de entender la patria potestad en el nuevo marco de las relaciones paterno-filiales.

Si, como se ha visto que se recoge en la normativa analizada, la titularidad de la libertad de conciencia y de su ejercicio la ostenta el menor, y la función de los padres, respecto de este derecho y ejercicio, se concreta en la función de guía y cooperación para que sean eficaces, con el objetivo final del desarrollo integral del menor, la consecuencia no puede ser otra que la de contar con la voluntad del menor como presupuesto obligatorio; voluntad que, por otro lado, requiere un nivel de formación en libertad para ser considerada como verdadera voluntad.

Ahora bien, ¿cuándo se alcanza ese nivel de formación exigido? Pues, lo cierto es que no hay un tiempo o regla fijos que permitan determinarlo objetivamente, pero sí se tienen en cuenta dos criterios: “suficiente juicio” y “edad”.

Y, como también se ha visto, si lo que se trata es de confrontar la patria potestad y la libertad de conciencia de los menores, conviene tener en cuenta que los derechos personalísimos del menor no entran dentro del contenido de la patria potestad, y no hay mayor derecho personalísimo que la libertad de conciencia, la cual no conoce tiempo ni edad, precisamente, por descansar en la misma dignidad de la persona²²⁷.

De producirse, pues, un conflicto entre la libertad de conciencia de los padres y la libertad de conciencia de los hijos menores, en orden a la educación religiosa de estos, no cabe ninguna duda de que la opción especialmente protegida es la de la libertad de los menores.

motivo de la evolución que han tenido las relaciones paterno-filiales en general, y en concreto, las relacionadas con la libertad de conciencia de los hijos.

²²⁷ Llamazares Fernández lo expresa en los siguientes términos: “*En la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad está la fuente originaria de todos los derechos fundamentales (...). La raíz ontológica de la dignidad humana es su capacidad para decidir libremente, incluso sobre sí mismo, y su fundamento psicológico la autopercepción como tal; la persona se considera digna en la medida en que se percibe decidiendo y ejercitando su libertad de acuerdo con sus convicciones*” (*Educación en valores y enseñanza...*, op. cit., pp. 395-422).

En resumen, el ejercicio de la patria potestad no fundamenta la adopción de decisiones sobre la libertad de conciencia del menor, interpretando lo que más conviene a su interés, porque si se hace esto, se estará extralimitando el contenido de esta institución, que no alcanza a ese derecho fundamental, ni otorga la potestad de discernir acerca de lo que más conviene en esa materia al interés del menor, además de contravenir las normas ya analizadas.

De todo ello se deriva algo muy claro: el desplazamiento de la decisión unilateral de los padres acerca de la educación religiosa de sus hijos, a estos mismos o en colaboración con estos, sobre la base siempre de que los titulares son estos y no los padres; lo que debe tenerse en cuenta para la interpretación del artículo 27.3 de la Constitución.

Alcanzadas las conclusiones anteriores, únicamente quedarían dos cuestiones para concluir el estudio de este tema:

- Primero, si ese derecho de los padres, que permanece explícito en la Constitución, tiene alguna operatividad en relación con la formación religiosa y moral de sus hijos, o simplemente quedaría vacío de contenido, de aceptarse el cambio de significado.
- Y segundo, cómo y en qué intensidad contribuye ese derecho a la ubicación de la enseñanza religiosa en el ámbito educativo.

Respecto de la primera cuestión, hay que decir que el art. 27.3 de la Constitución seguiría resultando operativo en el sentido de que los poderes públicos garanticen a los padres la no impartición de una formación religiosa y moral, en el ámbito educativo, que entre en conflicto con sus convicciones; siempre y cuando esas convicciones no pueden sustituirse por las de los hijos, o lo que es lo mismo, mientras las convicciones de los hijos no sean esas otras con las que entran en conflicto las de los padres. Pero para esto último, habría que esperar a que el menor alcance la madurez necesaria para decidir libremente sobre su opción religiosa, sin perjuicio de que ésta se le pueda suponer a partir de una determinada edad.

Respecto de la segunda cuestión, el protagonismo que adquiere la voluntad del menor para concretar su libertad de conciencia en una determinada opción religiosa supone la voluntariedad que debe regir en esta materia, lo que no ocurre con ninguna otra del sistema educativo, ya que esta se hace depender de unos criterios tan personales como son las creencias y convicciones propias.

Por tanto, no parece lo más coherente que la enseñanza de la religión, como hecho confesional, se integre en el sistema educativo español como una asignatura más del mismo, sin que cuente de forma terminante la voluntad de los propios destinatarios. Y ni qué decir tiene respecto de cualquier alternativa obligatoria a esa enseñanza, en caso de que esta sí forme parte del sistema educativo español, ya que el ejercicio de un derecho por parte de alguien no puede comportar carga alguna para el que, teniendo también ese mismo derecho, decide ejercitarlo de una manera negativa, es decir, no ejercitándolo.

IV.- CONCLUSIONES ALCANZADAS.-

Tras el detallado estudio que se ha realizado del sistema educativo español y su evolución histórica y, más concretamente, de la libertad de enseñanza reconocida en la Constitución, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Sobre el proceso secularizador de la enseñanza.-

- 1.1. La política religiosa del Estado condicionará la política educativa. De modo que cuando se siga por el Gobierno una política anticlerical, se restringirá la presencia de la Iglesia en la enseñanza, bien prohibiendo la enseñanza de las órdenes y congregaciones religiosas, o bien dificultando esta en beneficio de la pública. Si, por el contrario, la política resulta de acercamiento a la Iglesia, su posición en el sistema educativo resultará privilegiada
- 1.2. El proceso secularizador mantiene, fundamentalmente, dos líneas de desarrollo:
 - a) La creación de un sistema educativo frente al sistema privado
 - b) El traslado, aunque no uniforme, del control ideológico de la enseñanza de la Iglesia al Estado
- 1.3. La libertad de enseñanza, en su triple vertiente, nace como consecuencia del proceso secularizador.
- 1.4. La libertad de creación de centros será un reclamo constante por parte de la Iglesia, frente al monopolio estatal de la enseñanza; y dependiendo de la época histórica y de la política religiosa de dicha época, esta libertad será concedida de manera más o menos amplia.

La enseñanza por las órdenes religiosas ha ido variando a lo largo del tiempo. En la primera mitad del siglo XIX se les prohibió ejercer la enseñanza; el Concordato de 1851 les reconoce el derecho a establecerse en España pero con

carácter restrictivo²²⁸; durante la Segunda República se les prohibirá enseñar; y finalmente, con el franquismo, recibirán un trato más favorable. No obstante, el resumen de todo ello es que los gobiernos conservadores favorecerán la enseñanza religiosa, mientras que los gobiernos liberales defenderán la enseñanza pública frente a la privada.

1.5. La libertad de cátedra será consecuencia de la secularización del pensamiento, y, como antes, también va a ser reconocida, o no, en función de la etapa histórica que se analice y, sobre todo, en función de la ideología política imperante en dicha etapa.

1.6. Por último, el derecho de los padres a educar a los hijos conforme a sus propias convicciones también será consecuencia del proceso de secularización, tanto por la consagración del principio de tolerancia religiosa²²⁹, como sobre todo a partir de la Segunda República, donde se percibe una mayor participación de estos en la enseñanza y en la llamada “nueva escuela”, o escuela laica ideológicamente neutra.

2. Sobre la libertad de creación de centros.-

2.1. Pueden ser titulares de los centros docentes, bien un poder público, o bien una persona privada, física o jurídica; lo que determinará el tipo de centro y de servicio que se preste (servicio público en centro público, servicio privado en centro privado).

Debe añadirse a esta dualidad de centros la figura del centro concertado, que siendo un centro privado recibe fondos públicos para su financiación a través de la firma del correspondiente concierto.

²²⁸ Artículo 29.

²²⁹ Principio del que nace la libertad de escuela, previamente necesario, por tanto, para que los padres puedan elegir la educación de sus hijos conforme a sus propias convicciones.

- 2.2. El derecho de creación o fundación de centros privados incluye el de dirección de los mismos, que a su vez implica el derecho al carácter propio del centro y, por tanto, a tener un ideario como expresión del mismo.
- 2.3. La principal diferencia entre enseñanza pública y enseñanza privada es el carácter obligadamente neutral de la enseñanza pública, y la ausencia de tal obligación de neutralidad en la enseñanza privada. Mientras que los centros privados pueden tener carácter o ideario propio, a los centros públicos tal ideario no les está permitido.
- 2.4. La posibilidad de los centros privados de poseer un ideario propio no es ilimitada, le son aplicables ciertas restricciones como son el respeto a los derechos fundamentales; el respeto a los principios constitucionales que no consagran derechos fundamentales, pero que cumplen respecto de la educación una función positiva de informar esa actividad; el pleno desarrollo de la personalidad humana al que deben orientar los centros la actividad educativa; el principio de laicidad; la función educativa de formar las conciencias en libertad y para la libertad, etc.
- Estas limitaciones aumentan cuando se trata de centros concertados, puesto que al recibir financiación pública deben seguir ciertas líneas de actuación (gratuidad de la enseñanza, proyecto educativo, relativa pérdida de autonomía en comparación con los centros puramente privados).
- 2.5. La nueva Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa favorece en gran medida la semejanza de la regulación de los centros concertados a la regulación de los centros puramente privados, al contrario de lo que hasta ahora venía ocurriendo, que era intentar acercar estos al modelo de los centros públicos, debido su financiación pública.
- 2.6. La Ley Orgánica de Universidades admite la existencia tanto de universidades privadas como de universidades públicas y establece dos vías para la creación y

reconocimiento de estas: a través de Ley de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial hayan de establecerse; o por Ley de las Cortes Generales, a propuesta del Gobierno, de acuerdo con el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial hayan de establecerse.

La única excepción a la exigencia de ley de creación o reconocimiento era el caso de la Iglesia Católica, que quedaba eximida de este requisito y podía crear universidades sin mediación de ley. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional esta excepción por contraponerse con el principio constitucional de igualdad; aunque esta declaración de inconstitucionalidad sólo es eficaz *pro futuro*, por lo que para las universidades ya creadas antes de dicha sentencia, la declaración de inconstitucionalidad no tiene eficacia alguna.

3. Sobre la libertad de cátedra.-

3.1. La libertad de cátedra es el derecho a ejercer la actividad docente con absoluta libertad, sin verse limitado o coartado por ningún tipo de doctrina.

3.2. Son titulares de este derecho los profesores de todos los niveles, no solo los del universitario; y no solo los de los centros públicos, sino también de los centros privados, pudiendo entrar, por tanto, en conflicto con el carácter propio de estos. Sin embargo, ninguno de esos derechos es absoluto e ilimitado, y entre ellos se limitan mutuamente.

3.3. La libertad de cátedra se trata de una libertad cuyo contenido se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente que se detente, y sus características dependen de la naturaleza pública o privada del centro y del nivel educativo del puesto docente.

3.4. La libertad de cátedra tiene un doble contenido: el contenido negativo y el contenido positivo.

El contenido negativo de la libertad de cátedra implica que al profesor no se le puede imponer la acomodación de sus enseñanzas a una doctrina oficial, cualquiera que sea el nivel o grado en que está situado el puesto docente.

Por su parte, el contenido positivo de la libertad de cátedra posibilita al profesor para orientar su enseñanza de acuerdo con sus propias convicciones, pero su amplitud no es uniforme en todos los niveles; es más amplio en el nivel superior (universitario) pero va disminuyendo gradualmente en los niveles inferiores, a medida que se reduce también el grado de madurez y de conocimientos de los alumnos.

3.5. La libertad de cátedra en los centros públicos tiene su límite en el obligado respeto a la neutralidad ideológica y religiosa de la enseñanza pública, dado que el sistema jurídico político español está basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y en la aconfesionalidad del Estado.

3.6. La libertad de cátedra en los centros privados tiene su límite en el ideario del centro, es decir, se excluyen los ataques abiertos o solapados al ideario del centro, pero en ningún caso se exige la conformidad o la manifestación de conformidad con él.

3.7. Ninguna relación guarda la libertad de cátedra y, por tanto, la limitación que supone el ideario del centro, con las actividades extraacadémicas del profesor, ya que la relación de servicio entre profesor y centro no se extiende a las actividades realizadas por este al margen de su función docente en el centro.

4. Sobre el derecho de los padres para para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.-

4.1. Si la titularidad de la libertad de conciencia y de su ejercicio la ostenta el menor, y la función de los padres, respecto de este derecho y ejercicio, se

concreta en la función de guía y cooperación para que sean eficaces, con el objetivo final del desarrollo integral del menor, será obligatoriamente necesario contar con la voluntad del menor a la hora de elegir su formación religiosa y moral. Se ha producido, por tanto, el desplazamiento de la decisión unilateral de los padres acerca de la educación religiosa de sus hijos, a estos mismos o en colaboración con estos.

- 4.2. Los derechos personalísimos del menor no entran dentro del contenido de la patria potestad, y no hay mayor derecho personalísimo que la libertad de conciencia. El ejercicio de la patria potestad no fundamenta la adopción de decisiones sobre la libertad de conciencia del menor, interpretando lo que más conviene a su interés, porque si se hace esto, se estará extralimitando el contenido de esta institución, que no alcanza a ese derecho fundamental.

BIBLIOGRAFÍA.-

ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., *La secularización de la enseñanza: génesis y desarrollo de un proceso en Laicidad y libertades: escritos jurídicos*. Nº. 2, 2002, pp. 57-88.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y de la salud con el derecho la libertad religiosa de sus progenitores*, en *Aranzadi civil*, núm. 11, septiembre, 2002, pp. 1985-1987.

CONDORCET, M. A., *Escritos pedagógicos*. Madrid, Calpe, 1922.

CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, *Orientaciones Pastorales sobre la Enseñanza Religiosa Escolar*, Madrid, 11 de junio de 1979.

COTINO HUESO, L., *Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis en Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza: análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales*. Valencia, Generalitat Valenciana, 2000, pp. 99-154.

COVARRUBIAS, José de., *Máximas sobre recursos de fuerza y protección, con el método de introducirlos en los tribunales*. Madrid, Imprenta de la viuda de Ibarra, hijos y compañía, 1788.

CUBILLAS RECIO, L.M., *La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos en Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, Nº. 2, 2002, pp. 157-219.

DÍEZ-PICAZO, L., y **GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo 1. Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 2012.

GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

- GUERRERO, E.**, *Estudio preliminar a Historia de la Educación en España. I. Del despotismo ilustrado a las Cortes de Cádiz*. Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1985.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.**, *Derecho de la libertad de conciencia. II, Conciencia, identidad personal y solidaridad.*, Cizur Menor, Navarra, Civitas, 2011.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.**, *Educación en valores y enseñanza religiosa en el sistema educativo español*, en *Interculturalidad y educación en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 395-422.
- LÓPEZ ALARCÓN, M.**, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas*, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 15, 1997, pp. 323-344.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.**, *Aproximación al derecho constitucional español*, en *La constitución de 1978*, Ed. a cargo de Fernando Torres, Valencia, 1980.
- MAYORDOMO PÉREZ, A.**, *Historia de la educación en España. V: Nacional-catolicismo y educación en la España de la posguerra*. Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1990.
- PUELLES BENÍTEZ, M.**, *Educación e ideología en la España contemporánea*. Barcelona, Labor, 1991.
- PUELLES BENÍTEZ, M.**, *Historia de la educación en España y América. III. La educación en la España contemporánea (1789-1975)*. Madrid, Ediciones SM, 1994.
- PUELLES BENÍTEZ, M.**, *Historia de la Educación en España. II. De las Cortes de Cádiz a la revolución de 1868*. Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1985.
- PUELLES BENÍTEZ, M.**, *Historia de la Educación en España. III: De la restauración a la II república*. Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1989.

RIBES SURIOL, A.I., *La no discriminación de los alumnos opten o no por la enseñanza de la religión*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol.57, Nº.158, 2000, pp. 153-171.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos* (Comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo), en *Derecho Privado y Constitución*, Nº. 14, 2000, pp. 245-300.

ROUCO VARELA, A.M., *Discurso inaugural de la LXXVII Asamblea Plenaria, Madrid 19-23 noviembre de 2001*.

SERRANO POSTIGO, C., *Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español*, en *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense, 1983, pp. 805-828.

SUÁREZ PERTIERRA, G., *Reflexiones acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario de centro educativo*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nº. 2, 1983, pp. 625 y ss.

TALAMANCA, A., *Libertà della scuola, libertà nella scuola*. Padova, Cedam, 1975.

STC 5/1981, de 13 de febrero.

STC 15/1982 de 23 de abril.

STC 77/1985, de 27 de junio.

STC 141/2000, de 29 de mayo.

STC de 5 de junio de 2013.

STS de 26 de enero de 1998.

STS de 31 de enero de 1997.