

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**



**IDEARIO, CENTROS CONCERTADOS Y  
FINANCIACIÓN PÚBLICA:  
ESTUDIO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

**MEMORIA PRESENTADA PARA OPTAR AL GRADO DE  
DOCTOR POR**

Ana María Teresa Peña Timón

Bajo la dirección de la Doctora:

Paloma Lorenzo Vázquez

**Madrid, 2004**

**ISBN: 84-669-2487-6**

# Ideario, Centros Concertados y Financiación Pública

Estudio Legislativo y jurisprudencial

Tesis Doctoral  
presentada por la Lda. Ana María Teresa Peña Timón,  
bajo la dirección de la Prof<sup>a</sup>. Dra. Paloma Lorenzo Vázquez.

Madrid 2003

# INDICE

Abreviaturas

## I. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.

1. Constitución Española: Artículo 27.....	1
1.1. Derecho a la educación.....	1
1.1.1. Finalidad de la actividad educativa. Calidad de la educación....	1
1.1.2. Niveles escolares del sistema educativo.....	2
1.1.3. La programación general como garantía del derecho a la educación.....	3
1.2. Derecho a la libertad de enseñanza. Contenido.....	3
1.3. Valores constitucionales y principios democráticos de convivencia.....	4
1.3.1. La libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo como valores constitucionales.....	4
1.3.2. Enumeración de los principios democráticos de convivencia....	6
1.4. Algunos aspectos sobre la financiación de la enseñanza. Posiciones doctrinales.....	7
1.5. Valoración general del artículo 27 CE.....	8
1.6. Resoluciones del Tribunal Constitucional.....	9
1.6.1. STC 5/1981 de 13 de febrero.....	9
1.6.2. STC 77/1985 de 27 de junio.....	10
1.7. Fuentes del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza.....	11
1.7.1. Bases constitucionales.....	11
1.7.2. Otras fuentes de estos derechos.....	11
1.8. Protección de los Derechos Fundamentales.....	12
1.8.1. Las garantías jurisdiccionales.....	12
1.8.2. Las garantías internacionales.....	13
2. Textos Internacionales.....	13
2.1. Artículo 10.2 CE.....	13
2.2. Tratados y Acuerdos. Enumeración.....	14
2.2.1. En el ámbito Internacional.....	14
2.2.2. En el ámbito Europeo.....	14
2.3. Derecho a la educación en los Textos Internacionales: características y contenido. Alusión al Informe Delors.....	15
2.4. Derecho a la Libertad de Enseñanza en la normativa Internacional.....	17

2.5. Derecho a la Igualdad y no Discriminación en el ámbito Internacional.....	21
2.5.1. Derecho a la igualdad.....	21
2.5.2. Derecho a la no discriminación.....	22
2.6. Derecho a la Libertad de pensamiento, conciencia y religión.....	24
2.7. Derecho a la Libertad de Expresión.....	24
2.8. Derecho a la Libertad de Reunión y Asociación.....	26
2.9. Simposio Internacional sobre Educación, 1994.....	26

## **II. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.**

1. Introducción.....	28
1.1. Derecho a la educación: contenido.....	28
1.2. La libertad de enseñanza: cuestiones que plantea.....	29
2. Debates parlamentarios.....	30
3. Alusión Histórica.....	33
3.1. Antes de la Constitución de 1978.....	33
3.2. A partir de la Constitución de 1978.....	34
4. Naturaleza y alcance de este derecho: posiciones doctrinales.....	35
5. Concepto de la libertad de enseñanza.....	36
6. Contenido del derecho a la libertad de enseñanza.....	37
6.1. Criterios doctrinales.....	37
6.2. Doctrina jurisprudencial.....	39
7. Regulación de la libertad de enseñanza.....	40
7.1. L.O.E.C.E.....	40
7.2. L.O.D.E.....	41
7.3. L.O.G.S.E.....	43
7.4. L.O.P.E.G.C.D.....	45
7.5. L.O.C.E.....	46
7.6. Acuerdos con las Confesiones religiosas.....	47
7.6.1. La Iglesia católica: A.E.A.C.....	47
7.6.2. Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas no católicas....	47
8. Supuesto de conflicto entre derechos fundamentales.....	48
8.1. Los derechos fundamentales no son ilimitados y tienen un sistema de protección.....	48
8.2. Criterios para determinar el contenido esencial de un derecho.....	50
8.3. El contenido normal de los derechos fundamentales: sus límites.....	51

## **III. DERECHO A LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES.**

1. Regulación de este derecho.....	52
2. Antecedentes históricos.....	52
2.1. Constitución de Cádiz de 1812.....	52

2.2. Reglamento General de Instrucción Pública de 1821.....	53
2.3. Década moderada: 1843-1854.....	53
2.4. Período 1856-1868. La Ley Moyano.....	53
2.5. Período 1868-1874. Constitución de 1869.....	54
2.6. Restauración borbónica: 1874-1930. Alusión a los Decretos de 18 de agosto de 1885 y de 20 de julio de 1990.....	55
2.7. La Segunda República. Constitución de 1931.....	55
2.8. Época franquista: la Ley General de Educación de 1970.....	55
3. Época de Transición: 1975-1980.....	56
3.1. Debates Parlamentarios.....	56
3.2. A.E.A.C. de 3 de enero de 1979.....	57
4. Naturaleza jurídica de este derecho.....	58
5. Titularidad del derecho a la libertad de creación de centros docentes.....	58
5.1. Regla general: personas físicas y jurídicas.....	58
5.2. Exclusiones: causas de incapacidad y causas de incompatibilidad.....	60
5.3. Derechos de Titular del centro docente privado: enumeración.....	61
5.4. Datos estadísticos del ejercicio de este derecho en la Comunidad Autónoma de Madrid.....	62
6. Objeto del derecho a la creación de centros educativos.....	63
6.1. Interpretación amplia.....	63
6.2. Objeto propiamente dicho de este derecho.....	63
6.3. Posición doctrinal en esta materia.....	63
7. Requisitos de este derecho.....	64
7.1. Centros de niveles no universitario: control administrativo.....	64
7.2. Centros de nivel universitario.....	65
8. Límites al derecho a la libertad de creación de centros docentes: enumeración. Posición jurisprudencial y doctrinal.....	66
9. Contenido de este derecho.....	68
9.1. El derecho del titular a dirigir el centro docente.....	68
9.1.1. Reconocimiento de este derecho en los debates parlamentarios de 1978; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; en la STC 77/1985 de 27 de junio. Posición doctrinal.....	68
9.1.2. Regulación en las distintas Leyes Orgánicas.....	69
9.1.3. Contenido esencial. Perspectivas: positiva y negativa.....	70
9.1.3.1. Este derecho supone también el mantener los centros en funcionamiento.....	70
9.1.3.2. Ejercicio de la dirección del centros por el Titular.....	71
9.1.4. Alusión a los tipos de centros docentes. Diferencia entre ellos: ATC de 6 de mayo de 1987.....	71
9.1.5. Límites del derecho del titular a la dirección del centro. Posición doctrinal y jurisprudencia.....	72
9.2. El derecho de los miembros de la comunidad educativa a participar en el control y gestión de los centros docentes.....	73
9.2.1. La autonomía de los centros: regulación en las Leyes Orgánicas.....	73
9.2.2. Centros Privados.....	74
9.2.2.1. En la LOECE: polémica en torno al artículo 34. STC 5/1981 de 13 de febrero.....	74
9.2.2.2. En la LODE.....	76

9.2.3. Centros privados concertados: precisiones. Derecho de participación de la comunidad educativa.....	77
9.2.3.1.Contenido y límites de este derecho de participación. Doctrina del Tribunal Constitucional .....	78
9.2.3.2.El Consejo escolar: composición y criterios de funcionamiento.....	79
9.2.4. El derecho del Titular a la dirección del centro y el derecho de participación de la comunidad escolar. Doctrina del Tribunal Constitucional.....	80
9.2.4.1.Nombramiento y cese del Director.....	81
9.2.4.2.Selección y despido del profesorado.....	82
9.2.4.2.1. Selección del profesorado.....	83
9.2.4.2.2. Despido de profesores.....	85
9.2.4.3.Régimen disciplinario del alumno.....	85
9.2.4.4.Aprobación del presupuesto.....	86
9.2.4.5.Programación general del centro.....	86
9.2.4.6.Reglamento de régimen interior.....	87
9.2.4.7.Actividades y servicios complementarios.....	88
9.2.5. El pago de los salarios del profesorado en los centros concertados.....	88
9.3. El derecho del titular a establecer el ideario o carácter propio del centro.....	90
10. La Iglesia católica como titular de centros docentes. Alusión a otras Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas no católicas.....	91
10.1. AEAC: principios generales y derechos reconocidos en el Acuerdo	91
10.2. El derecho a establecer centros docentes en el Ordenamiento canónico. Acepciones y clasificación de las escuelas católicas. Datos estadísticos en la Comunidad Autónoma de Madrid.....	92
10.3. Los Seminarios Menores.....	93
10.3.1. Regulación en el Código de Derecho Canónico, en el AEAC y en la LODE.....	94
10.3.2. Régimen jurídico y económico.....	94
10.3.3. Alusión a Convenios celebrados entre la Iglesia católica y las distintas Comunidades Autónomas.....	95
10.4. Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas no católicas: el derecho a establecer centros docentes. LOLR de 1980 y los Acuerdos de 1992.....	96

#### **IV. EL DERECHO A LA CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES CON IDEARIO O CARÁCTER PROPIO.**

1. Introducción.....	98
2. El ideario o carácter propio.....	100
2.1. Aspectos pedagógicos de la acción educativa.....	100
2.1.1. Proyecto Educativo.....	100
2.1.2. El Reglamento de régimen interior.....	100
2.1.3. Los programas.....	100

2.1.4. El ideario.....	101
2.1.4.1. Concepto de ideario.....	102
2.1.4.2. Tipos de ideario.....	103
2.2. Aspectos políticos: el ideario en los Debates Parlamentarios.....	104
2.3. Aspectos jurídicos.....	109
2.3.1. Referencias constitucionales: genérica y específica.....	109
2.3.2. El derecho a establecer el ideario como derecho autónomo.....	110
3. El ideario en las sucesivas Leyes Orgánicas.....	110
3.1. L.O.E.C.E.....	110
3.1.1. El titular del centro docente.....	111
3.1.2. Los profesores.....	111
3.1.3. Asociación de padres de alumnos.....	111
3.1.4. Los padres de alumnos.....	113
3.2. L.O.D.E.....	113
3.2.1. Regulación expresa del ideario. Referencia a la STC 5/1981 de 13 de febrero.....	114
3.2.2. Ideario y centros concertados.....	117
3.2.3. Alusión al sistema educativo francés.....	118
3.3. L.O.P.E.G.C.D.....	119
3.3.1. Proyecto educativo e ideario.....	119
3.3.2. Proyecto educativo y autonomía.....	120
3.3.3. Ideario y centros concertados.....	120
3.4. L.O.C.E.....	120
3.4.1. Regulación específica del derecho a establecer el ideario en centros docentes privados. Los centros concertados.....	120
3.4.2. Estudio social y demográfico ante la posibilidad de que exista pluralidad de centros entre los que elegir, o bien que exista tal pluralidad pero que tengan cubiertas todas las plazas educativas. Referencia al a STC 5/1981, voto particular.....	122
3.4.3. La autonomía de los centros: centros con especialización curricular.....	123
4. Sujetos del derecho a establecer el ideario.....	124
4.1. Titularidad.....	124
4.2. Posibilidad de modificar el ideario: criterios seguidos por el Tribunal Constitucional y la doctrina.....	125
5. Características y requisitos del ideario.....	127
5.1. Público.....	127
5.2. Sintético.....	128
5.3. Inequívoco.....	128
5.4. Estable.....	128
5.5. Supuesto de cambio de ideario durante el curso escolar.....	130
6. Contenido del ideario.....	133
6.1. Concepción de carácter restringido del ideario.....	133
6.2. Concepción amplia del ideario.....	134
7. Límites de este derecho: Doctrina del Tribunal Constitucional.....	136
7.1. Los principios constitucionales y los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad educativa.....	137
7.2. El objeto y el fin de la educación.....	137
7.3. Servicio a la verdad y a las exigencias de la ciencia.....	137
7.4. Disposiciones Reglamentarias. Referencia al control administrativo....	138

7.5. Derecho a establecer el ideario armonizado con los derechos de los demás miembros de la comunidad educativa.....	139
7.5.1. Derecho de los padres.....	139
7.5.2. Derecho de los alumnos.....	139
7.5.3. Derecho de los profesores.....	141
8. El ideario en los centros docentes privados confesionales.....	142
8.1. Regulación jurídica general.....	142
8.2. La Iglesia católica: su ideario.....	143
8.3. Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas no católicas con Acuerdo: sus idearios.....	145
8.3.1. Iglesia Evangélica Española.....	146
8.3.2. Unión de Iglesias Adventistas.....	147
8.3.3. Comunidad Judía.....	148
8.3.4. Comunidades con Ideario Islámico.....	150
8.4. Documentos Internacionales en esta materia.....	152
8.4.1. Recomendación 1396 (1999) del Consejo Europeo.....	152
8.4.2. Documento final de la Conferencia Internacional Consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión, de convicciones, la tolerancia y la no discriminación de 2001.....	153

## **V. DERECHOS EDUCATIVOS DE LOS PADRES.**

### **A) El derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos. Derecho a elegir centro docente.**

1. Debates Parlamentarios.....	155
2. Posición de la Iglesia.....	156
3. Naturaleza y fundamento de este derecho.....	156
3.1. Posiciones doctrinales.....	156
3.2. Regulación en Textos Internacionales.....	157
3.3. Posición jurisprudencial.....	158
4. Regulación posterior a la Constitución de 1978.....	159
4.1. L.O.E.C.E. de 1980.....	159
4.2. L.O.D.E. de 1985.....	159
4.2.1. La no regulación expresa de este derecho.....	159
4.2.2. Recurso previo de inconstitucionalidad contra el Proyecto de la LODE.....	159
4.2.3. Doctrina del Tribunal Constitucional.....	160
4.3. L.O.C.E. de 2002.....	160
5. Sujetos del derecho a elegir el tipo de educación y centro docente.....	161
6. Contenido de este derecho.....	161
6.1. Posibilidades a las que se refiere.....	162
6.2. Alusión a la STEDH de 1982, caso Campbell y Consans.....	162
7. Límites del derecho a la elección del tipo de educación.....	163
7.1. Supuestos que comprende.....	163
7.2. Posición jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal	



Constitucional .....	163
7.2.1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	163
7.2.1.1.Regla general.....	163
7.2.1.2.Supuestos concretos.....	163
7.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	164
8. Derecho a la elección de centro por razón de la lengua en que se imparte la enseñanza.....	165
8.1. Regulación legal.....	165
8.1.1. En la Constitución de 1978.....	165
8.1.2. En las Comunidades Autónomas.....	165
8.1.3. En el ámbito Internacional y Europeo.....	166
8.2. Doctrina jurisprudencial.....	166
8.2.1. Tribunal Constitucional .....	166
8.2.2. Tribunal Supremo.....	167
8.2.3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).....	168
9. Admisión de alumnos en centros concertados.....	168
9.1. Criterios generales.....	169
9.2. Criterios prioritarios a tener en cuenta en la admisión de alumnos.....	169
9.2.1. En la LODE. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	169
9.2.2. En la LOCE. Disposición Adicional Quinta.....	171

**B) El derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones. La enseñanza de la religión.**

1. El artículo 27.3 CE.....	173
1.1. Doctrina del TEDH.....	174
1.2. Interpretaciones doctrinales.....	174
1.3. Posición de la jerarquía eclesial católica.....	175
2. Naturaleza jurídica, fundamento y ámbito de aplicación.....	175
2.1. Posición doctrinal y jurisprudencial.....	175
2.2. Ámbito de aplicación.....	176
2.2.1. Posición de la doctrina mayoritaria.....	176
2.2.2. Otras posiciones doctrinales.....	176
2.2.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	177
2.2.4. El problema de fondo.....	177
2.2.5. Situación en el ámbito Internacional y Europeo.....	178
2.2.5.1.Conferencia Internacional Consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión, de convicciones, la tolerancia y la no discriminación.....	178
2.2.5.2.Foros Europeos sobre la enseñanza de la religión en la Escuela.....	179
3. Concepto de enseñanza de religión.....	179
3.1. Distintas posiciones doctrinales.....	180
3.2. Posición de la Iglesia católica.....	180
4. Sujetos Titulares de este derecho.....	181
5. Objeto del artículo 27.3 CE.....	182
6. Contenido del artículo 27.3 CE.....	183
6.1. Contenido esencial.....	183

6.2. Doble dimensión del contenido del artículo 27.3 CE.....	183
6.2.1. El sentido negativo.....	183
6.2.1.1.Los padres y alumnos.....	183
6.2.1.2.Los profesores.....	184
6.2.1.3.Las Confesiones Religiosas.....	184
6.2.2. El sentido positivo.....	184
7. Principio de igualdad y no discriminación: alternativa a la enseñanza de la religión.....	185
7.1. Situación conforme a la regulación legal.....	185
7.2. Problemas que plantea esta situación.....	185
7.2.1. Es asignatura voluntaria para los alumnos.....	186
7.2.2. No debe dar lugar a discriminación: alternativa.....	186
8. Regulación de la enseñanza de la religión: contenido.....	187
8.1. ANTES DE LA LOGSE: 1978-1990.....	187
8.1.1. Enseñanza de la religión católica.....	187
8.1.1.1.La Constitución de 1978.....	187
8.1.1.2.Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979.....	187
8.1.1.2.1. Base legal.....	187
8.1.1.2.2. Regulación.....	188
8.1.1.2.3. Los aspectos más importantes.....	188
8.1.1.2.4. Contenido de la Enseñanza de la religión escolar.....	189
8.1.1.2.5. Profesorado.....	190
8.1.1.2.6. La enseñanza de la religión y su pedagogía en las Escuelas Universitarias.....	191
8.1.1.2.7. En el supuesto que surjan dudas o dificultades en alguno de los temas tratados en el Acuerdo.....	191
8.1.1.3.Disposiciones Reglamentarias que desarrollan el Acuerdo sobre Enseñanza de 1979.....	191
8.1.1.3.1. Enumeración.....	191
8.1.1.3.2. Características.....	191
8.1.1.4.Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio de Libertad Religiosa (LOLR).....	192
8.1.1.5.L.O.E.C.E.....	193
8.1.1.6.L.O.D.E.....	193
8.1.1.7.Características generales de la enseñanza de religión en este periodo que abarca desde al Constitución hasta antes de la LOGSE.....	194
8.1.2. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas no católicas: la enseñanza de la religión.....	195
8.1.2.1.ANTES DE LA LOLR.....	195
8.1.2.1.1. Regulación.....	195
8.1.2.1.2. Contenido de las OOMM de 1980.....	195
8.1.2.1.3. Características de la enseñanza de la religión.....	195
8.1.2.2.DESPUÉS DE LA PUBLICACIÓN DE LA LOLR.....	196
8.2. A PARTIR DE LA LOGSE: 1990-2002.....	197
8.2.1. Trámites previos.....	197
8.2.1.1.Proyecto LOGSE: 1987-1988.....	197

8.2.1.2.El Libro Blanco para la reforma del sistema educativo: 1989.....	197
8.2.2. La Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE).....	198
8.2.2.1.Ordenación general del sistema de enseñanza.....	198
8.2.2.2.Disposición Adicional Segunda: la enseñanza de la religión	199
8.2.2.2.1. Modificaciones más importantes.....	199
8.2.2.2.2. Opiniones doctrinales.....	199
8.2.2.2.3. Doctrina jurisprudencial.....	200
8.2.2.3.Desarrollo Reglamentario de la LOGSE.....	201
8.2.2.3.1. Inicio del desarrollo reglamentario.....	201
8.2.2.3.2. Regulación de los distintos niveles.....	201
8.2.2.3.2.1.Educación Infantil.....	201
8.2.2.3.2.2.Educación Primaria.....	202
8.2.2.3.2.3.Educación Secundaria Obligatoria.....	203
8.2.2.3.2.4.Bachillerato.....	204
8.2.3. Características del modelo de enseñanza de religión después de la LOGSE.....	204
8.2.4. Consecuencias de estas características.....	205
8.2.4.1.No cumple los requisitos para ser asignatura fundamental...	205
8.2.4.2.Críticas y posiciones doctrinales.....	206
8.2.4.3.Críticas de la Iglesia.....	206
8.2.5. Sentencias del Tribunal Supremo de 1994.....	207
8.2.5.1.Enumeración.....	207
8.2.5.2.Argumentos utilizados en estas sentencias por el Tribunal Supremo.....	207
8.2.5.2.1. Norma Ambigua.....	208
8.2.5.2.2. Quiebra del principio de igualdad y no discriminación.....	208
8.2.5.2.3. Infracción del AEAC de 1979, artículo II.....	209
8.2.5.2.4. Vulneración del artículo 16.2 CE.....	210
8.2.5.3.Actuación del Tribunal Supremo en estas resoluciones.....	210
8.2.5.4.Ejecución de las sentencias.....	211
8.2.6. Real Decreto 2438/1994 de 16 de diciembre por el que se regula la enseñanza de la religión.....	211
8.2.6.1.Características de la regulación de la enseñanza de la religión en el RD 2438/1994.....	211
8.2.6.2.Aspectos conflictivos de dicha regulación.....	213
8.2.7. Disposiciones Reglamentarias que desarrollan el RD 2438/1994 de 16 de diciembre.....	214
8.2.7.1.La Orden de 3 de agosto de 1995 que regula las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de religión.....	215
8.2.7.1.1. Régimen Académico.....	215
8.2.7.1.2. Organización.....	215
8.2.7.1.3. Profesorado.....	215
8.2.7.2.Resolución de 16 de agosto de 1995 sobre actividades de estudio alternativas a la enseñanza de la religión en Educación Primaria, primer ciclo de la ESO y en segundo curso de Bachillerato.....	216
8.2.7.2.1. En Educación Primaria.....	216

8.2.7.2.2. En el primer ciclo de la ESO y segundo curso de Bachillerato.....	216
8.2.7.2.3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, número 544/1998 de 20 de julio.....	217
8.2.7.3. Resolución de 16 de agosto de 1995 que se refiere a las actividades de Sociedad, Cultura y Religión para el segundo ciclo de la ESO y primer curso de Bachillerato.....	218
8.2.7.4. Regulación en algunas Comunidades Autónomas.....	219
8.2.8. Resoluciones del Tribunal Supremo resolviendo los recursos presentados contra el RD 2438/1994.....	219
8.2.8.1. Enumeración de las sentencias.....	219
8.2.8.2. Argumentos utilizados por el Tribunal Supremo.....	220
8.2.8.2.1. No vulnera el artículo 27.3 CE el RD 2438/1994 de 16 de diciembre.....	220
8.2.8.2.2. No vulnera el artículo 14 CE.....	221
8.2.8.2.3. No vulnera el artículo 16.2. CE.....	222
8.2.8.2.4. No vulnera el artículo II del AEAC de 1979.....	222
8.2.8.2.5. No vulnera el artículo 9.3. CE.....	223
8.2.8.3. Sentencia del Tribunal Supremo 3941/1998 de 1 de abril...	223
8.2.8.3.1. Fundamento jurídico del recurso.....	223
8.2.8.3.2. Desestimación del recurso.....	223
8.2.9. Posiciones Doctrinales.....	224
8.2.10. Proyecto Borrador de 1999.....	225
8.2.11. Alusión a la situación del profesorado de religión.....	226
8.2.11.1. Convenio de 20 de mayo de 1993: características.....	226
8.2.11.2. Ley 50/1998 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales.....	227
8.2.11.3. Convenio de 26 de febrero de 1999.....	227
8.2.11.3.1. Financiación.....	227
8.2.11.3.2. Profesores competentes.....	228
8.2.11.3.3. Relación laboral .....	228
8.2.12. Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas no católicas....	228
8.2.12.1. Los Acuerdos de 1992.....	228
8.2.12.2. En los centros no universitarios.....	228
8.2.12.3. Profesorado. Medios Pedagógicos.....	229
8.2.12.4. Local. Sistema de acceso.....	229
8.2.12.5. Currículos de la enseñanza de la religión.....	230
8.2.12.6. RD 2438/1994 de 16 de diciembre por el que se regula la enseñanza de religión.....	232
8.2.12.7. Convenios Económicos de 1996.....	233
8.2.12.8. Ley 50/1998 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales.....	233
<b>8.3. Ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre de Calidad de la Educación (LOCE).....</b>	<b>234</b>
8.3.1. Documento Base para una Ley de Calidad de la Educación de 11 de marzo de 2002.....	234
8.3.2. L.O.C.E.....	235
8.3.2.1. Principios de Calidad.....	235
8.3.2.2. Regulación de la enseñanza de religión.....	235
8.3.2.3. La Disposición Adicional Segunda: asignatura de Sociedad, Cultura y Religión.....	236

8.3.2.3.1. Opción Confesional.....	237
8.3.2.3.1.1. Currículo.....	237
8.3.2.3.1.2. Libros de texto y materiales didácticos.....	238
8.3.2.3.1.3. Profesorado.....	238
8.3.2.3.2. Opción no Confesional.....	239
8.3.3. Desarrollo Reglamentario de la LOCE. La asignatura de Sociedad, Cultura y Religión.....	240
8.3.3.1. Educación Preescolar.....	241
8.3.3.2. Educación Infantil.....	242
8.3.3.3. Educación Primaria.....	243
8.3.3.3.1. Características Generales.....	243
8.3.3.3.2. Asignatura de oferta obligatoria por los centros.....	243
8.3.3.3.3. Procedimiento de elección de la opción. Horario escolar.....	244
8.3.3.3.4. Evaluación.....	244
8.3.3.3.5. Opción confesional.....	245
8.3.3.3.6. Opción no confesional. Finalidad.....	245
8.3.3.3.6.1. Dimensiones del hecho religioso.....	246
8.3.3.3.6.2. Objetivos.....	246
8.3.3.3.6.3. Contenidos y criterios de evaluación de los distintos ciclos de este nivel.....	247
8.3.3.4. Educación Secundaria Obligatoria.....	248
8.3.3.4.1. Características generales.....	248
8.3.3.4.2. La asignatura de Sociedad, Cultura y Religión.....	250
8.3.3.4.3. La opción no confesional. Contenido, objetivos y criterios de evaluación.....	252
8.3.3.4.4. Ámbito de la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión en los Programas de Iniciación Profesional	255
8.3.3.5. Bachillerato.....	256
8.3.3.5.1. Aspectos generales.....	256
8.3.3.5.2. La asignatura Sociedad, Cultura y Religión .....	257
8.3.3.5.2.1. Regulación de la Disposición Adicional primera. Horario.....	257
8.3.3.5.2.2. Referencia a su evaluación. Argumentos de distintas instituciones y sectores.....	258
8.3.3.5.2.3. Regulación de la opción no confesional.....	260
8.3.3.6. Valoración.....	261

## **VI. LA LIBERTAD DE CÁTEDRA.**

1. Introducción.....	263
1.1. Aspectos generales de la libertad de cátedra.....	263
1.2. Posiciones doctrinales.....	263
2. Antecedentes históricos de la libertad de cátedra.....	264
2.1. La idea de libertad de cátedra.....	264
2.2. La doctrina de la libertad de cátedra.....	265
2.3. Evolución histórica en el S. XIX en España.....	265

2.3.1. Primera mitad del S. XIX.....	265
2.3.2. Segunda mitad del S. XIX.....	265
2.3.2.1.Ley de Instrucción Pública de 17 de julio de 1957 (Ley Moyano).....	265
2.3.2.2.La primera cuestión universitaria.....	266
2.3.2.3.Periodo revolucionario: Los Decretos de Ruiz Zorrilla.....	266
2.3.2.4.Restauración Borbónica.....	267
2.3.2.5.La Circular de Albareda.....	267
2.4. La libertad de cátedra en el S.XX .....	268
2.4.1. Constitución de 9 de diciembre de 1931.....	268
2.4.2. La Ley General de Educación de 1970.....	268
2.4.3. Constitución de 6 de diciembre de 1978.....	269
3. Debates Parlamentarios.....	269
4. Regulación de la libertad de cátedra.....	271
4.1. Constitución de 1978.....	271
4.2. L.O.E.C.E. 1980.....	272
4.3. L.O.D.E. 1985.....	272
4.4. L.O.C.E. 2002.....	273
5. Libertad de enseñanza, libertad de expresión docentes y libertad de cátedra.....	273
5.1. La libertad de enseñanza.....	274
5.2. La libertad de expresión docente.....	274
5.3. La libertad de cátedra.....	274
6. Concepto de libertad de cátedra.....	275
6.1. Definiciones de la doctrina.....	275
6.2. Definiciones de los Tribunales.....	276
7. Naturaleza jurídica de esta libertad.....	276
7.1. Aspecto jurídico subjetivo.....	276
7.2. Aspecto objetivo-institucional.....	277
7.3. STC 5/1981 de 13 de febrero, voto particular.....	278
8. Sujetos titulares de la libertad de cátedra.....	278
8.1. Según la interpretación restrictiva.....	278
8.2. Según la interpretación amplia.....	279
8.2.1. Posición del Tribunal Constitucional.....	279
8.2.2. En las Leyes Orgánicas posteriores a la CE.....	280
9. Contenido de este derecho .....	281
9.1. Aspectos generales.....	281
9.2. Contenido negativo común.....	281
9.3. Contenido modulado.....	282
9.3.1. En los centros públicos.....	282
9.3.2. En los centros privados.....	284
9.4. Contenido esencial de la libertad de cátedra.....	285
9.5. Alusión a los profesores como sujetos de este derecho a la libertad de cátedra. Su función de examinar.....	285
10. Límites a la libertad de cátedra.....	286
10.1. La obligación de respetar la Constitución.....	287
10.2. Los límites establecidos en el artículo 20.4. CE.....	287
10.3. El artículo 27.2 y 3 CE.....	288
10.4. El respeto a la libertad de conciencia y dignidad personal de los alumnos.....	288

10.5. El deber de enseñar .....	289
10.6. El deber de cumplir las normas de organización del centro.....	289
10.7. Los límites procedentes del puesto docente y de la materia impartida.....	290
10.8. La libertad de cátedra no implica libertad de propaganda política o de proselitismo en el centro docente.....	290
10.9. Alusión al orden público y las buenas costumbres.....	291
11. Libertad de cátedra y centros docentes privados.....	292
11.1. La libertad de cátedra en los centros privados sin ideario en los que se imparten enseñanzas no universitarias.....	292
11.2. La libertad de cátedra y los centros privados concertados con carácter propio.....	293
11.3. La libertad de cátedra y el centro privado con ideario o carácter propio.....	294
11.3.1. Aspectos generales.....	294
11.3.2. El respeto al ideario del centro: regulación jurídica.....	295
11.3.3. Doctrina del Tribunal Constitucional .....	296
11.3.4. Criterios de armonización entre la libertad de cátedra y el ideario.....	297
11.3.4.1. La existencia del carácter propio del centro obliga al profesor a una actitud de respeto y de no ataque a dicho carácter.....	297
11.3.4.1.1. Posición doctrinal y jurisprudencial.....	297
11.3.4.1.2. Posibles vulneraciones del deber de respeto al ideario.....	299
11.3.4.2. No le obliga ni a convertirse en apologista del ideario, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar las exigencias de rigor científico en su enseñanza al ideario.....	300
11.3.4.3. El profesor es libre en su puesto docente que ha de ser compatible con la libertad del centro del que forma parte el ideario.....	301
11.3.4.4. Los conflictos que se produzcan han de ser resueltos por el órgano jurisdiccional competente.....	302

## **VII. LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS CON IDEARIO COMO ORGANIZACIONES DE TENDENCIA.**

1. Concepto de empresa de tendencia y requisitos.....	303
2. Regulación, apoyo constitucional y finalidad de estas organizaciones.....	303
3. Supuestos a los que se aplica. Referencia a los centros docentes.....	304
4. Aspectos laborales de la organización de tendencia.....	306
4.1. Regla general. El principio de la buena fe contractual. Posición jurisprudencial.....	306
4.2. La libertad de cátedra un derecho fundamental específicamente laboral.....	308
4.3. Las organizaciones de tendencia y el principio de no discriminación	308

4.4. Naturaleza de la tarea de tendencia.....	310
5. Contratación en las organizaciones de tendencia: régimen jurídico.....	311
5.1. Fase precontractual.....	311
5.1.1. La aptitud del trabajador.....	312
5.1.2. Centros docentes privados con ideario y centros concertados....	314
5.2. Fase contractual.....	314
5.2.1. Teoría general: deberes en toda relación laboral y en las organizaciones de tendencia.....	314
5.2.2. Centros docentes como organizaciones de tendencia: respeto al ideario.....	316
5.2.3. Supuestos genéricos que pueden darse.....	317
6. Conflicto entre el titular del centro y el profesor. Doctrina del Tribunal Constitucional: sentencia 47/1985 de 27 de marzo.....	318
7. Supuestos que pueden distinguirse en el posible conflicto entre derechos...	321
7.1. En relación a las personas.....	321
7.1.1. Miembros de una Orden o Congregación Religiosa.....	321
7.1.1.1.Actividades de enseñanza en centros de la propia Orden....	322
7.1.1.2.Cuando se trate de centros concertados.....	323
7.1.2. Personal contratado.....	324
7.2. En relación a la actividad.....	325
8. Actividades extraacadémicas del docente de un centro privado con ideario	326
8.1. En Derecho comparado.....	326
8.2. En Derecho Español.....	327
8.2.1. Regla general.....	327
8.2.2. En centros docentes con ideario, considerados como organizaciones de tendencia. Posiciones doctrinales.....	327
8.2.3. Doctrina constitucional y comentarios doctrinales.....	328
8.2.4. Doctrina en el ámbito laboral.....	331
8.2.4.1.Una conducta digna.....	331
8.2.4.2.Jurisprudencia.....	331
9. Supuestos de extinción de contrato de trabajo en una relación de contenido ideológico.....	332
9.1. Despido disciplinario por causas imputables al trabajador.....	332
9.1.1. Desobediencia o indisciplina del trabajador.....	333
9.1.2. Tránsito de la buena fe contractual.....	335
9.2. Despido por razones objetivas.....	337
9.2.1. Ineptitud sobrevenida.....	337
9.2.2. Por necesidad objetivamente acreditada de amortizar puesto de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del artículo 51.1. del E.T.....	340
9.3. Despido y centros concertados con ideario.....	342
9.3.1. El Tribunal Constitucional .....	342
9.3.2. El Tribunal Supremo.....	343
10. Referencia a la situación laboral de los profesores de religión.....	345
10.1. Relación jurídica de profesores de religión católica en centros públicos.....	345
10.1.1. Características.....	346
10.1.2. La no inclusión de un profesor de religión en la propuesta anual no supone despido.....	347
10.2. Profesores de religión en centros privados y centros concertados.....	349



10.3. Profesores de religión de Confesiones no católicas que han suscrito Acuerdos.....	349
-----------------------------------------------------------------------------------------	-----

## **VIII. LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS. LOS CONCIERTOS EDUCATIVOS.**

1. Introducción.....	351
2. Fundamento jurídico constitucional de la financiación. Los Debates Parlamentarios.....	352
2.1. Regulación jurídica.....	352
2.2. Debates Parlamentarios.....	353
3. Polémica doctrinal acerca de la existencia de un derecho constitucional a la subvención. Posición mayoritaria y críticas.....	356
3.1. Posiciones doctrinales diversas.....	356
3.2. Posición mayoritaria.....	356
3.3. Posición crítica.....	357
4. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.....	360
5. Alusión al cauce procesal de la Ley 62/1978. Relevancia constitucional del artículo 17.9 CE.....	363
6. Base jurídica en las normas Internacionales.....	364
7. Antecedentes en la financiación de centros docentes. Ley General de Educación de 1970. Breve referencia al derecho comparado.....	365
7.1. La Ley General de Educación de 1970.....	366
7.1.1. Aspectos generales.....	366
7.1.2. La influencia de la LGE en la LODE.....	367
7.2. Derecho comparado. La Ley Debré de 1959.....	368
8. Regulación de los conciertos educativos en la LODE. Caracteres generales.....	370
8.1. Interpretación de “servicio público” de la educación del artículo 47.1. de la LODE.....	372
8.2. La programación de puestos escolares gratuitos.....	373
8.3. El derecho al concierto educativo.....	375
8.4. Ámbito educativo de este derecho.....	376
9. Los centros concertados asimilados a las Fundaciones benéfico-docentes...	377
10. Los centros concertados en la LOCE de 2002.....	379
11. El concierto educativo.....	380
11.1. Finalidad de los conciertos.....	380
11.2. Concepto de concierto educativo.....	381
11.3. Naturaleza jurídica del concierto. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	382
11.4. El módulo económico y la dotación presupuestaria como elementos esenciales de la financiación.....	383
11.4.1. Interpretaciones doctrinales.....	385
11.4.2. Contenido del módulo económico.....	386
11.4.2.1. Salarios del personal docente del centro concertado....	387
11.4.2.2. “Otros Gastos”.....	389

11.5. Tipos de conciertos.....	390
11.5.1. Conciertos educativos en régimen general y conciertos en régimen singular.....	391
11.5.2. La Disposición Transitoria tercera de la LODE. Posiciones doctrinales.....	393
11.5.3. Doctrina jurisprudencial.....	394
11.5.4. Supuestos de derecho excepcional al concierto educativo.....	397
11.6. Alusión a la LOGSE de 1990. Incidencia sobre los conciertos.....	398
11.7. Contenido del concierto educativo.....	399
11.8. Requisitos legales que se han de cumplir para acceder al régimen de conciertos.....	401
11.8.1. La autorización administrativa previa.....	402
11.8.2. Mantener en funcionamiento el número de unidades concertadas.....	404
11.8.3. Mantener una relación media alumno/profesor por unidad escolar.....	404
11.9. Criterios de preferencia.....	408
11.9.1. Naturaleza y valoración jurídica de estos criterios.....	409
11.9.2. El criterio de satisfacer necesidades de escolarización.....	410
11.9.3. Las condiciones socioeconómicas desfavorables de la población escolar atendida.....	411
11.9.4. Experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. Y los centros en régimen de cooperativa.....	411
11.9.5. Doctrina jurisprudencial en torno a los criterios de preferencia.....	413
11.10. Elementos que definen el estatuto jurídico del centro concertado....	414
11.11. Renovación del concierto escolar.....	416
11.12. Modificación del concierto educativo: causas.....	419
11.13. Extinción del concierto educativo.....	421
11.14. Referencia a los denominados Convenios Educativos.....	422
11.15. Transformación de los conciertos en la regulación de la LOCE.....	423
12. Supuestos en los que la normativa sobre financiación ha vulnerado el derecho a la libertad de enseñanza según el Tribunal Supremo.....	426
13. El ideario o carácter propio y el centro concertado.....	427
14. Actividades y servicios complementarios en los centros concertados. Regulación.....	428
14.1. Regulación en la LODE.....	429
14.2. Regulación en el RNBCE de 1985.....	430
14.3. Regulación en el RD 1694/1995 de 20 de octubre.....	430
15. Datos estadísticos de centros docentes concertados en la Comunidad Autónoma de Madrid. Centros confesionales concertados y con convenio.....	433
Conclusiones.....	438
Bibliografía.....	447

## ABREVIATURAS

ACIE	Acuerdo con la Comisión Islámica de España
AEAC	Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales
AFEREDE	Acuerdo con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España
AFCI	Acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BAC	Biblioteca de Autores Cristianos
BOC	Boletín Oficial de las Cortes
BOCAM	Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid
BOCM	Boletín Oficial de Castilla La Mancha
BOE	Boletín Oficial del Estado
BON	Boletín Oficial de Navarra
CAM	Comunidad Autónoma de Madrid
CE	Constitución Española
CEAPA	Confederación Española de Asociaciones de Padres de Alumnos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIC	Corpus Iuris Canonici (Código de Derecho Canónico)
CIE	Comisión Islámica de España
CONCAPA	Confederación Católica Nacional de Padres de Familia y Padres de Alumnos
DH	Dignitatis Humanae
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña
DOGV	Diario Oficial de la Generalitat Valenciana
DOPV	Diario Oficial del País Vasco
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.
DSS	Diario de Sesiones del Senado
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ESO	Enseñanza Secundaria Obligatoria
ET	Estatuto de los Trabajadores
FCI	Federación de Comunidades Israelitas
FEERI	Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas
FERE	Federación Española de Religiosos de la Enseñanza
FEREDE	Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España

FJ	Fundamento Jurídico
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
FP	Formación Profesional
GE	Gravissimum educationis
GS	Gaudium et Spes
IEE	Iglesia Evangélica Española
IRPF	Impuesto de la Renta de las Personas Físicas
LCT	Ley de Contrato de Trabajo
LGE	Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa
LODE	Ley Orgánica del Derecho a la Educación
LOCE	Ley Orgánica de la Calidad de la Educación
LOECE	Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares
LOGSE	Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo
LOPEGCD	Ley Orgánica de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros docentes
RRDD	Reales Decretos
RJ	Repertorio Jurisprudencial
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UCIDE	Unión de Comunidades Islámicas de España
UNESCO	Organización de Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura.

# I. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.

## 1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: ARTÍCULO 27.

### 1.1. Derecho a la Educación.

En nuestro ordenamiento jurídico existen numerosas normas y preceptos que se refieren a la educación y la enseñanza. Es el artículo 27 de la Constitución<sup>1</sup>, precepto ubicado en la Sección I, “De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas”, Capítulo II, “Derechos y Libertades”, del Título I, “De los Derechos y Deberes Fundamentales”, el que recoge las líneas básicas del tema de la enseñanza.

Fue resultado del consenso de los distintos grupos políticos mayoritarios (UCD y PSOE).<sup>2</sup> Se produjeron muy pocos cambios en su redacción desde el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades públicas del Congreso de los Diputados de 26 de junio de 1978.<sup>3</sup>

Establece el sistema jurídico de enseñanza; es un sistema mixto: enseñanza pública y enseñanza privada.

Se refiere en primer lugar a la educación, utilizando una fórmula de universalidad, al disponer que “todos tienen el derecho a la educación”.<sup>4</sup> El derecho a la educación está configurado como un derecho público subjetivo de prestación, exigible a los poderes públicos sin que ello prejuzgue el modelo educativo general ni menoscabe el derecho a la libertad de enseñanza.<sup>5</sup>

Es un derecho reconocido a todos los españoles<sup>6</sup> que tiene por objeto las enseñanzas regladas que componen o constituyen el sistema educativo del Estado.

#### 1.1.1. Finalidad de la actividad educativa. Calidad de la educación.

El derecho a la educación tiene como finalidad principal “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.<sup>7</sup> Gran parte de la doctrina se refiere a este artículo 27-2 CE como *principio inspirador de toda política educativa*.

Fines de la actividad educativa que regula la LODE en su artículo 2, entre los que cabe enumerar: el pleno desarrollo de la personalidad del alumno; la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia; la preparación para participar activamente en la vida social y cultural; la formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos. Y de forma muy similar también lo

---

<sup>1</sup> En adelante CE

<sup>2</sup> Vid., cfr. Debates parlamentarios en capítulo II.

<sup>3</sup> B.O.C. de 1 de julio de 1978

<sup>4</sup> Artículo 27-1 CE

<sup>5</sup> Fernández-Miranda y Campoamor A., *De la Libertad de enseñanza al Derecho a la educación. Los Derechos Educativos en la Constitución Española*. Ed. Centro de Estudios Areces. Madrid 1988, p. 37

<sup>6</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (en adelante LODE), que recoge literalmente lo contenido en el artículo 3.3 de la Ley Orgánica 5/1980 de 19 de junio por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (en adelante LOECE)

<sup>7</sup> Artículo 27-2 CE

regula el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.<sup>8</sup>

Un centro educativo ha de ofrecer a los alumnos la posibilidad de crecer y madurar en todos los aspectos de su personalidad, es decir, una educación integral.

La educación ha de ser de calidad, ha de responder como expresa muy acertadamente García Hoz “a todas las exigencias de la naturaleza humana cuando estimula el desarrollo intelectual que capacita al hombre para alcanzar la verdad, el desarrollo moral que le capacita para buscar y realizar el bien; el desarrollo estético que le capacita para apreciar y realizar la belleza; el desarrollo técnico que le capacita para descubrir la utilidad de las cosas y emplearlas para crear cosas útiles y el desarrollo religioso que ayuda al hombre a relacionarse con Dios”.<sup>9</sup>

La Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de Calidad de la Educación<sup>10</sup> recoge como principios de calidad del sistema educativo, entre otros, la capacidad de transmitir valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad social, la cohesión y mejora de las sociedades... (artículo 1-b) y el reconocimiento de la función docente como factor esencial de la calidad de educación,... (artículo 1-h).

#### 1.1.2. Niveles escolares del sistema educativo.

El Tribunal Supremo afirma que “el derecho fundamental de todos a la educación se desgrana en el artículo 27 de la Constitución en un haz de derechos que participan de la misma naturaleza que aquel, dentro de un sistema que está reconocida la libertad de enseñanza”<sup>11</sup>

Relacionado con el apartado 1 -el derecho a la educación- está el párrafo 4 del mismo artículo 27 que afirma que “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. La LOGSE establece como principio básico la educación permanente y enfatiza en una formación personalizada que propicie una educación integral de conocimientos, destrezas y valores morales de los alumnos en todos los ámbitos de la vida.<sup>12</sup>

Y la LOCE concibe la educación como un proceso permanente, cuyo valor se extiende a lo largo de toda la vida.<sup>13</sup> Conforme a esta Ley el sistema educativo comprende la educación preescolar, las enseñanzas escolares y la enseñanza universitaria (artículo 7-1 LOCE). Las enseñanzas escolares son de régimen general y de régimen especial. Las enseñanzas escolares de régimen general se organizan en los siguientes niveles: Educación Infantil; Educación Primaria; Educación Secundaria, que comprende las etapas de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, así como la Formación Profesional de grado medio; Formación Profesional de grado superior (artículo 7-3 LOCE).

---

<sup>8</sup> En adelante LOGSE

<sup>9</sup> García Hoz V., *La libertad de educación y la educación para la libertad*, en *Persona y Derecho* núm. 6, 1979, p. 17; recogido por Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Cuadernos y Debates núm. 104, Ed. B.O.E., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2001 pags. 32-33

<sup>10</sup> En adelante LOCE, publicada en el B.O.E. de 24 de diciembre de 2003

<sup>11</sup> SSTs 30 de mayo de 1990 (RJ. 5086), 28 de junio de 1990 (RJ. 5173), 27 de noviembre de 1995 (RJ. 8820).

<sup>12</sup> Artículo 2-1 y 2-3 a) de la LOGSE.

<sup>13</sup> Artículo 1-e) de la LOCE

La enseñanza básica comprende: la Educación Primaria, que abarca seis cursos académicos, que se cursarán ordinariamente entre los seis y los doce años;<sup>14</sup> Educación Secundaria Obligatoria, que comprende cuatro años académicos y se cursa ordinariamente entre los doce y los dieciséis años.<sup>15</sup>

Con respecto a la Educación Infantil hay que decir que tiene carácter voluntario y gratuito, y está constituido por un ciclo de tres años académicos.<sup>16</sup>

### 1.1.3. La programación general como garantía del derecho a la educación.

Y en conexión con el derecho a la educación, se encuentra el párrafo 5 del artículo 27 CE que dispone que “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”. La participación de los distintos sectores de la comunidad, en el ámbito de sus correspondientes competencias y responsabilidades, en el desarrollo de la actividad escolar de los Centros, promoviendo, especialmente, el necesario clima de convivencia y estudio, es uno de los principios de calidad del sistema educativo que recoge la LOCE (artículo 1.d.).

El fundamento del apartado 5 del artículo 27 CE se refiere a la garantía del derecho de todos a la educación. El Tribunal Supremo habla de función garantista,<sup>17</sup> y que “las facultades de los poderes públicos, en cuanto al derecho a la educación, se entienden constitucionalmente referidas tanto a unos centros como a otros centros (públicos y privados), máxime cuando aquellos están concertados...puesto que están sufragados con fondos públicos, aunque solo fuera en parte”.<sup>18</sup>

Asimismo señala que “resulta constitucionalmente válido que los poderes públicos, en su deber de programación general de la enseñanza garanticen la calidad de la misma, estableciendo una ratio: alumno/unidad”.<sup>19</sup> Y se refiere al Consejo Escolar del Estado, a los Consejos Escolares de las Comunidades Autónomas y a los Consejos Escolares de los Centros, distinguiendo sus funciones, como órganos que hacen efectiva la programación general de la enseñanza.<sup>20</sup>

## 1.2. Derecho a la Libertad de Enseñanza. Contenido.

En la Constitución se recoge de forma simultánea –y por primera vez- el derecho a la educación y el derecho a la libertad de enseñanza como derechos públicos subjetivos.<sup>21</sup> Se garantiza simultáneamente -como señala Garrido Falla- el derecho del administrado a recibir educación y el derecho de los propios administrados a impartir enseñanza. “Lo primero significa la consagración constitucional del Estado intervencionista o de prestación de servicios; lo segundo responde a la concepción del

---

<sup>14</sup> Regulada en el Capítulo IV del Título I, artículos 14 a 19 de la LOCE. El Capítulo II del Título I de la LOGSE queda derogado por la Disposición Derogatoria única, apartado 4 de la LOCE.

<sup>15</sup> Regulada en la Sección 1ª del Capítulo V del Título I, artículos 21 al 32 de la LOCE. La Sección 1ª del Capítulo III del Título I de la LOGSE queda derogado por la Disposición Derogatoria única, apartado 4 de la LOCE.

<sup>16</sup> Artículo 11-1 de la LOCE.

<sup>17</sup> STS 9 de septiembre 1987 (RJ. 5951), 10 de mayo de 1988 (RJ. 4144).

<sup>18</sup> STS 31 de enero de 1989 (RJ. 573)

<sup>19</sup> STS 10 de mayo de 1988 (RJ. 4144) y 9 de octubre de 1995 (RJ. 7903).

<sup>20</sup> STS 23 de octubre de 1987 (RJ. 6905), 20 de septiembre de 1993 (RJ. 6594).

<sup>21</sup> Fernández-Miranda A., *De la libertad de enseñanza ... cit.*, p.18

Estado liberal, respetuoso con las diversas libertades individuales que la Constitución instrumenta como derechos subjetivos.”<sup>22</sup> Es la expresión de lo que en síntesis quiere decir el artículo 1-1 CE al definir el Estado Español como un Estado social y democrático de derecho.

La regulación de la libertad de enseñanza significa también la imposibilidad de un monopolio estatal en materia de educación y la intervención, por tanto, de la iniciativa privada. Y conforme al artículo 27-6 CE, se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

La libertad de enseñanza implica, de una parte, el derecho a crear centros docentes (artículo 27-6 CE), de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñanza a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios de su puesto docente –la libertad de cátedra (artículo 20-1. c. CE)-. Y del principio de libertad de enseñanza se deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos.<sup>23</sup> Derecho regulado en el apartado 3 del artículo 27 CE que dispone que 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.

Conforme al artículo 27-6 CE cabe la posibilidad de fijar un ideario del centro. Hay que recordar que la situación de hecho en torno a este asunto es que buena parte del sistema educativo en España responde a la iniciativa privada y especialmente de la Iglesia católica.<sup>24</sup>

El Tribunal Supremo entiende que la libertad de enseñanza comprende los derechos reconocidos en los apartados 3 y 6 del artículo 27 CE y ha afirmado que “el derecho que tienen los padres a que se de a sus hijos una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones *justifica* el derecho que tienen los centros privados a establecer un ideario educativo” que se proyecta –añade- “directamente y preferentemente sobre el ámbito de la educación más que sobre la enseñanza.”<sup>25</sup>

### 1.3. Valores constitucionales y principios democráticos de convivencia.

Se puede observar que tanto cuando la Carta Magna habla del objeto y finalidad de la educación como cuando se refiere a la libertad de crear centros docentes establece como condición fundamental “el respeto a los principios democráticos de convivencia” (artículo 27-2 CE) y “dentro del respeto a los principios constitucionales” (artículo 27-6 CE).

#### 1.3.1. La libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo como valores constitucionales.

El artículo 1-1 CE propugna –dentro del marco de un Estado social y democrático de derecho- como valores fundamentales del ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

- Se reconoce la libertad y la igualdad tanto del individuo como de los grupos en los que éstos se integran; y compete a los poderes públicos promover las condiciones

---

<sup>22</sup> Garrido Falla F., *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición, Madrid, 2001, pgs. 620 y ss.

<sup>23</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ.7

<sup>24</sup> Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa...* cit., p.23

<sup>25</sup> SSTS de 24 de enero de 1985 (RJ. 250) , 15 de febrero de 1986 (RJ. 524).



necesarias para que esta libertad y esta igualdad sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Así como facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.<sup>26</sup> Todo ello en un ámbito de seguridad jurídica.

Así pues, conforme a este precepto se reconoce el aspecto colectivo de la libertad; se reconoce implícitamente la función que corresponde a las asociaciones y grupos en orden a facilitar esa participación en todos los aspectos de la vida del país, afirma Otaduy Guerin, y “cabe hablar de una libertad de pensamiento propia del grupo en atención a la elevada misión que este mismo texto constitucional le confía de promoción y defensa de los derechos de quienes en ellos se integran.

Las empresas ideológicas –los centros docentes privados dotados de ideario– gozan de esa libertad de pensamiento merecedora de máxima protección en su vertiente institucional. Se caracterizan por ser creadoras o sustentadoras de una determinada ideología y en función de la misma existen.”<sup>27</sup>

▪ Se afirma y reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación en el artículo 14 CE al disponer que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” Precepto que está relacionado con el artículo 10-1 CE que establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Tanto la igualdad como la libertad deben complementarse recíprocamente y al mismo tiempo y en el mismo grado realizarse, ambas constituyen exigencias de la justicia.<sup>28</sup>

El principio de igualdad referido a la educación, ofrece dos aspectos principales:

1) la efectiva igualdad de acceso de todos a los diferentes centros y niveles educativos; 2) el de igualdad prestacional que ofrezcan los centros y servicios educativos.<sup>29</sup>

En relación con la igualdad, el artículo 149-1, 1º CE señala que es competencia exclusiva del Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; y también es de su competencia la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia (apartado 30).

La LOCE establece como principios de calidad en su artículo 1, apartado a) la equidad, que garantiza una igualdad de oportunidades de calidad, para el pleno

---

<sup>26</sup> Artículo 9-2 CE

<sup>27</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, Ed. EUNSA, Pamplona 1985, p. 185.

<sup>28</sup> Ortiz Díaz J. *La libertad de enseñanza*, Ed. Universidad de Málaga, 1980, Málaga, p. 89

<sup>29</sup> *Ibidem*, pgs. 90-92. Recoge también el autor que la búsqueda de la igualdad social no puede ignorar el obstáculo de la desigualdad natural (p. 94).

desarrollo de la personalidad a través de la educación, en el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales; en el apartado b) la igualdad de derechos entre los sexos, que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación.

Y afirma que “en relación con los objetivos, contenidos y criterios de evaluación del currículo, el Gobierno fijará las enseñanzas comunes, que constituyen los elementos básicos del currículo, con el fin de garantizar una formación común a todos los alumnos y la validez de los títulos correspondientes”.<sup>30</sup>

▪ Pluralismo que tiene una función dispensadora de libertad en el entramado social, que no debe vulnerar la indispensable unidad, ya que en caso contrario se desvirtuaría. Y no ha de concebirse como elemento disgregador, indica Alzaga.<sup>31</sup>

Pluralismo que se proyecta también en el ámbito de la educación con la existencia de centros docentes públicos y centros docentes privados, de los que algunos tienen ideario o carácter propio.<sup>32</sup>

### 1.3.2. Enumeración de los principios democráticos de convivencia.

Entre *los principios democráticos de convivencia* Alzaga enumera los siguientes:<sup>33</sup>

⇒ el primero, como principio modulador de los derechos y libertades, de su esencia y plenitud, es *el derecho a la vida* (artículo 15 CE);

⇒ el segundo, *el principio de la dignidad humana* ya que en la esencia de todo derecho y libertad subyace el respeto a la dignidad humana porque ésta exige realizarse plenamente como individuo y como socio en las formaciones sociales donde se desarrolla la personalidad. Hay que respetar la dignidad humana como condición de los derechos y las libertades humanas.<sup>34</sup>

El Tribunal Constitucional ha afirmado que “proyectada sobre los derechos individuales la regla del artículo 10-1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moralmente inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *mínimum* inviolable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que la Constitución salvaguarda absolutamente aquellos derechos y contenidos de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano, o dicho de otro modo (...) aquellos que sean imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Artículo 8-2 de la LOCE, de igual contenido que el artículo 4-2 de la LOGSE, derogado por Disposición Derogatoria única, apartado 4 de la LOCE.

<sup>31</sup> Alzaga Villamil O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo I, Ed. EDERSA, Madrid 1996, p. 124.

<sup>32</sup> Empresas ideológicas o de tendencia. El fenómeno “tendencia” surge allí donde existe un verdadero pluralismo ideológico que posibilita la formación de agrupaciones intermedias entre los individuos y el Estado. Otaduy Guerin J., *La extinción...*cit. p. 169

<sup>33</sup> Alzaga Villamil O. *Comentarios...*cit., p.123. En los debates parlamentarios de 1978, el Sr. Gómez de las Rocas afirmó que “los principios democráticos son el cauce y no el contenido de nuestra convivencia. El contenido –añadió– son las creencias, por lo que su respeto es una exigencia ineludible. (D.S.C. de 23 mayo de 1978, p. 2602). Y el Sr. Roca Junyet recordó que “dentro de esos principios, derechos y libertades fundamentales están las propias creencias –artículo 16 CE-. (D.S.C. de 23 mayo de 1978 p. 2607).

<sup>34</sup> Este autor opina que la dignidad humana debe considerarse como valor superior

<sup>35</sup> SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ. 7.; 242/1994 de 20 de julio; 107/1984 de 23 de noviembre FJ. 2; 99/1985 de 30 de septiembre, FJ. 2

Y agrega en otra sentencia que “la dignidad de la persona se halla íntimamente vinculada con el *libre desarrollo de la personalidad* (artículo 10)<sup>36</sup> y los derechos a la integridad física y moral (artículo 15) a la libertad de ideas y creencias (artículo 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18). Es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.<sup>37</sup>

⇒ El tercer principio lo constituye *la libertad, individual y colectiva* en todas sus manifestaciones: libertad religiosa (artículo 16 CE), libertad de enseñanza (artículo 27 CE) libertad de cátedra (artículo 20.1.c. CE), libertad de asociación (artículo 20 CE), libertad de expresión (artículo 20 CE).

⇒ En cuarto lugar se encuentra *el principio de la participación*, que viene establecido con carácter general en el mencionado artículo 9.2 de la CE. Otaduy afirma que este precepto protege y da relevancia jurídica a organizaciones ideológicas –por ejemplo, desde el punto de vista técnico-jurídico las confesiones religiosas (artículo 16.1 CE)-, como aquellas que suministran bienes o servicios de componente casi exclusivamente ideológico –por ejemplo los centros docentes privados dotados de ideario educativo-. Y da relevancia constitucional a las finalidades de los grupos para obtener que la formación global del individuo sea conforme con una determinada concepción del mundo.<sup>38</sup>

Asimismo se reconoce la participación de los miembros de la comunidad educativa en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca (artículo 27.7 CE).

#### 1.4. Algunos aspectos sobre la financiación de la enseñanza. Posiciones doctrinales.

La Constitución en su artículo 27 afirma que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita (párrafo 4) y para que ello sea real y efectivo manifiesta que los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca (párrafo 9), refiriéndose así a los conciertos, convenios y financiación de centros docentes privados, con la correspondiente inspección y homologación por parte de los poderes públicos para garantizar que la ley se cumpla (párrafo 8).

En la sociedad española existen centros públicos, centros privados propiamente dichos, y centros privados concertados o con convenio. Estos centros privados pueden estar orientados ideológica o religiosamente, o bien no tener orientación alguna y ser neutrales. En este aspecto el Tribunal Supremo ha dicho que “nuestro sistema educativo está compuesto por centros escolares públicos y centros escolares privados, siendo ambas instituciones escolares convergentes y complementarias entre sí”<sup>39</sup>

Existe diversidad de opiniones entre la doctrina a la hora de interpretar el artículo 27-9 CE, así Fernández-Miranda, Lorenzo Vázquez afirman que lo que la Constitución establece es una obligación de los poderes públicos y no un derecho subjetivo de los particulares, el artículo 27-9 no enuncia un derecho fundamental a la

<sup>36</sup> En materia de enseñanza sería el artículo 27-2 CE

<sup>37</sup> STC 53/1985 de 11 de abril, FJ. 8

<sup>38</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción...* cit., p. 190

<sup>39</sup> STS 24 de enero de 1985 (RJ 250)

prestación pública. Cuestión distinta –añade– es que hay una obligación del Estado de financiar la enseñanza privada y que en cumplimiento de dicha obligación dicte una norma que sí dé nacimiento a derechos subjetivos.<sup>40</sup>

De Los Mozos Touya afirma que es cierto que no cabe convertir un derecho libertad –la libertad de enseñanza– en un derecho de prestación, como sostiene Fernández-Miranda; pero aunque de la Constitución no se desprende el derecho a la financiación de cada centro privado sí se desprende el derecho a la gratuidad de cada educando del nivel básico y el artículo 27.4 CE no distingue entre centros públicos y centros privados.<sup>41</sup>

En una línea similar, Ortiz Díaz en la enumeración que realiza del contenido de la libertad de enseñanza hace constar: “el derecho de las familias a percibir las pertinentes ayudas económicas de los poderes públicos para la educación de sus hijos o, en su caso, el derecho a la gratuidad para que la libertad de elegir centro resulte efectiva y no meramente formal.”<sup>42</sup>

Desde otro punto de vista, la mayor parte de la doctrina científica y la jurisprudencia insertan el concierto educativo en el apartado 9 del artículo 27 CE al considerarlo como una ayuda cuyos contornos se definen con precisión en la STC 77/1985 de 27 de junio, FJ.11.<sup>43</sup>

Moreno González-Aller<sup>44</sup> -refiriéndose a un supuesto concreto como es el pago de salarios de profesores en un centro concertado- dice que los párrafos 4 y 9 del artículo 27 son compromisos asumidos constitucionalmente por el Estado, son de una importancia vital a la hora de comprender la responsabilidad contenida ex lege -por la Administración educativa competente- en el pago de los salarios del personal docente de centros concertados y constituyen los “ejes valores” sobre los que se fundamenta esa responsabilidad.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “el derecho a la educación se proyecta en una doble dimensión: de libertad y prestacional, esto es, de sostenimiento de los centros privados que impartan la enseñanza básica y obligatoria con fondos públicos si concurren los requisitos que establezca la ley”<sup>45</sup>

### 1.5. Valoración general del artículo 27. CE.<sup>46</sup>

Se ha considerado por la doctrina este artículo 27 como un texto coherente, preciso y sistemático. Es genérico, constituye un marco de mínimos limitativos y de determinación positiva donde actúa la libertad de enseñanza.<sup>47</sup> Es un precepto que

---

<sup>40</sup> Fernández-Miranda A., *De la libertad de enseñanza ...cit.*, pgs. 102-103; Lorenzo Vázquez P. *Libertad religiosa...* cit., p.79

<sup>41</sup> De Los Mozos Touya I., *Educación en libertad y conciertos educativos*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1995, p.205

<sup>42</sup> Ortiz Díaz, *La libertad de enseñanza*, cit., pags. 24-29. Al margen de la polémica que entonces hubiera acerca de si la ayuda la habrían de recibir las familias o los centros.

<sup>43</sup> Falcón Alonso F., *Naturaleza y régimen de los conciertos educativos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XVII, Madrid, 1993, p. 278

<sup>44</sup> Moreno González-Aller I. *Algunas consideraciones sobre la subrogación de la Administración educativa en el pago de salarios del personal docente de centros educativos concertados*, en curso organizado por el CGPJ, Ed. Aranzadi Vol. II, Madrid, 1993, pgs. 2375-2376.

<sup>45</sup> STC 86/1985 de 10 de julio, FJ. 3. Y la STS de 13 de octubre de 1995 (RJ. 7489) recuerda que “la conexión entre los párrafos 4 y 9 del artículo 27 viene inequívocamente establecida en el artículo 1 del RD 2377/1985, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos”.

<sup>46</sup> También este amplio precepto en su párrafo 10, reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la ley establezca.

<sup>47</sup> Fernández-Miranda A., *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 21

refleja un equilibrio de fuerzas en permanente tensión pero que permite su desarrollo por orientaciones ideológicas divergentes.<sup>48</sup>

También se ha dicho que es un artículo muy extenso, confuso y cuyo enunciado no siempre respondía a una unidad objetiva, lo que como era inevitable que sucediera, habría de conducir a diferentes lecturas, en muchos aspectos contrapuestas.<sup>49</sup>

El Tribunal Constitucional lo ha definido como el eje que da unidad al conjunto de los preceptos incluidos en este artículo 27, afirmando que “mientras algunos consagran derechos de libertad (apartados 1,3,6), otros imponen deberes (la obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4), garantizan instituciones (apartado 10), o derechos de prestación (la gratuidad de la enseñanza básica, apartado 4), o atribuyen , en relación con ello, competencias a los poderes públicos (apartado 8) o imponen mandatos al legislador. La estrecha conexión de todos los preceptos, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula preliminar.”<sup>50</sup>

## 1.6. Resoluciones del Tribunal Constitucional.

El tema de la educación y la enseñanza es un tema conflictivo no solo en la actualidad sino a lo largo de nuestra Historia, fundamentalmente en los siglos XIX y XX, tanto desde el punto de vista político como jurídico, por lo que ocupa un lugar importante y esencial las resoluciones judiciales de los distintos órganos jurisdiccionales y en concreto las del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

### 1.6.1. STC 5/1981 de 13 de febrero.

La sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981 de 13 de febrero resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por 64 senadores representados por el comisionado D. Tomás de la Cuadra Salcedo y Fernández del Castillo contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1980 de 19 de junio reguladora del Estatuto de Centros Escolares. El recurso pide que se declare la inconstitucionalidad de los artículos que se refieren a:

- a) el ideario del centro docente privado: artículos 15, 18, 34 de la LOECE, por infracción de los artículos 16-1 y 2 CE, 20-1 b.c.d. CE y artículo 27-1 y 7 CE;
- b) el alcance de la participación de la comunidad escolar: artículos 34-2 y 3 b) y d) por infracción del artículo 27.7 CE;
- c) la asociación de padres de alumnos: artículo 18-1 por infracción del artículo 22-1 CE;
- d) las competencias de las Comunidades Autónomas: disposición adicional tercera por infracción del artículo 81 CE;
- e) y otros temas.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia –primera que se dictó en materia de educación- tuvo una *función pacificadora* tanto en el ámbito jurídico como político y

<sup>48</sup> Embid Irujo A., *Las libertades en la enseñanza*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, p. 181

<sup>49</sup> Fernández Segado F., *El sistema constitucional español*, ed. Dykinson, Madrid, 1992, p. 341

<sup>50</sup> STC 86/1986 de 10 de julio, FJ. 3.

social. Estimó parcialmente el recurso y declaró la inconstitucionalidad de los artículos siguientes de la LOECE: 34-3 b); 34-3 d); 34-2; 18-1 y disposición adicional tercera .

Hubo un voto particular por parte de los Magistrados: Tomás y Valiente, Arozamena Sierra, Latorre Segura, Díez de Velasco Vallejo y Rubio Llorente.

Esta sentencia recoge la doctrina básica en esta materia, o como dice Garrido Falla “la doctrina que contiene la sentencia representa la más *autorizada* interpretación del artículo 27 de nuestra Constitución”.<sup>51</sup>

#### 1.6.2. STC 77/1985 de 27 de junio.

En la sentencia 77/1985 de 27 de junio, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 180/1984 promovido por D. José María Ruiz Gallardón como comisionado de cincuenta y tres diputados del Congreso contra el texto de la LODE. El recurso recogía seis motivos de inconstitucionalidad:<sup>52</sup>

- El primero relativo a los criterios de admisión de alumnos en los centros públicos y privados concertados porque, según los recurrentes, estos criterios no respetaban la libertad de elección de centro docente por parte de los padres.
- El segundo relativo al ideario o carácter propio del centro privado, ya que el Proyecto de Ley no tenía en cuenta la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1981 de 13 de febrero sobre la LOECE.
- El tercero relativo a la financiación de los centros docentes concertados, ya que el Proyecto de Ley no aseguraba la financiación de los centros que impartieran enseñanzas en los niveles no obligatorios.
- El cuarto, según los recurrentes el Proyecto de Ley no respetaba la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.
- El quinto motivo es relativo a la participación de la comunidad escolar en la gestión del centro concertado, ya que las funciones asignadas al Consejo Escolar eran incompatibles con la dirección por parte del titular.
- Y el sexto relativo a las presuntas discriminaciones del Proyecto Ley que atentaban contra la libertad de enseñanza proclamada en la Constitución.

El Tribunal declara inconstitucional el artículo 22-2 LODE, relativo al carácter propio y la Disposición Transitoria cuarta, sobre la autorización del carácter propio, desestimando en todo lo demás el recurso.

En esta sentencia el Alto Tribunal cumple una *función interpretativa* muy importante. Y como manifiesta Fernández-Miranda “el Tribunal ratificó la jurisprudencia sentada en su ya conocida STC 5/1981, que entonces encontró votos particulares de cuatro magistrados, pero en esta ocasión fue unánimemente asumida.”<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Garrido Falla F., *Comentarios...* cit., p. 645

<sup>52</sup> Riu i Rovira de Villar F., *Todos tienen el derecho a la educación*, publicación del Consejo General de la educación católica, Madrid, 1988, pgs. 32-33.

<sup>53</sup> Fernández-Miranda A., Sánchez Navarro A., *Artículo 27-Enseñanza*, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Ed. EDERSA, Madrid, 1996, p. 199

## 1.7. Fuentes del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza.

### 1.7.1. Bases constitucionales.

Las bases constitucionales del derecho a la educación y del derecho a la libertad de enseñanza se encuentran fundamentalmente en el artículo 10-1 CE que se refiere a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherente y el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del principio de convivencia democrática y pacífica y del orden político.

También el artículo 16 CE que garantiza la libertad ideológica y religiosa, que se considera fundamento de la libertad de enseñanza y de la neutralidad ideológica de los centros docentes públicos. Artículo que recoge además del principio de libertad religiosa, tanto de los individuos como de las comunidades, con las limitaciones establecidas por la ley, y que han de ser las precisas para mantener el orden público (párrafo 1); el principio de aconfesionalidad o laicidad y consiguiente neutralidad y el de cooperación entre las Iglesias, Comunidades y Confesiones religiosas y el Estado (párrafo 3).

La libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (artículo 27-1) puede ser entendida –y así lo afirma el Tribunal Constitucional- como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente los artículos 16-1 y 20.1.a ).<sup>54</sup>

También hay que tener en cuenta el artículo 20 CE que reconoce y protege los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (párrafo 1-a); la libertad de cátedra (párrafo 1-c).

Y el artículo 21 CE que reconoce el derecho de reunión y el artículo 22 que reconoce el derecho de asociación.

### 1.7.2. Otras fuentes de estos derechos.

Existen *otras fuentes* que tienen relación, aunque de forma más indirecta, con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, tales como:

- El deber de los padres a prestar la asistencia de todo orden a los hijos (...) durante la minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda (artículo 39 CE).
- El derecho de acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho y que ha de ser promovido y tutelado por los poderes públicos (artículo 44 ).
- El artículo 149.1, ya mencionado más arriba, según el cual, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (apartado 1); y en la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo de artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.(apartado 30).

---

<sup>54</sup> STC 5/1981 de 13 febrero, FJ.7

- Y en relación con las Comunidades Autónomas, el artículo 148.1 que dispone que la Comunidad Autónoma puede asumir competencias, según apartado 15: en museos bibliotecas, conservatorios de música..., y apartado 17: en el fomento de la cultura, de la investigación, y en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma. En la actualidad se ha traspasado a las Comunidades Autónomas las competencias relativas a la educación, aunque faltan algunos aspectos relativos a la enseñanza de la religión en algunas Comunidades Autónomas.

## 1.8. Protección de los Derechos Fundamentales.

La protección de los derechos fundamentales tiene su base jurídica en el artículo 53 CE que dispone que estos derechos y libertades del Capítulo II del Título I de la Carta Magna vinculan a todos los poderes públicos; esto es al poder legislativo, ejecutivo y judicial que han de tener en cuenta todos los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Texto Constitucional a la hora de realizar sus funciones. Y establece una serie de garantías que siempre han de respetar el contenido esencial de los derechos constitucionales; las leyes que desarrollen estos derechos fundamentales y libertades públicas han de revestir la forma de Ley Orgánica (artículo 81 CE). Cabe mencionar fundamentalmente: Las garantías jurisdiccionales y las garantías internacionales.

### 1.8.1. Garantías jurisdiccionales.

Las garantías jurisdiccionales<sup>55</sup> supone la posibilidad de acudir a los Tribunales cuando un derecho o libertad fundamental, como puede ser el derecho a la educación y demás derechos reconocidos en el artículo 27, ha sido lesionado.

1. Si la vulneración proviene de normas de carácter general, cualquiera que sea su rango, si son: a) normas con fuerza de ley: se podrá interponer recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional conforme a lo dispuesto en el artículo 161.1.a); b) disposiciones reglamentarias: se seguirá un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad<sup>56</sup> ante los Tribunales ordinarios, o bien se podrá presentar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. Cuando la vulneración proviene de un acto público no normativo: se aplica lo dispuesto en el artículo 53,2 CE, es decir, puede seguirse un procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

---

<sup>55</sup> Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa...* cit., p. 47

<sup>56</sup> Ley 62/1978 de 26 de diciembre de Protección jurisdiccional de los Derechos y Libertades fundamentales de la persona. Esta Ley no incluye entre los derechos protegidos ninguno de los derechos educativos. Si bien la Disposición Transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establecía que extendía la protección jurisdiccional especial a la totalidad de los preceptos a que se refiere el artículo 53,2 CE. –“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II.”-. Por tanto se encuentran incluidos los derechos educativos.



## 1.8.2. Garantías Internacionales.

Las garantías internacionales, que tienen su fundamento jurídico en el artículo 10.2 CE, en relación con el 96 del Texto constitucional, suponen la posibilidad, de una parte, de invocar ante los Tribunales españoles la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, y de otra, la de fundamentar la inconstitucionalidad de una ley por presunta vulneración que esta ley pueda hacer de la interpretación llevada a cabo por los Tribunales Internacionales.<sup>57</sup>

## 2. TEXTOS INTERNACIONALES.

### 2.1. El Artículo 10.2 CE.

El artículo 10-2 CE dispone: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Este precepto incorpora los Tratados Internacionales como criterio interpretativo de las normas que regulan los derechos y libertades fundamentales que la Constitución reconoce.

Así pues, el derecho a la educación, la libertad de enseñanza y los demás derechos y libertades que la Constitución reconoce en su artículo 27 han de interpretarse conforme a los Textos Internacionales que formen parte de nuestro ordenamiento jurídico. Ya que los Tratados Internacionales válidamente celebrados y una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno y sus disposiciones solo podrán ser derogados, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional.<sup>58</sup>

La razón de ser está en que, en muchos casos, los Tratados Internacionales concretan con mayor claridad que la propia Constitución, tanto el alcance del derecho a la educación y la libertad de enseñanza como la exigencia de superar cualquier tipo de discriminación en este campo.<sup>59</sup>

Lo establecido en el artículo 10.2 CE supone tener en cuenta, no solo el contenido de los distintos Textos Internacionales fundamentales sino también aceptar la jurisprudencia obtenida en aplicación de dichos Textos y que las sentencias que se dicten en España sean conformes con los mismos.

De Los Mozos Touya opina que “al elevar el artículo 10.2 CE a rango constitucional los más importantes Acuerdos Internacionales en esta materia –contrarios a cualquier monopolio público de la enseñanza y la educación- refuerzan y completan el sentido del reconocimiento que realiza el artículo 27 respecto de la libertad de enseñanza en sus diversas manifestaciones”.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Ibidem, p. 48 ; Garcia de Enterría E., Linde E., Ortega L.I., y Sánchez Morón M., *El Sistema Europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1979, pgs. 153-154

<sup>58</sup> Artículo 96 CE

<sup>59</sup> Riu i Rovira F., *Todos tienen el derecho...* cit., p. 41.

<sup>60</sup> De Los Mozos Touya I., *Educación en libertad ...*, cit., p. 250, nota 524.

## 2.2. Tratados y Acuerdos: Enumeración.

### 2.2.1. En el ámbito Internacional.

Los Textos sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en el ámbito Internacional son los siguientes:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>61</sup> de 10 de diciembre de 1948, que para un sector de la doctrina tiene más autoridad moral que efectos jurídicos vinculantes.<sup>62</sup>
- Los Pactos Internacionales de 19 de diciembre de 1966: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>63</sup> Son una garantía para la efectividad en el cumplimiento de la DUDH. Se puede decir de ellos que facilitan no solo su cumplimiento sino también su tutela.<sup>64</sup>
- La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, el 14 de abril de 1960.<sup>65</sup>
- Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.<sup>66</sup>

### 2.2.2. En el ámbito Europeo

En el ámbito europeo se encuentran fundamentalmente:

- El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950:<sup>67</sup> Protocolo Adicional número 1 del presente Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre enseñanza de 20 de marzo de 1952.<sup>68</sup>
- La Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza de 14 de marzo de 1984, que no tiene la categoría de Tratado o Acuerdo Internacional pero que recoge los preceptos contenidos en la DUDH y los Pactos Internacionales de 1966.

---

<sup>61</sup> En adelante DUDH.

<sup>62</sup> Embid Irujo A., *Las libertades...* cit., p. 274.

<sup>63</sup> Ratificados por España el 13 de abril de 1977 (B.O.E. núm. 103 de 30 de abril).

<sup>64</sup> Vid., De la Cierva y de Hoces M.R., *Derechos Humanos y Educación*, Corintios XIII, núm. 88, 1998, pgs. 165-166.

<sup>65</sup> La firma se llevó a cabo el 15 de diciembre. España depositó el Instrumento de aceptación de la misma el 20 de agosto de 1969, y de conformidad con el artículo 14 de la Convención, entró en vigor para España el 20 de noviembre de 1969 (BOE núm. 262 de 1 de noviembre de 1969).

<sup>66</sup> Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313 de 31 de diciembre).

<sup>67</sup> En adelante CEDH. Fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado el 4 de octubre de 1979 (BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979).

<sup>68</sup> Con carácter general entró en vigor el 18 de mayo de 1954. España lo firma en Estrasburgo el 23 de febrero de 1978. Es ratificado por Instrumento de 2 de noviembre de 1990 y entró en vigor para España el 27 de noviembre de 1990, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de dicho Protocolo.

- Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1 de febrero de 1995.<sup>69</sup>

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000 de Niza.

- El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979.<sup>70</sup>

### 2.3. El derecho a la Educación en los Textos Internacionales: características y contenido. Alusión al Informe Delors.

El derecho a la educación está reconocido en la DUDH, artículo 26 que enumera, de forma expresa, aquellos aspectos educativos que han de ser favorecidos ya que contribuyen a facilitar y completar la formación integral perseguida en la educación de los alumnos. Es más amplio y concreto en su enumeración que el artículo 27-2 CE.

Establece en el apartado 1 “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”

Esta línea es la seguida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 que utiliza la fórmula “los Estados Partes reconocen” y habla de dignidad y de participación en la sociedad. En su artículo 13.1 reconoce el derecho de toda persona a la educación y que ésta debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe favorecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Asimismo añade que “la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las Naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 se refiere a la educación en su artículo 28, que tiene carácter universal y estableciendo un *mínimum*: “Todo niño tiene derecho a la educación y es obligación del Estado asegurar, al menos, la educación primaria, gratuita y obligatoria, y la aplicación de la disciplina escolar deberá respetar la

---

<sup>69</sup> Consejo de Europa. Instrumento de ratificación el 1 de septiembre de 1995 (BOE de 23 de enero de 1998. Corrección de errores: BOE de 14 de febrero de 1998).

<sup>70</sup> En adelante AEAC. Firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979, ratificado en Madrid el 4 de diciembre de 1979 (BOE de 15 de diciembre de 1979).

dignidad del niño en cuanto persona humana”. Y en cuanto a los objetivos<sup>71</sup>, la educación debe estar orientada a desarrollar la personalidad y capacidad del niño a fin de prepararlo para la vida adulta y desarrollar el respeto de los derechos humanos elementales, el respeto por los valores culturales y nacionales, propios y de civilizaciones distintas a la suya.

Este derecho también está protegido en el Protocolo Adicional al CEDH que reconoce el derecho a la instrucción y lo hace en forma negativa. No utiliza el término educación sino instrucción, no habla de obligatoriedad ni gratuidad de la enseñanza sino que se limita a disponer en su artículo 2: “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción”.

La Recomendación sobre la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, adoptada por la UNESCO, en su 18º período de sesiones, el 19 de noviembre de 1974, precisa que la palabra “educación” designa “el proceso global de la sociedad a través del cual las personas y los grupos sociales aprenden a asegurar conscientemente, dentro de la comunidad nacional e internacional y en su beneficio, el desarrollo integral de su personalidad, de sus capacidades, de sus disposiciones, de sus aptitudes y de su saber”.

El Parlamento europeo mediante la Resolución de 14 de marzo 1984 recoge una serie de principios entre los que se encuentran los siguientes: “todos los niños y jóvenes tienen derecho a la educación y la enseñanza” (principio 1); “la educación y la enseñanza debe tender al pleno desarrollo de la personalidad y al reforzamiento del respeto a los derechos del Hombre y a las libertades fundamentales” (principio 5).

La Carta de Derechos Fundamentales de Niza lo reconoce en su artículo 14 que dispone: 1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. 2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

Y el Convenio-marco para la protección de la Minorías nacionales de 1995, su artículo 6 establece que “las Partes promoverán un espíritu de tolerancia y de diálogo intercultural, y tomarán medidas eficaces para favorecer el respeto y la comprensión mutuas entre todas las personas que vivan en su territorio, sea cual fuere su identidad étnica, cultural, lingüística o religiosa, en particular, en los campos de la *educación, de la cultura* y de los medios de comunicación.”

Y el artículo 12 precisa que “en caso necesario, las Partes tomarán medidas en los campos de educación y de la investigación para fomentar el conocimiento de la cultura, la historia, la lengua y la religión de sus minorías nacionales así como de la mayoría.”

Como se puede comprobar esta reconocido y protegido el derecho a la educación en los distintos Textos internacionales. A la hora de su regulación sería interesante y conveniente tener en cuenta los argumentos y observaciones recogidos en el

---

<sup>71</sup> Vid., artículos 2 LODE, 1 LOGSE, 2 LOCE y Título I que habla de la estructura del sistema educativo, artículos 7 y ss., de la LOCE.

denominado Informe Delors<sup>72</sup> que habla, por ejemplo, que en el siglo XXI la educación deberá transmitir, masiva y eficazmente, un volumen cada vez mayor de conocimientos teóricos y técnicos evolutivos, adaptados a la civilización cognitiva, porque son las bases de las competencias del futuro. Simultáneamente deberá hallar y definir orientaciones que permitan conservar el rumbo en proyectos de desarrollo individuales y colectivos y no dejarse sumergir por corrientes de informaciones más o menos efímeras. Para cumplir el conjunto de las misiones que le son propias, la educación debe estructurarse en torno a cuatro aprendizajes fundamentales, que en el transcurso de la vida serán para cada persona, en cierto sentido, los pilares del conocimiento:

- *aprender a conocer*, es decir, adquirir los instrumentos de la comprensión, y que puede considerarse a la vez medio y finalidad de la vida humana. En cuanto medio, consiste para cada persona en aprender a comprender el mundo que la rodea, al menos suficientemente como para vivir con dignidad, desarrollar sus capacidades profesionales y comunicarse con los demás. Como fin, su justificación es el placer de comprender, de conocer, de descubrir.

- *aprender a hacer*, para poder influir sobre el propio entorno. Está más estrechamente vinculado a la cuestión de la formación profesional. Aprender a hacer en el marco de las distintas experiencias sociales o de trabajo.

- *aprender a vivir juntos*, para participar y cooperar con los demás en todas las actividades humanas. La relación se ha de establecer en un contexto de igualdad y se han de formular objetivos y proyectos comunes, respetando los valores de pluralismo, comprensión mutua y paz. Recordando que la educación tiene una doble misión: enseñar la diversidad de la especie humana y contribuir a una toma de conciencia de las semejanzas y la interdependencia entre todos los seres humanos.

- *aprender a ser*, un proceso fundamental que recoge elementos de los tres anteriores. Reafirmando el principio fundamental de que la educación debe contribuir al desarrollo global de cada persona: cuerpo y mente, inteligencia, sensibilidad, sentido estético, responsabilidad individual, espiritual...

Es decir, importa concebir la educación como un todo.

#### 2.4. El Derecho a la Libertad de Enseñanza en la normativa Internacional.

El derecho a la libertad de enseñanza comprende en su contenido distintas manifestaciones tales como: el derecho a crear centro docente y dirigirlo, el derecho de los padres a elegir un tipo de educación y a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Los Textos Internacionales regulan la libertad de enseñanza como derivación de la libertad de pensamiento.<sup>73</sup>

Cuando la DUDH en su artículo 26-3 dispone que “los padres tendrán el derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”, vincula el derecho de los padres al derecho a la educación; debe entenderse el derecho a la

---

<sup>72</sup> “La educación encierra un tesoro”. Informe de la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI, presidida por Jacques Delors, Grupo Santillana, Ediciones UNESCO, Madrid 1996, pgs. 96 y siguientes.

<sup>73</sup> Artículo 18 de DUDH, artículo 18.1 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.1 del CEDH, artículo 9 de la Convención de la UNESCO de 1960. Embid Irujo A., *Las libertades...* cit., p. 275

educación no como derecho social de prestación sino como libertad en el acceso a la educación.

Embid Irujo pone de manifiesto que el derecho a la educación y el derecho de los padres a elegir un tipo de educación para sus hijos, son conceptualmente separables pero están unidos en sus efectos; la titularidad del derecho a la educación correspondería al alumno aún cuando debiera ser ejercida por sus padres o tutores, mientras que el derecho de los padres a determinar la educación de sus hijos, es de éstos. Y añade, estos derechos –el derecho a la educación y el derecho de los padres– quedan justificados con la existencia de escuelas privadas al margen de las públicas y con el acceso a las públicas sin condiciones de discriminación.<sup>74</sup>

En el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se afirma que los Estados Partes se comprometen a 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 aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 13-3). Y el apartado 4 agrega que “nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y *dirigir* instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”. Reconoce de forma expresa el derecho del titular de un centro privado a dirigirlo.<sup>75</sup>

En estos párrafos se recoge el derecho de los padres o tutores a escoger el centro docente que no precisamente ha de ser público, a escoger la formación religiosa y moral de sus hijos y el derecho de personas físicas y jurídicas a establecer instituciones docentes. Y se recuerda el derecho del Estado a la ordenación general de la enseñanza y a establecer las normas mínimas comunes a todos: niveles de enseñanza, escolarización obligatoria, así como las enseñanzas mínimas a fin de garantizar una formación común de todos los alumnos.<sup>76</sup>

Con respecto a los estándares técnicos que establece la Administración, tanto para los centros públicos como privados pueden referirse a aspectos pedagógicos, docentes-sanitarios –como pueden ser las dimensiones de locales, calidad de las instalaciones, zonas de recreo–, o la exigencia de la titulación necesaria del profesorado, la ratio profesor-alumno, las materias obligatorias... Se trata de unas normas de *ius cogens* o derecho obligatorio pero mínimas y no de una reglamentación detallista y anuladora de la libertad y autonomía pedagógica del centro docente.<sup>77</sup>

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se comprometen los Estados Partes 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 (artículo 18-4).

---

<sup>74</sup> Ibidem, p.279

<sup>75</sup> Vid., STC 77/1985 de 27 de junio, FJ. 20

<sup>76</sup> Vid., artículo 8-2 LOCE

<sup>77</sup> Ortiz Díaz, J., *La libertad...cit.*, pas. 74 y 76. La STS de 29 de septiembre de 1979 (RJ. 3179) plantea una situación de transición y se refiere a la creación de centros docentes y el control estatal. Se recurre una Orden Ministerial de fecha anterior a la entrada en vigor, como norma interna del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que según su artículo 27-1, tuvo lugar el 27 de julio de 1977, dada la fecha de ratificación por el Estado español. Las normas mínimas vienen determinadas por la L.G.E de 1970 y el asunto tendría que resolverlo el Tribunal Constitucional (considerando tercero).

Se ha planteado por la doctrina la polémica<sup>78</sup> consistente en determinar si el derecho de los padres a elegir la educación que deben recibir sus hijos obliga a los poderes públicos a subvencionar cualquier elección de los padres. El problema está en su encuadramiento en los llamados Derechos Civiles o en los Derechos Económicos, ya que las consecuencias son distintas desde el punto de vista de la actitud del Estado:

- en los derechos civiles no habría aporte económico del Estado sólo tendría un deber de abstención;
- en los derechos económicos habría aporte económico.

Y la cuestión se complica si se tiene en cuenta que un instrumento jurídico internacional como es el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, contiene el término económico. En opinión de Embid Irujo la mayoría de los autores se inclinan por el aspecto civil del derecho aunque reconozcan sus incidencias socioeconómicas.

La Declaración Universal sobre la Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones de 25 de noviembre de 1981, que recoge un catálogo de principios, derechos y libertades relativas a la libertad religiosa, -no tiene carácter vinculante desde el punto de vista jurídico-, manifiesta que “no se obligará a ningún niño instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño” (artículo 5 párrafo 2) y “cuando un niño no se halle bajo la tutela de sus padres o tutores se tomará debidamente en consideración los deseos expresados por aquellos o cualquier prueba que se haya obtenido de sus deseos en materia de religión o de convicciones, sirviendo de principio rector el interés superior del niño” (párrafo 4).<sup>79</sup>

El Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH se refiere a la libertad de enseñanza ya que según su artículo 2 el Estado respetará este derecho en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y la enseñanza.<sup>80</sup> Dicho precepto afirma expresamente que “respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

---

<sup>78</sup> Embid Irujo A., *Las libertades...* cit., pags. 277-278.

<sup>79</sup> El 10 de marzo de 1986, la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1986/20 de 10 marzo toma la decisión de nombrar un Relator Especial de Naciones Unidas para la libertad de religión y convicciones, para examinar los incidentes y las medidas gubernamentales observadas en muchas partes del mundo, que son incompatibles con las disposiciones de la Declaración y para recomendar las medidas a tomar para poner remedio, según convenga. Por iniciativa del Relator Especial –Sr. Abdelfattah Amor-se celebró en Madrid la Conferencia Consultiva Internacional sobre Educación Escolar en relación con la Religión y creencias, la tolerancia y no discriminación en los días 23 a 25 de noviembre de 2001. La finalidad perseguida era exponer de manera clara y ser examinada atentamente la cuestión de la prevención de la intolerancia y de la discriminación fundada en la religión o las convicciones en el ámbito y papel estratégico de la educación. *“La Libertad Religiosa en la Educación Escolar”*. Coordinado por Alberto de la Hera y Rosa María Martínez de Lodes. Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos Religiosos. Madrid, 2002, pgs. 19 y ss.

<sup>80</sup> Zumaquero J.M., *La Constitución Española de 1978 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Revista Persona y Derecho, 1981, p. 341.

Se ha interpretado por la doctrina<sup>81</sup> como obligación de establecer y reconocer en sus respectivos ordenamientos internos la libertad de creación de escuelas para que se encuentre respetado el derecho paterno.<sup>82</sup>

La Resolución del Parlamento Europeo de 1984 afirma que la libertad de educación y de enseñanza debe estar asegurada (principio 6). Esta libertad incluye el derecho a abrir un centro y de impartir en él un tipo de enseñanza, distinguiendo el principio 7 diversos supuestos:

- Esta libertad incluye el derecho de los padres a elegir para sus hijos, entre los existentes, un centro que ofrezca a estos la enseñanza deseada. A este respecto, el niño debe también poder entrar en un centro que, tanto en la educación como en la enseñanza, no de primacía a ninguna religión ni a ninguna filosofía.
- El Estado no deberá recomendar o privilegiar a las escuelas confesionales en general o a los centros de una confesión religiosa determinada, ni hacer prevalecer parecidas recomendaciones o privilegios a favor de la enseñanza no confesional.
- Es a los padres a quienes corresponde decidir el tipo de escuela a que han de acudir sus hijos hasta que ellos puedan decidir por sí mismos. A este fin, el Estado tiene la obligación de prever los centros públicos y privados necesarios.

Y más adelante se refiere al reconocimiento de los centros privados manifestando que “los centros creados por la iniciativa privada que cumplan las condiciones materiales previstas por la ley para conceder los oportunos certificados, son reconocidos por el Estado. Estos centros expiden los mismos títulos que las escuelas públicas” (principio 8).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 reconoce el derecho a la creación de centros, haciendo una remisión a las respectivas leyes nacionales, al disponer en su artículo 14.3 que “se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centro docente dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”. Obsérvese que se habla de forma expresa de convicciones pedagógicas por primera vez, además de las religiosas y filosóficas.

El Convenio-marco para la protección de las Minorías nacionales se refiere a ello afirmando que “dentro del marco de su sistema educativo, las Partes reconocerán a las personas pertenecientes a una minoría nacional el derecho a crear y dirigir sus propios centros privados de enseñanza y de formación (artículo 13-1); y hace una aclaración en su apartado segundo: “el ejercicio de este derecho no implicará ninguna obligación financiera para las Partes”.

Y en el AEAC de 1979 se reconoce el derecho a establecer centros docentes por la Iglesia y se establece que los centros docentes de nivel no universitario, cualquiera que sea su grado y especialidad, establecidos o que se establezcan por la Iglesia, se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer sus actividades (artículo IX); asimismo la Iglesia Católica puede establecer

---

<sup>81</sup> Martín de Vesés C., *Regulación Internacional del Derecho a la Educación*, Estudios de Derecho Internacional, homenaje al profesor Miaja de la Muela. Tomo I. Ed. Tecnos, Madrid 1979, p.,574.

<sup>82</sup> Vid., STS 1 de octubre de 1984, FJ. 3



seminarios menores diocesanos y religiosos, cuyo carácter específico será respetado por el Estado (artículo VIII).

## 2.5. Derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito internacional.

### 2.5.1. Derecho a la igualdad.

La DUDH afirma que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”(artículo 7).

El punto fundamental de la igualdad en la educación que se reconoce en los documentos y Tratados internacionales es el de la igualdad de acceso, el de igualdad ante el servicio educativo, en opinión de Ortiz Díaz, y no el de igualdad prestacional que posee limitaciones y engendra perniciosas estandarizaciones. Y distingue la accesibilidad física, económica y jurídica.<sup>83</sup>

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 se refiere a esa accesibilidad en su artículo 13-2, distinguiendo tres niveles educativos:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y *asequible* a todos gratuitamente.
- b) La enseñanza secundaria, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y *hacerse accesible a todos* por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
- c) La enseñanza superior debe *hacerse, igualmente, accesible a todos* sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

Siguiendo la misma línea, la Convención de la UNESCO de 1960 se compromete a asegurar “la igualdad de oportunidades y de trato” en el campo de la enseñanza, ya que no se puede hablar de igualdad real en educación si no se logra una igualdad de oportunidades de todos los alumnos para el acceso a una educación de calidad de acuerdo con sus capacidades.

Y en especial –continúa el artículo 4- a: a) hacer obligatoria y gratuita la enseñanza primaria, generalizar y hacer accesible a todos la enseñanza secundaria en sus diversas formas; hacer accesible a todos, en *condiciones de igualdad total* y según la capacidad de cada uno, la enseñanza superior; b) mantener el mismo nivel de calidad en los centros públicos de enseñanza...

Es decir, que el principio de igualdad de oportunidades ha de ser considerado en una doble vertiente:<sup>84</sup>

- En relación con la diversidad de centros docentes: acceso a centros que imparten el nivel educativo correspondiente, de titularidad pública o privada sin discriminación y que estos centros dispongan de los medios necesarios para impartir una educación de calidad de acuerdo con el carácter propio de cada uno de ellos si son privados.
- En atención con la diversidad existente entre los alumnos que acuden al centro, que éstos tengan igual posibilidad de desarrollar sus aptitudes y sus capacidades.

<sup>83</sup>Ortiz Díaz J. *La libertad...* cit., p. 97

<sup>84</sup>Riu i Rovira F. *Todos tienen el derecho...* cit., pgs 75-76

El principio de igualdad de oportunidades se refiere al concepto de dignidad de todos los alumnos, dignidad que implica que todos puedan ejercer por igual el derecho a la educación y por ello, el derecho a la ayuda que necesitan para su crecimiento personal, y que el sistema educativo y los centros de enseñanza estén en condiciones de ofrecer esta ayuda sin discriminar a nadie por ningún motivo.<sup>85</sup>

La Resolución del Parlamento Europeo de 1984 pone el acento en el aspecto económico del tema manifestando que el Estado debe proteger la libertad de enseñanza y evitar discriminaciones. “El derecho a la libertad de enseñanza implica la obligación de los Estados miembros de hacer posible el ejercicio práctico de este derecho incluido el aspecto económico, y de *conceder* a los centros las *subvenciones públicas* necesarias para el ejercicio de su misión y el cumplimiento de sus obligaciones *en condiciones idénticas* a las que disfrutaban los correspondientes *centros públicos*, sin discriminación por razón de la entidad titular, los padres, los alumnos o el personal. Sin embargo, esto no es obstáculo para que las escuelas creadas por iniciativa privada pidan una determinada aportación personal que refleje su propia responsabilidad y tienda a fortalecer su independencia. (principio 9).

Y el Convenio-marco para la protección de Minorías nacionales de 1995 afirma que las Partes se comprometen a promover la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación a todos los niveles para las personas pertenecientes a minorías nacionales (artículo 12-3).

#### 2.5.2. Derecho a la no discriminación.

La DUDH establece con carácter general que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (artículo 2.1).<sup>86</sup> Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional o de territorio... (artículo 2.2.).

Es la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en el campo de la enseñanza de 1960, el texto que más ampliamente regula este tema. Define el término discriminación en su artículo 1 como “toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, sexo, idioma, religión, las opiniones políticas o de cualquier índole, el origen nacional o social, la posición económica o de nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y en especial:

- a) excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;
- b) limitar a un nivel inferior la educación de una persona o un grupo;
- c) instituir o mantener sistemas o centros de enseñanza separados para personas o grupos;
- d) colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana”.

---

<sup>85</sup> Ibidem, p. 76

<sup>86</sup> En el mismo sentido lo recoge la Resolución del Parlamento europeo en su principio 2

Se considera que no causan discriminación la creación o mantenimiento de sistemas o centros de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y femenino siempre que cumplan unos requisitos como que ofrezcan facilidades equivalente de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente cualificado, así como de locales y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes (artículo 2.a.); o sistemas o centros separados por motivos de orden religioso o lingüístico que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos si cumplen los requisitos legales de la autoridad competente (artículo 2.b); ni causa discriminación la creación de centros de enseñanza privados “siempre que su finalidad no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público” y sean conformes a la normativa aprobada por la autoridad competente (artículo 2.c.).<sup>87</sup>

Y añade en su artículo 3 que los Estados Partes se comprometen, a fin de *eliminar y prevenir* cualquier discriminación, a: derogar disposiciones y abandonar prácticas administrativas que entrañen discriminaciones; adoptar medidas para no discriminar en la admisión de alumnos, en la concesión de becas o ayudas a los centros; y conceder a los extranjeros residentes en su territorio el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que los ciudadanos del propio país.<sup>88</sup>

El CEDH de 1950 dispone la prohibición de discriminación en el goce de los derechos reconocidos en el Convenio (artículo 14).

Y la Declaración universal sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981 afirma que “el niño estará protegido de cualquier forma de discriminación por motivos de religión o convicciones. Se le educará en el espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respeto a la libertad de religión o de convicciones de los demás y en la plena conciencia de que su energía y talento deben dedicarse al servicio de la humanidad” (artículo 5-3).

El Relator Especial de Naciones Unidas para la libertad de religión y convicciones, en un estudio titulado “Discriminaciones raciales y discriminaciones religiosas: identificación y medidas”,<sup>89</sup> estima que entre los factores que favorecen las discriminaciones y la intolerancia, “se debería mencionar la ignorancia y la falta de conocimiento adecuado de los demás, de su religión y costumbres, de sus ritos, de sus mitos, la falta o carencia de diálogo, los estereotipos, los prejuicios, el papel negativo de la educación y de los medios de comunicación” y termina su estudio subrayando la importancia de una educación que tienda a favorecer el diálogo y el conocimiento positivo de los demás y la iniciación de los jóvenes al respeto a los demás.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Vid., STS de 24 de enero 1985 FJ. 4 y 6 (RJ. 250) con respecto a la creación y mantenimiento de centros privados que constituyen una exigencia del régimen de libertades propio de una sociedad democrática.

<sup>88</sup> Artículo 27-1 CE “Todos tienen el derecho a la educación”, derecho cuya titularidad corresponde a todos los españoles y extranjeros residentes en España; también artículo 1 de la LODE.

<sup>89</sup> A/CONF.189/PC.1/7, presentado a la primera sesión del Comité Preparatorio de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, La Xenofobia y las Formas conexas de Intolerancia, conforme a la resolución 1999/78 de la Comisión, titulada “El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia” de 28 de abril de 1999.

<sup>90</sup> La libertad religiosa en la Educación escolar... , cit., punto 25 p. 27.

## 2.6. Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

El artículo 16 CE se refiere a la “libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades”. Viladrich distingue tres grandes derechos humanos:<sup>91</sup>

- Libertad de pensamiento o ideológica: tiene por objeto las ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre el mundo y la vida, pensamiento filosófico, cultural, científico, político.
- Libertad de conciencia o de creencias: se refiere al juicio de ética, moralidad y creencias que la persona tiene sobre el bien y el mal.
- Libertad de religión que tiene por objeto la fe como acto y como contenido, los cultos y sus manifestaciones.<sup>92</sup>

La DUDH en su artículo 18 reconoce que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión; éste derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la *enseñanza*, la práctica, el culto y la observancia”.

De igual forma lo regula el artículo 18.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el párrafo siguiente dispone las limitaciones a esta libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias y serán “las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

Esta misma línea sigue el CEDH en su artículo 9.1, si bien en su párrafo 2 matiza al referirse a las restricciones o limitaciones diciendo “aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática”...para la seguridad, el orden o protección de los derechos y libertades de los demás.

Y la Resolución del Parlamento Europeo se refiere a que “el respeto a la libertad de conciencia deber ser garantizado tanto en los centros públicos dependientes directamente del Estado como en los centros vinculados a él mediante contrato (principio 7). Y la Carta de Derechos Fundamentales de Niza de 2000 también protege la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de manifestar su religión a través de la enseñanza (artículo 10).

## 2.7. Derecho a la libertad de expresión.

Se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina<sup>93</sup> que el problema fundamental del principio de libertad de enseñanza no es distinto del que plantea la libertad de expresión, esto es, la forma de articular el pluralismo social.

El pluralismo informativo y la opinión publica se articula a través de los medios de comunicación homogéneos y coherentes y la libertad individual de periodista debe

---

<sup>91</sup> Viladrich P.J., Ferrer Ortiz J., *Principios informadores del Derecho Eclesiástico Español*, en VVAA. “Derecho Eclesiástico del Estado español” 4ª edición, EUNSA, Pamplona 1944.

<sup>92</sup> El TC considera que la libertad de enseñanza es proyección de este derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones. (STC 5/1981 FJ.7)

<sup>93</sup> Fernández-Miranda A., y Sánchez-Navarro A., *El artículo 27*,... cit., pgs. 186-190

realizarse con respecto a los canales de integración de la opinión pública. Incluso, como institución progresista, la Constitución incluye la cláusula de conciencia para proteger la integridad moral del periodista.

La libertad de enseñanza -entendida en sentido amplio y de la misma forma que la libertad de expresión- presupone la libertad de conciencia y la asunción del principio de libre transmisión de opiniones y del saber. En este sentido extenso, libertad de enseñanza es libertad de transmitir los propios conocimientos con los límites genéricos impuestos para la libertad de expresión, libertad de acceder a dichos conocimientos mediante el derecho a la información y a procurarse los cursos que se estimen pertinentes, libertad de crear centros de enseñanza o de transmisión del pensamiento sobre las mas variadas cuestiones. En este sentido la libertad de enseñanza como libertad pública nada añade al de libertad de expresión y derecho a la información.

La DUDH se refiere al derecho a la libertad de expresión y a su contenido en el artículo 19 al establecer que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser procesado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 también regula este derecho aunque se detiene más en la forma de ejercitarlo. Inicia el precepto con una fórmula negativa: 1. “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o cualquier otro procedimiento de su elección” (artículo 19).

En el ámbito europeo el CEDH de 1950 se refiere a la libertad de expresión en su artículo 10 recogiendo sus limitaciones con carácter general. Es de enunciado parecido a los demás Textos Internacionales mencionados y se refiere a los Estados y una posible autorización. Afirma que “Toda persona tiene el derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades pública y sin consideraciones de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Y el Convenio-marco de 1995 asegura a toda persona perteneciente a una minoría nacional el respeto del derecho de libertad de expresión en su artículo 7.

## 2.8. El derecho a la libertad de reunión y asociación.

Estos derechos están regulados tanto en la DUDH, “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación” (artículo 20), como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 21, que reconoce “el derecho de reunión pacífica; y el derecho a asociarse libremente con otras personas” y acto seguido se refiere a los límites y restricciones que se pueden establecer y que son de contenido similar a las establecidas en otros derechos ya mencionados como el derecho de libertad de conciencia, la libertad de expresión.

El CEDH regula y garantiza este derecho a la libertad de reunión y asociación en su artículo 11, de forma similar aunque con mayor concreción. Y el Convenio-marco de 1995 en su artículo 7.

## 2.9. Simposio Internacional sobre educación, 1994.<sup>94</sup>

Periódicamente se celebran reuniones a nivel Internacional en las que se debate sobre la educación y la libertad de enseñanza. En 1994 el Simposio celebrado en Ginebra, tras resumir las críticas más frecuentes realizadas a los sistemas educativos de la Comunidad Europea (como que el sistema educativo es incapaz de dar una cultura general, preparar para la vida profesional y dispensar una verdadera educación; que la educación no supone una prioridad en las políticas de la mayoría de los países, sobre todo desde el punto de vista económico...) concluyó que era prioritario dar a la tarea educativa una dimensión humanista y personalizada –exigida por su propia naturaleza-, tanto en lo que se refiere a los contenidos (insistencia sobre los valores), como a los métodos (la educación es una acción humana; la máquina no podrá sustituir jamás al maestro). Una educación así, supone cuatro exigencias:

1. Un elevado grado de excelencia en los profesores, tanto intelectual como ético.
2. La autonomía de los centros educativos, basada sobre el proyecto de centro. Este proyecto ha de ser respetuoso con los derechos humanos, y debe incluir una visión abierta y tolerante del hombre y del mundo.
3. Una personalización de la educación, que tenga en cuenta las diferencias entre los alumnos, y la adaptación de los contenidos educativos a los grupos sociales.
4. Una verdadera colaboración entre la escuela y los padres, creando mecanismos de participación que respeten tanto la autonomía de los profesores como la de los padres.

Para poner en práctica un sistema de estas características, es urgente revisar el papel del Estado en la Educación. Es preciso pasar de un Estado asistencial a un Estado subsidiario, en el que los poderes públicos busquen la justicia y el interés general dejando la más amplia libertad y autonomía a las personas y a las instituciones. Una subsidiariedad que exige una mirada nueva del Estado sobre la sociedad, y no sería suficiente si se entendiese sólo como descentralización. Los poderes públicos deberían

---

<sup>94</sup> Organización Internacional para el desarrollo de la libertad de enseñanza. IV Simposio Internacional. Europa una y plural. El rol de los poderes públicos en la educación. Con el apoyo de la Comisión de las Comunidades Europeas. Informe final. Ginebra, 1994, pgs. 48-51

proponerse dos objetivos prioritarios: la igualdad de oportunidades y la promoción de la libertad a través del pluralismo de instituciones educativas.

Con respecto a los profesores, lograr una revalorización social y económica. Sería preciso igualmente que los profesores admitiesen planes de evaluación periódica y formación permanente.

Para que los padres puedan influir realmente en la educación escolar de sus hijos, la sociedad debe permitirles la posibilidad de elegir entre instituciones que ofrezcan un tipo de educación bien delimitado. El cheque escolar y las subvenciones a los centros concertados parecen dos buenas fórmulas para favorecer una elección ordenada, facilitando al mismo tiempo una mejor gestión de recursos.

Y por último los alumnos. El principal objetivo es ofrecer a los jóvenes escuelas “portadoras de sentido” que no se limiten únicamente a transmitir unos conocimientos técnicos, sino en las que se aborden los valores y las cuestiones fundamentales. El alumno tiene derecho a una formación coherente y organizada que le permita forjarse un espíritu crítico y una personalidad autónoma, en un marco libre y abierto.

Un sistema de calidad, respetuoso con la libertad, debería procurar la coexistencia de instituciones privadas creadas por la libre iniciativa social, y una red organizada –según el nivel de los estudios- por los poderes públicos nacionales, regionales y locales. La libertad de elección de las familias entre los diversos tipos de centros produciría una emulación beneficiosa y crearía una estructura que obligaría a clarificar los proyectos educativos de cada centro. Esta clarificación permitiría que la escuela estuviese más próxima a los deseos de los padres, así como a la situación y necesidades de los alumnos.

En el aspecto de los recursos financieros afirma que nos encontramos en una situación paradójica: pedimos más fondos para la educación al tiempo que verificamos que los fondos suplementarios asignados a programas para alumnos menos favorecidos, se saldan con fracasos en casi todos los países. Y añade que una política innovadora debería tener tres objetivos principales: buscar nuevas fuentes de financiación, aumentar el control financiero y crear condiciones de gestión más eficaces.

## II. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.

### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 27 CE en su primer párrafo dispone: “Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza”. Es la primera vez que se recogen ambos derechos, el derecho a la educación como derecho social, derecho subjetivo de prestación, exigible ante los poderes públicos y la libertad de enseñanza como un derecho de libertad pública.

#### 1.1. El derecho a la educación: contenido.

El derecho a la educación viene a ser un instrumento de igualdad y justicia<sup>95</sup> que ha de realizarse en un sistema educativo presidido por los principios de libertad y pluralidad.<sup>96</sup> El artículo 27.1 CE “abandona las concepciones clásicas que incluye la educación entre temas asistenciales libremente configurados por el legislador y pasa a configurarla como prestación constitucionalmente debida y directamente exigible sin que ello prejuzgue el modelo educativo general ni menoscabe necesariamente el derecho a la libertad de enseñanza, cuestión distinta es el contenido exigible de tal derecho”.<sup>97</sup>

El contenido del derecho a la educación puede resumirse:<sup>98</sup> 1) derecho de acceso a las enseñanzas reguladas que integran el sistema educativo, comprende también el acceso a los niveles superiores de educación conforme a las aptitudes y vocación de cada uno (artículo 1.2 LODE);

2) derecho a una educación básica gratuita (artículo 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 27.4 CE), para ello es preciso una programación adecuada de los puestos gratuitos en los ámbitos territoriales correspondientes que debe posibilitar el derecho de elección de centro docente (artículo 3.1.b) LOCE);

3) derecho a recibir una educación que asegure el pleno desarrollo de la personalidad (artículo 27.2 CE y artículo 2.2.a) LOCE), en un ámbito de tolerancia y libertad dentro de los principios de convivencia. Las finalidades educativas implican un compromiso positivo y la necesidad de inspirar todo el proceso educativo, no se trata solo de que las enseñanzas anticonstitucionales o el dogmatismo coercitivo sean actividades ilícitas, sino que además, los libros de textos, las explicaciones de profesores, las actividades académicas no regladas, los idearios del centro...etc., habrán de incorporar positivamente, cuando fuere pertinente, los citados objetivos.<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> “Todos los hombres, de cualquier raza, condición y edad, en cuanto participantes de la dignidad de la persona tienen el derecho inalienable a una educación, que responda al propio fin, al carácter propio, al diferente sexo, y que sea conforme a la cultura y a las tradiciones patrias y, al mismo tiempo esté abierta a las relaciones fraternas con otros pueblos, a fin de fomentar en la tierra la verdadera unidad y paz”. Concilio Vaticano II, *Gravissimum educationes* núm. 1. Ed. B.A.C., Madrid 1965, p. 704. El derecho a la educación es un derecho personal, inviolable, inalienable e ineludible. Vid., DUDH artículo 26.

<sup>96</sup> Fernández Miranda A., *De la libertad de enseñanza...*, cit., p. 18.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>98</sup> Fernández Segado F., *El sistema constitucional...* cit., pags. 345 y ss.

<sup>99</sup> Fernández Miranda A., *De la libertad de enseñanza...*, cit., p. 51. Vid., STC 5/1981 de 13 de febrero.



4) derecho a una evaluación objetiva del rendimiento escolar (artículo 2.1.c) LOCE);  
5) derecho a la calidad de la enseñanza, ya que el derecho de una persona a la educación no es solo un derecho a una determinada cantidad de educación sino el derecho a una educación de “calidad”. Ortiz Díaz entiende que en la calidad cabe distinguir dos notas fundamentales: disposición y eficacia.

La *disposición* comprende a su vez: a) la integralidad que precisa que la educación sea completa e incluya los factores necesarios para que el hombre pueda desenvolverse en la sociedad; b) el orden que implica la necesidad de que cada uno de los elementos de la educación tenga la importancia correspondiente a su papel en la vida humana; c) y que se encuentren relacionados de tal forma que se consoliden y refuercen.

La *eficacia* de la educación viene condicionada por la posibilidad de que todos los elementos cumplan adecuadamente su función, de tal suerte que el sujeto humano desarrolle todas sus potencialidades y neutralice sus limitaciones.<sup>100</sup>

El preámbulo de la LOGSE se refiere a que asegurar la calidad de la enseñanza es uno de los retos fundamentales de la educación del futuro. Y la LOCE considera la calidad como uno de los pilares fundamentales de la educación y recoge los principios de la calidad del sistema educativo en su artículo primero.

6) el derecho a un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedad (artículo 2.2.c) y d) LOCE) y un deber del alumno, respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro (artículo 2.4.c. LOCE).

## 1.2. La libertad de enseñanza: cuestiones que plantea.

La libertad de enseñanza plantea más dificultades a la hora de determinar su contenido -jurídicamente conflictivo- y en base al cual se dieron una serie de discrepancias en torno al modelo educativo en España.

La primera fuente de discrepancia está en la integración de los diversos sujetos<sup>101</sup> de la relación jurídica educativa, la solución de colisión de derechos y su eventual jerarquización.

La segunda fuente es la armonización de la libertad de enseñanza con el derecho a la educación para todos, gratuita en los niveles básicos, y con el principio de igualdad como valor constitucional fundante.<sup>102</sup>

La razón de ello está en qué entiende la doctrina por libertad de enseñanza y los derechos y facultades de los distintos sujetos de la comunidad educativa.

Recordemos que el artículo 27 CE fue fruto del compromiso y consenso entre los principales partidos políticos de entonces (UCD y PSOE). El consenso da cabida a “las claves de los dos modelos educativos alternativos”.<sup>103</sup> Los apartados 5 – participación de los sectores afectados en la programación general de la enseñanza- y 7 –control de los padres y alumnos en la gestión de los centros subvencionados- son claramente una concesión del partido centrista que posibilita la cogestión democrática de la enseñanza. El partido socialista ha cedido en los apartados 1 –reconocimiento de la libertad de enseñanza-, apartado 6 –consagración expresa de la libertad de creación de centros- y 9 –reconocimiento constitucional de las ayudas a los centros privados-.

---

<sup>100</sup> Ortiz Díaz J., *La libertad de enseñanza*, cit., pgs. 77-78

<sup>101</sup> Personas físicas o jurídicas; padres, alumnos y profesores.

<sup>102</sup> Fernández Miranda A., *De la libertad de enseñanza...*, cit., p. 57.

<sup>103</sup> Martí Sánchez JM., *Factor Religiosos y enseñanza en España*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 2000, pags. 421-422; menciona a Begué Cantón, G. “libertad de enseñanza”, p. 1212.

En el trasfondo de la actuación de la derecha y la izquierda en los trámites parlamentarios existe o se dan dos concepciones diversas del hombre, la sociedad y la educación:<sup>104</sup> una concepción inspirada por la ideología socialista que sostiene un proyecto educativo y defiende la pluralidad en el centro único y la concepción de inspiración católica que también sostiene un proyecto educativo y defiende la pluralidad de centros. El primero entiende que cada escuela es un todo social y el de pluralidad de centros concibe la escuela como un elemento del todo social. El problema de estos modelos es el de su polarización excluyente, “no en su aplicación práctica sino en los supuestos ideológicos en los que se fundamentan ambos”.<sup>105</sup>

Sería interesante referirnos a los debates parlamentarios que tuvieron lugar en la elaboración del artículo 27 de la Constitución de 1978, y en concreto lo referente a la libertad de enseñanza y los derechos que comprende.

## 2. DEBATES PARLAMENTARIOS.

El derecho a la educación y la libertad de enseñanza tuvieron distinta redacción, en principio, en el entonces artículo 28.1 del Anteproyecto,<sup>106</sup> que disponía: “todos tienen el derecho a la educación” para afirmar en el Informe de ponencia<sup>107</sup> -artículo 26.1- “todos tienen el derecho y el deber a la educación”; siendo la redacción de la Comisión de Asuntos Constitucionales y las Libertades Públicas, -artículo 25.1-<sup>108</sup> “todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza” que es la que recoge la actual Constitución; no hubo más modificaciones de contenido en el Senado, solo se modificó el número del artículo que pasó a ser el 27 del texto Constitucional que fue aprobado por la Comisión Mixta.<sup>109</sup>

Los debates parlamentarios fueron de una gran intensidad, se fueron recogiendo los distintos puntos de vista de los partidos políticos, pero lo que se perseguía era un consenso que –a pesar de haber una variedad argumental- dejó escaso margen para las aportaciones parlamentarias, como afirma Fernández-Miranda.<sup>110</sup>

Consenso que es distinto de la unanimidad y que pone de manifiesto la existencia de un pluralismo político real; fue definido por el entonces Presidente de las Cortes, D. Fernando Álvarez de Miranda como “la constante presencia en cada uno del otro, como un sentido colectivo total de convivencia, de encuentro y entendimiento, crisis y superación del dogmatismo, de las verdades absolutas, la repulsa de cualquier forma de imperialismo político, el abandono de la estructura de la dominación para adentrarse en la estructura de la integración. El consenso es una civilizada esperanza”.<sup>111</sup>

---

<sup>104</sup> El diputado Silva Muñoz dijo que “cuanto se refiere al planteamiento y desarrollo del proceso educativo debe inspirar un tipo de enseñanza coherente con el proyecto de hombre que se pretende formar”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (en adelante DSCD) de 23 de mayo de 1978, núm. 72, p. 2598.

<sup>105</sup> Martí Sánchez JM., *Factor Religiosos y enseñanza...* cit., p. 422; Sanjosé del Campo J., *El ideario en los centros privados*, en Educación como transmisión de valores, Castro Jover A., Ed. Instituto de Sociología jurídica de Oñate, 1995, p. 87.

<sup>106</sup> Boletín Oficial de las Cortes (en adelante BOC) de 5 de enero 1978.

<sup>107</sup> BOC de 17 de abril de 1978

<sup>108</sup> BOC de 1 de julio de 1978

<sup>109</sup> BOC 28 de octubre de 1978. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios. Volumen IV. Cortes Generales, 2ª edición 1989, preparada por Sainz Moreno F., y Herrero de Padura M., pags. 5340-5341

<sup>110</sup> Fernández Miranda A., *De la libertad de enseñanza...*, cit., p. 22

<sup>111</sup> Recogido por el Sr. Camacho Zancada, DSCD núm. 106 de 7 de julio de 1978, p. 4029.

Se trató de conseguir una Constitución válida para todos los ciudadanos en todos los ámbitos, y también en el ámbito educativo; con el deseo de pasar desde *un Estado intervencionista*, exuberante de legislación burocrática, limitador de iniciativas y de posibilidades, controlador, impositivo de programas propios enunciados con precisión meticulosa y detallista a *un Estado benefactor*, ampliador, facilitador de las iniciativas sociales y promotor, junto con todos los sectores afectados de nuestra sociedad, de amplios cauces programáticos que llevan la educación y la cultura a todos los españoles.<sup>112</sup>

El artículo 27 era el artículo posible en esos momentos, según el estado de conciencia colectivo de las fuerzas políticas y sociales de nuestro país, era el texto que podía encontrar el necesario consenso, es decir, que podía expresar el denominador común del pensamiento de la inmensa mayoría de grupos parlamentarios.<sup>113</sup>

Se subraya el reconocimiento de la libertad de enseñanza como la mayor aportación de la historia constitucional.<sup>114</sup> Alzaga se refiere al apartado 1 del actual artículo 27 y define la libertad de enseñanza como “una libertad señera, que está en la encrucijada de la libertad de creencias, de la libertad de pensamiento, de la libertad de expresión, de la libertad de difundir la cultura; en suma es una auténtica libertad de libertades, base de una auténtica sociedad pluralista”.

Y añade que el contenido de la libertad de enseñanza está suficientemente acuñado por la doctrina. “La doctrina entiende por libertad de enseñanza: la libertad de fundar centros docentes, de dirigirlos, de gestionarlos, de elegir los profesores, de fijar, en su caso, un ideario del centro, la libertad de impartir en los mismos, en el caso que se estime pertinente por los padres y los directivos del centro, la formación religiosa...”<sup>115</sup>

Gómez de las Rocas expone una serie de restricciones que, desde su punto de vista, se hacen a la libertad de enseñanza y eran las siguientes: una, el artículo 27.2 CE que no respeta explícitamente las creencias que puedan manifestarse a través del cauce de la educación (no solo religiosas ni siempre religiosas);<sup>116</sup> dos, el apartado 3 que omite el derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos y los centros estatales o no estatales donde se preste; tres, el apartado 4 cotejado con el apartado 9 que establece que los centros docentes recibirán ayuda si cubren ciertos requisitos que la ley (la ley ordinaria se entiende) establezca, lo que da lugar a una desigualdad de tratamiento, porque limita las posibilidades que se da al Estado para subvencionar, al margen de la etapa obligatoria y gratuita, a aquellos centros que lleven a cabo una labor de interés general;<sup>117</sup> cuarta restricción que consiste en ignorar el derecho de dirección en tanto sí se respeta el derecho de creación de centros docentes, porque no es frecuente establecer centros docentes para que otros los administren.<sup>118</sup>

Fueron rechazadas las enmiendas, con los siguientes argumentos, algunos ya realizados con anterioridad a la intervención de este diputado: la restricción del apartado 2 del actual artículo 27 CE, no era tal porque el artículo 15 (actual 16) garantiza la

---

<sup>112</sup> Ibidem p. 4029

<sup>113</sup> Gómez Llorente, DSCD núm. 106 de 7 de julio de 1978, p. 4041

<sup>114</sup> Camacho Zancada, DSCD... cit., p.4026

<sup>115</sup> Alzaga Villaamil, DSCD núm. 72 de 23 de mayo de 1978, p. 2601

<sup>116</sup> López Rodó presentó una enmienda que consistía en introducir en el apartado 2 del artículo 27 como inciso las palabras “las propias creencias” de forma que quedaría redactado “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a las propias creencias y a los principios democráticos...”. Esta enmienda fue rechazada.

<sup>117</sup> Este parlamentario era partidario de añadir al apartado 9 ...”sin que nunca tales requisitos puedan mediatizar la identidad de cada centro”.

<sup>118</sup> Gómez de las Rocas, DSCD núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 4020

libertad, religiosa y de culto y el artículo 26 (hoy 27) hace referencia a los principios democráticos, de convivencia, y a los derechos y libertades fundamentales, es obvio que las propias creencias figuran dentro de estos principios democráticos, informadores de lo que debe ser el pleno desarrollo de la personalidad humana.<sup>119</sup>

Con respecto a la restricción del apartado 3, no se considera necesario recoger de forma expresa el derecho a elegir el “tipo de educación” porque el reconocimiento que se hace en el apartado 1 de la libertad de enseñanza debe ser contemplada en su amplitud, ya que no se establece limitación. Y esto querría decir, entre otras cosas, la posibilidad de incorporar aquí los tipos de educación.<sup>120</sup> Esta referencia al tipo de educación está contenida en la DUDH y una vez que los poder públicos garantizan el derecho a la educación, serán los padres quienes decidirán por medio de su derecho a la elección de centro docente, aquel en que se respete y se profundice en unas determinadas concepciones del mundo y unos determinados valores, y esa elección solo tiene sentido cuando se realiza en función del tipo de educación que el centro imparte. El modelo educativo, el tipo educativo son realidades connaturales al texto que se debate.<sup>121</sup>

Con lo dispuesto en el apartado 4 cotejado con el punto 9 no se constitucionaliza la limitación de las subvenciones a los centros como única forma de ayuda estatal, puesto que se hace un planteamiento abierto y no restrictivo, que garantiza la ayuda de acuerdo con los requisitos que la ley, aprobada democráticamente, establezca. Y el artículo 13 (actual artículo 14 CE) dice que los españoles son iguales ante la ley sin discriminación de ningún tipo, con lo que la igualdad ante la libertad de enseñanza también viene avalada constitucionalmente.<sup>122</sup>

Y por último, la restricción del apartado 6 de ignorar el derecho de dirección, se afirma que el reconocimiento de la libertad de creación de centros docentes no se limita al hecho material de levantar un edificio, implica la facultad de llevar adelante unos principios, unos valores, unos conceptos y una forma, en suma, de desarrollar las estructuras organizativas que lo permitan y hagan posible. Y el mismo Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 13.4 hace extensiva la dirección al reconocimiento de la libertad de creación de centros.<sup>123</sup> La libertad de creación de centros comporta –acompañada del tema del reconocimiento de la libertad de enseñanza- la libertad de dirección dentro del respeto de los principios constitucionales y de las propias normas del artículo 26 (actual 27).<sup>124</sup>

Solé Tura contesta a la pregunta de qué es libertad de enseñanza afirmando que el sistema educativo heredado de los cuarenta años de dictadura es insuficiente y discriminatorio, que genera graves injusticias sociales y perpetúa los privilegios existentes. Y abordar estos problemas significa dedicar los recursos necesarios y programar las instalaciones y las medidas indispensables para asegurar el acceso de todos a la enseñanza con una verdadera igualdad de oportunidades, y así ha de ser interpretado el apartado 5. Porque la libertad de enseñanza significa y empieza por tener acceso a la enseñanza, una enseñanza en condiciones dignas para todos y con igualdad real de oportunidades para seguir adelante en el ciclo educativo, no hay libertad de enseñanza, no hay libertad de elección de escuela si no hay escuela para todos en buenas

---

<sup>119</sup> Roca Junyent, DSCD núm. 72 de 23 de mayo de 1978, p. 2607

<sup>120</sup> Ibidem, p. 2607

<sup>121</sup> Camacho Zancada, DSCD núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 4027

<sup>122</sup> Ibidem, p. 4028.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 4027

<sup>124</sup> Roca Junyent, DSCD núm. 72 de 23 de mayo de 1978, p. 2608.

condiciones pedagógicas. Este es el punto de partida. Y añade que el pluralismo no consiste en multiplicar islas educativas particulares, sino en asegurar que todo el sistema, el público y el privado, se base en este pluralismo.<sup>125</sup>

Barrera Costa señala que el verdadero problema consiste en asegurar el pluralismo<sup>126</sup> real dentro del sistema educativo público, exigiendo que hubiese en el sistema de enseñanza pública centros diferentes, inspirados por concepciones de la vida diferentes. Y no de manera que en cada escuela hubiese profesores de ideologías diversas y que el alumno, entonces pudiese escuchar estas diferentes concepciones y, en cierto modo, decidirse, a través de este pluralismo de personas.<sup>127</sup>

### 3. ALUSIÓN HISTÓRICA.

#### 3.1. Antes de la Constitución de 1978.

Históricamente en las Constituciones y Leyes del siglo XIX y siglo XX se regulaba la libertad de creación de centros, y la libertad de cátedra, pero es en la de 1978 cuando se regula constitucionalmente la libertad de enseñanza junto al derecho a la educación.

Así podemos comprobar como la Constitución de 1812, en su artículo 366 se disponía que “en todos los pueblos de la monarquía *se establecerán* escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar y el catecismo de la religión católica”.

La Constitución de 1869, en el artículo 24 afirmaba que “todo español podrá fundar y mantener establecimientos de instrucción o de educación sin previa licencia, salvo la inspección de la autoridad competente, por razones de higiene y moralidad”.

La Constitución de 1876, el artículo 12 establecía que “todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción o de educación con arreglo a las leyes”.

La Constitución de 1931, que regulaba de forma amplia el tema de la educación, contenía artículos como el 26.5 que establecía la prohibición a las Órdenes religiosas no disueltas de ejercer la enseñanza; el artículo 48 que afirmaba que “el servicio de la cultura es atribución esencial del Estado y lo prestará mediante Instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada”; y el artículo 49 que ordenaba que “una ley de instrucción pública determinará... las condiciones en que se podrá autorizar la enseñanza en los establecimientos privados; prestaba especial atención a la libertad de cátedra y disponía que “los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada” (artículo 48).

Y en la época de Franco, el Fuero de los Españoles de 1945 reconoce a todos los españoles “el derecho a recibir educación e instrucción y el deber a adquirirlos bien en el seno de su familia o en centros privados o públicos a su libre elección” (artículo 5).<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> Solé Tura, DSCD núm. 106 de 7 de julio de 1978, pgs. 4048-4049.

<sup>126</sup> Se entiende pluralismo ideológico

<sup>127</sup> Barrera Costa, DSCD núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 4031

<sup>128</sup> STS de 27 de enero de 1965 (RJ 217), que se refiere al derecho de los padres a la elección de centro docente, reconocido en el artículo 5 del Fuero de los Españoles en relación con el artículo 3 de la Ley de Ordenación de la enseñanza media.

Pero también históricamente existen textos que expresamente hablan de la libertad de enseñanza<sup>129</sup> como el Manifiesto del Gobierno Provisional de 12 de octubre de 1868 que la define como “una libertad del pensamiento humano no condicionada por ninguna clase de orientación partidista o sectaria, ni ejercida con carácter exclusivo o excluyente por ninguna institución o grupo concreto”. Con la libertad de enseñanza se pretendía romper el monopolio ejercido por la Iglesia católica en el campo educativo, pero también fue instrumento de la Iglesia para enfrentarse a todo deseo uniformista en la orientación ideológica de la enseñanza.

Y el Decreto de 29 de septiembre de 1874 del Ministro Carlos Navarro que expone que “la libertad de enseñanza, debajo de cuyo nombre se comprende la libertad de pensamiento”, significa: a) que la idea puede manifestarse y propagarse sin trabas ni censuras por todos los ámbitos de la sociedad y que cualquiera puede “enseñar y aleccionar como le plazca sin otro límite, fuera del que señalen las eternas y augustas leyes de la moral, que el que le ponga su propio interés o la prudencia”, de tal manera que “el profesor debe estar libre de toda censura”; b) “que los padres de familia y los mismos jóvenes pueden escoger por maestros a quienes les dicte su conciencia”.<sup>130</sup>

El Real Decreto de 5 de febrero de 1886 de Montero Ríos recoge tanto la libertad de aprender (elección de maestros, centro, doctrina...) y la libertad de enseñar (libertad de cátedra).

### 3.2. A partir de la Constitución de 1978.

La libertad de enseñanza es más conflictiva que el derecho a la educación y se encuentra además, como señala De Esteban Alonso, en estrecha relación con la naturaleza del Estado que la regula. Así en un Estado laico la libertad de enseñanza se defiende sobre todo por las fuerzas políticas conservadoras; en un Estado confesional, en cambio la reivindican los partidos liberales y progresistas, las fuerzas políticas de izquierdas; y finalmente en un Estado no confesional, que es el que reconoce la Constitución Española, el margen de maniobra del artículo 27 permite que, según sea uno u otro el gobierno en el poder, esta libertad pueda concebirse de una forma u otra.<sup>131</sup> Es decir, que el contenido real del derecho puede ser modificado en función de la concepción de la enseñanza asumida por el legislador.<sup>132</sup>

Y de otra parte, no hay que olvidar que la cuestión educativa tiene una fuerte carga ideológica, resulta perfectamente lógico que el cambio de mayorías parlamentarias provoque automáticas reformas del sistema educativo, propuestas por vía legislativa o administrativa.<sup>133</sup> El reconocimiento de la libertad de enseñanza no ha disipado las dudas ya que los conflictos interpretativos han subsistido.<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> Vid. Martí Sánchez J.M., *Factor religioso...*cit, pgs. 423-424; Nogueira R., *Principios constitucionales del sistema educativo español*, p. 17 y ss.

<sup>130</sup> Vidal Prado C., *Aproximación histórica a la regulación de la libertad de cátedra en España*, en *Humana Iura* 7, 1997, pgs. 246-247

<sup>131</sup> De Esteban Alonso J., y González Trevijano P.J., *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1993, p.216

<sup>132</sup> Lorenzo Vázquez, P., *Libertad Religiosa...* cit., pgs. 43-44

<sup>133</sup> Iban I.C., *Enseñanza*, en *Curso de Derecho Eclesiástico*, VVAA., Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, UMC, Madrid 1991, p. 393

<sup>134</sup> No hay más que ver los debates parlamentarios de la LOECE, LODE, LOGSE...

#### 4. NATURALEZA Y ALCANCE DE ESTE DERECHO: POSICIONES DOCTRINALES.

En torno a este tema se dan distintas manifestaciones en la doctrina. El sector conservador consideran la libertad de enseñanza como el eje del sistema educativo en el que destaca la libertad de creación de centros docentes privados frente a la noción de servicio público que define el derecho a la educación. Mientras que el sector político de izquierdas potencian la escuela única y consideran la educación como servicio público.<sup>135</sup>

Garrido Falla entiende que la libertad de enseñanza significa, ante todo, un reconocimiento del derecho subjetivo de las personas físicas y jurídicas a crear centros docentes, luego el sistema educativo constitucional está constituido por la existencia simultánea de centros docentes públicos y privados, y esto se refiere a cualquier grado de la enseñanza. Y añade que hay que descartar cualquier interpretación de la libertad de enseñanza que intente confundirla con la libertad de cátedra, es decir, con el pluralismo ideológico dentro de una misma escuela o centro docente.<sup>136</sup>

Para Embid Irujo la libertad de enseñanza del artículo 27 significa la imposibilidad de un monopolio educativo del Estado, la apertura de la enseñanza a la iniciativa de los particulares. La libertad de enseñanza sería el tronco, el supraconcepto, la garantía institucional en el sentido impropio, de la que se derivaría la libertad de creación de centros y la libertad de cátedra.

El derecho de los padres a escoger centros docentes distintos de los estatales sería un derecho autónomo, consecuencia de la proclamación de la libertad de enseñanza, y que estaría ligado más bien a las atribuciones insitas a la “patria potestas” que les pertenece.<sup>137</sup>

Es libertad autonomía, distinguible y distinta de la prevista en el artículo 20.1.a) –la difusión del pensamiento por medio de la palabra– por el aspecto sistemático y ordenado de la exposición de opiniones que forma la enseñanza.<sup>138</sup>

La libertad de enseñanza es un principio estructural del sistema educativo y un derecho que tiene una dimensión de garantía institucional.<sup>139</sup> Como principio estructural es consecuencia del reconocimiento de la libertad de conciencia<sup>140</sup> y de la libertad de expresión, es decir, del principio de libre formación de las conciencias, con lo que ello implica de libre transmisión de la cultura y de institucionalización al pluralismo ideológico.

El problema fundamental del principio de libertad de enseñanza no es distinto del que plantea la libertad de expresión: la forma de articular el pluralismo social.<sup>141</sup>

Llamazares afirma que el principio de libertad de enseñanza tiene como fundamento el pluralismo en tanto que valor superior del ordenamiento (artículo 1.1 CE) y en la configuración de la persona y sus derechos como fundamento del orden público ( principios del sistema democrático) y de la paz social (artículo 10.1 CE). Sus

---

<sup>135</sup> De Esteban Alonso y González Trevijano, *Curso de Derecho...* cit., p. 217

<sup>136</sup> Garrido Falla, *Comentarios...* cit., pgs. 631 y ss.

<sup>137</sup> Embid Irujo, *Las libertades...*cit., p. 242

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 241

<sup>139</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 186

<sup>140</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ 7

<sup>141</sup> Vid. DSCD núm. 106 del 7 de julio de 1978, Sr. Silva Muñoz, p. 4023, y Sr. Barrera Costa, p.4031.

fundamentos inmediatos habría que buscarlos en los principios de libertad ideológica y religiosa (artículo 16.1 CE) y en la libertad de expresión (artículo 20.1.a.).<sup>142</sup>

La libertad de enseñanza como derecho. La enseñanza, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional<sup>143</sup> es “la actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores”. Son conocimientos y valores susceptibles, en alguna medida, de entendimientos diversos y que reclaman el libre juego de las diversas opciones reales. Planteándose otro problema no menos importante el de la igualdad de las diversas opciones en el ejercicio de esa libertad, y así vemos *la libertad de enseñanza como derecho que tiene una dimensión de garantía institucional* y que conviene conectar y, al mismo tiempo, distinguir de otros derechos subjetivos de los distintos sujetos jurídicos en el proceso educativo y que se derivan de aquel y son:

- Derechos de los grupos sociales y, en general, de los miembros de la sociedad a la creación, dirección y orientación de centros educativos.
- Derechos de los alumnos y padres a la educación, a la elección del tipo de educación y a la participación.
- Derechos de los profesores a la libertad de expresión docente, a la libertad de cátedra y a la participación en la gestión de los centros.<sup>144</sup>

Ello puede dar lugar a colisiones y conflictos entre la libertad de enseñanza como garantía institucional y las libertades en la enseñanza de los distintos sujetos de la comunidad educativa, a los que nos referiremos más adelante.

## 5. CONCEPTO DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.

Definir la libertad de enseñanza implica su distinción con la libertad de creación de centros y la libertad de cátedra, libertades cuyo reconocimiento están vinculados al hecho de la enseñanza, o por el contrario la afirmación de la semejanza con alguna de ellas o con ambas.<sup>145</sup>

Fernández-Miranda y Sánchez Navarro se refieren a la libertad de enseñanza entendida en sentido amplio, a la manera de libertad de expresión y la definen como la libertad de transmitir los propios conocimientos con los límites genéricos impuestos para la libertad de expresión, libertad de acceder a dichos conocimientos mediante el derecho a la información y a procurarse los cursos que se estimen pertinentes, libertad de crear centros de enseñanza o de transmisión del pensamiento sobre las más variadas cuestiones.<sup>146</sup>

La libertad de enseñanza en sentido estricto –referido al derecho a la educación– afirma que la organización de la enseñanza del sistema educativo del Estado también ha de estar presidida por el *principio de libre acceso y libre transmisión del saber*. Y así vemos, en este sentido, dentro del ámbito de las libertades de conciencia, de expresión y

---

<sup>142</sup> Llamazares Fernández D., *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de Conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1989, p.535

<sup>143</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero FJ.7

<sup>144</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 187

<sup>145</sup> Embid Irujo, *Las libertades...* cit., 225; Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., pgs. 37-38

<sup>146</sup> En este sentido amplio, libertad de enseñanza como libertad pública, nada añade al concepto de libertad de expresión y al derecho a la información.



de información se justifica la constitucionalización de la libertad de enseñanza como derecho específico.<sup>147</sup>

Llamazares, partiendo de la definición de Embid Irujo afirma que la libertad de enseñanza es el derecho de cualquier ciudadano a exponer sus concepciones sobre cualquier tema sistemáticamente, con la intención no simplemente de expresarse, sino de transmitir y hacer partícipes a otros de sus conocimientos.<sup>148</sup>

El Tribunal Constitucional afirma que la libertad de enseñanza del artículo 27.1 CE puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente los artículos 16-1 y 20-1-a) CE) conexión que está explícitamente recogida en el artículo 9 del Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, conforme al cual hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas según lo dispuesto en el artículo 10.2 CE.<sup>149</sup>

## 6. CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.

El contenido real del derecho a la libertad de enseñanza puede ser modificado de forma considerable en función de la concepción de la enseñanza asumida por el legislador.<sup>150</sup>

### 6.1. Criterios doctrinales.

Martínez Fuertes, senador y presidente de la FERE, consideraba excesivo que el texto constitucional tuviera que detallar qué se entiende por libertad de enseñanza, cuando tal expresión comprende un conjunto de conceptos perfectamente acuñados por la doctrina, así como por los textos internacionales de declaraciones de derechos. Y afirmaba que la libertad de enseñanza consiste, por una parte, en la facultad de los padres de escoger la educación de sus hijos, y por otra en la facultad de los centros de programar los contenidos y utilizar la metodología que estimen conveniente. En definitiva –añadía- la libertad de enseñanza, además de comprender la libertad de cátedra y la libertad de fundación docente, que por cierto se recoge en otros textos, ampara tanto la libertad de escoger la clase de educación, como la libertad pedagógica de ofrecerla.<sup>151</sup>

Pero lo cierto es que existe una gran variedad de opiniones a la hora de determinar el contenido de la libertad de enseñanza. La postura doctrinal mayoritaria considera que está constituido por la libertad de creación de centros docentes, la libertad de cátedra y alternativa o acumulativamente el derecho de elección de centro docente y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que han de recibir sus hijos de acuerdo con sus convicciones.<sup>152</sup> Otro sector doctrinal reduce el ámbito de la

---

<sup>147</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p.190.

<sup>148</sup> Llamazares Fernández, *Derecho Eclesiástico...*cit., p. 536

<sup>149</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ. 7.

<sup>150</sup> Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., p. 44.

<sup>151</sup> Martínez Fuertes, DSS núm. 60, de 27 de septiembre de 1978, p. 2994

<sup>152</sup> Ortiz Díaz J, Martínez Blanco A., Lorenzo Vázquez P., Fernández-Miranda A., De Esteban Alonso J., y González Trevijano PJ.

libertad de enseñanza a la libertad de creación de centros docentes y la libertad de cátedra.<sup>153</sup>

En sentido amplio, Ortiz Díaz realiza una enumeración del conjunto de derechos y libertades que comprende la libertad de enseñanza y son los siguientes:<sup>154</sup>

a) La libertad de escoger el modelo o tipo de educación y el derecho a elegir el centro que se prefiera; b) El derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que deseen; c) El derecho a fundar centros docentes a todos los niveles incluido el universitario, y el derecho a que tales centros sean reconocidos como prestadores de un servicio de interés social, siempre que reúnan las condiciones objetivas fijadas por la ley; d) El derecho de dirigirlos, gestionarlos y seleccionar sus respectivos profesores; e) La libertad y el derecho a establecer un ideario y proyecto educativo para el centro; f) El derecho de los profesores, padres y en su caso alumnos a participar en la gestión de los centros; g) La libertad de cátedra respetando el ideario del centro si lo hubiere, y en todo caso, la conciencia y dignidad de los alumnos; h) El derecho de las familias a percibir las pertinentes ayudas económicas de los poderes públicos para la educación de sus hijos, o en su caso el derecho a la gratuidad para que la libertad de elegir centros resulte efectiva y no meramente formal.

Ante tan amplio y detallado contenido, parte de la doctrina se ha manifestado, así Lorenzo Vázquez opina que sustancialmente es correcto salvo el punto h) en que se pretende deducir de una libertad pública un derecho subjetivo de prestación. Y los derechos de libertad no implican, por sí mismos, prestación alguna por parte de los poderes públicos.<sup>155</sup> En este mismo sentido se pronuncia Fernández-Miranda.<sup>156</sup> Cosa distinta es que haya una obligación del Estado de financiar la enseñanza privada y en base a esta obligación dicte unas normas que den lugar a derechos subjetivos.<sup>157</sup>

En sentido no tan amplio, puede decirse que la libertad de enseñanza comprende principalmente tres vertientes: a) la libertad de personas físicas y jurídicas de fundar, orientar y dirigir centros docentes; b) la libertad de los padres y alumnos de elegir un centro público o privado; c) la libertad de los profesores para investigar, exponer y transmitir el saber científico libremente.<sup>158</sup> Para Martínez López-Muñiz la libertad de enseñanza incluye la libertad de crear y dirigir centros docentes, la libertad de cátedra, el derecho de los padres, profesores y alumnos a participar en el control y en la gestión de los centros docentes, la autonomía universitaria.<sup>159</sup>

Y en sentido más restringido Álvarez Cortina se refiere a la libertad de enseñanza partiendo de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y se detiene en dos puntos que considera fundamentales: 1. la libertad de creación de centros docentes, con especial referencia al establecimiento del ideario o carácter propio y su incidencia sobre la libertad de cátedra. 2. la financiación de la enseñanza y su conexión con el principio de igualdad.<sup>160</sup>

---

<sup>153</sup> Embid Irujo A., Llamazares Fernández D., Fernández Coronado A.

<sup>154</sup> Ortiz Díaz J. *La libertad de enseñanza ...cit.*, pgs. 28-29

<sup>155</sup> Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., p. 40

<sup>156</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p.187

<sup>157</sup> Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., p. 79

<sup>158</sup> De Esteban Alonso y González Trevijano, *Curso de Derecho...*cit., p. 216

<sup>159</sup> Martínez López-Muñiz, *La educación en la Constitución Española. (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)*, en Persona y Derecho, 1979, p. 215 y ss.. Y en sentido muy similar Zumaquero, *Derechos Educativos en la Constitución Española de 1978*, Pamplona 1984, p. 330 y ss.

<sup>160</sup> Álvarez Cortina AC., *El Derecho Eclesiástico Español en la Jurisprudencia Postconstitucional (1978-1990)*, Madrid, 1991, pgs. 83-101.

Se podría señalar como contenido de la libertad de enseñanza el recogido por Riu i Rovira<sup>161</sup>, que considero acertado, y es el siguiente: 1. El derecho de las personas físicas y jurídicas a crear y dirigir instituciones educativas en el respeto a los principios constitucionales (art. 27.6 CE, art. 21 LODE, arts. 1.1. y 64 LOCE, art. 13.4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y STC 77/1985 FJ. 20). 2. El derecho de los titulares de los centros docentes privados a definir el carácter propio de éstos y a velar eficazmente para que sea debidamente aplicado en la acción educativa.(el derogado art. 22 LODE, y los arts. 68.5 y 73 LOCE, STC 5/1981 FJ.8-10, STC 77/1985 FJ.7-10). 3. El derecho de los profesores a la libertad de cátedra (art. 3 LODE, arts. 1.h), 2.3 b) y 56 LOCE, STC 5/1981 FJ.9-11, STC 77/1985 FJ.9 y STC 47/1985 FJ. 3-4). 4. El derecho de los padres a decidir sobre el tipo de educación que desean para sus hijos y sobre la formación religiosa y moral que debe dárseles en los centros escolares (art. 27.3 CE, art. 3.1 a) y c) LOCE, arts. I y II AEAC, art. 26.3 DUDH, art. 5.1.c) Convenio de la UNESCO de 1960, art. 13.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 18.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). 5. El derecho de los padres a elegir el centro escolar, público o privado que sea más conforme a sus convicciones o preferencias (art. 3.1.b) LOCE, STC 5/1981 FJ.8, STC 77/1985 FJ.5, art. 5.1 b) Convención de la UNESCO 1960, art. 13.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Ahora bien todo ello sin olvidar que el ejercicio de la libertad de enseñanza, en cualquiera de sus aspectos, debe respetar los principios democráticos de convivencia y los demás derechos y libertades fundamentales.

## 6.2. Doctrina jurisprudencial.

Con respecto a la jurisprudencia de los Tribunales: el Tribunal Constitucional afirma<sup>162</sup> que “la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27.1 CE *implica*, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (artículo 27.6 CE) y de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupa (artículo 20.1.c) CE), del principio de libertad de enseñanza *deriva* también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3 CE).

Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador”.

El Tribunal Supremo<sup>163</sup> realiza una interpretación extensiva de la libertad de enseñanza de acuerdo con los textos internacionales y también hace referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981 de 13 febrero, afirmando que la libertad de enseñanza implica el derecho a crear instituciones educativas y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos. Y añade que:

---

<sup>161</sup> Riu i Rovira de Villar F., *Todos tienen el derecho...*cit., p. 53

<sup>162</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero FJ. 7, párrafo 2

<sup>163</sup> SSTs de 24 de enero 1985 (RJ. 250), de 14 de mayo de 1985 (RJ. 2354), de 15 de febrero de 1986 (RJ. 524)

- el artículo 27.6 CE que reconoce la libertad de creación de centros docentes es la *manifestación primaria de la libertad de enseñanza* que supone, en sentido negativo, la inexistencia de un monopolio estatal docente, y en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado.
- el derecho que tienen los padres a que se dé a sus hijos una formación religiosa y moral que está de acuerdo con sus convicciones *justifica* el derecho que tienen los centros privados a establecer un ideario educativo, que se proyecta “directa y preferentemente sobre el ámbito de la educación más que sobre la enseñanza”.
- el derecho de libre elección de centro forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho a la educación, y afirma el Alto Tribunal que nuestro sistema educativo está compuesto por centros escolares públicos y privados, siendo ambas instituciones escolares convergentes y complementarias entre sí.

De todo lo expuesto hasta ahora se puede confirmar que hay una gran variedad de opiniones en cuanto al contenido de la libertad de enseñanza y que –como dice García Pardo– en el terreno del derecho a la educación y la libertad de enseñanza todo es prácticamente opinable y todo está relacionado; en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1990<sup>164</sup> se comprueba esa interrelación entre los distintos derechos reconocidos en el artículo 27 CE.<sup>165</sup>

## 7. REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.

### 7.1. L.O.E.C.E.

La LOECE fue el primer intento de desarrollo del artículo 27 CE, si bien hay que tener en cuenta que su redacción, el proyecto de esta Ley es anterior a la Constitución,<sup>166</sup> fue defendida por García Pérez (UCD) afirmando que “es una Ley progresista y democrática, su tarea educativa es elevar la calidad de la enseñanza, se proclama la libertad de enseñanza en sus distintas acepciones: libertad de expresión ...”<sup>167</sup> y a su vez Puig Olive (PSOE) manifiesta que “evidentemente el proyecto era anterior a la Constitución y esto se nota”,<sup>168</sup> critica el ideario que puede establecer el propietario, el empresario del centro, idea contra la cual están los socialistas. Para éstos la LOECE venía a ser un desarrollo del artículo 27 CE que contradecía el mecanismo constitucional por el que el equilibrio entre los principios de igualdad y libertad era posible, estimaban que el pacto escolar que el artículo 27 implicaba se había roto al pretender imponerse una interpretación unilateral que estimaban inconstitucional;<sup>169</sup> reconoce el derecho a establecer un ideario en los centros privados y supedita a éste la libertad de cátedra y considera insuficiente el reconocimiento del derecho a la intervención en el control y gestión de los miembros de la comunidad escolar en los centros sostenidos con fondos públicos.<sup>170</sup>

---

<sup>164</sup> RJ 7968

<sup>165</sup> García Pardo Gómez D., *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 32.

<sup>166</sup> Fue publicado en el Boletín Oficial del Congreso en junio de 1978

<sup>167</sup> DSCD núm. 69 de 4 de marzo de 1980, pgs. 4599-4601

<sup>168</sup> Ibidem p. 4611

<sup>169</sup> De Puelles Benítez, *Educación e Ideología en la España contemporánea*, Ed. Técno, 1999, p. 398

<sup>170</sup> Fernández-Miranda A., *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 67

Lo cierto es que la LOECE se pronunció a favor del pluralismo educativo,<sup>171</sup> artículo 5.1-.<sup>172</sup> El derecho a la elección del tipo educativo se desarrollaba y hacía virtualmente efectivo a través de:

- el derecho de toda persona física o jurídica, pública o privada a establecer y dirigir centros docentes, reconocido en el artículo 7.<sup>173</sup> Su consecuencia era la coexistencia de la enseñanza pública y la privada, dos realidades que merecen protección.
- el derecho a establecer un ideario educativo en los centros privados, artículo 34-1.<sup>174</sup>
- el derecho a que el ideario del centro sea respetado por los profesores en el ejercicio de su función docente, reconocido en el artículo 15.<sup>175</sup> Lo contrario sería simple y llanamente vaciar de contenido lo que antes fue aceptado.

Embid Irujo plantea que es posible una fricción entre la libertad de cátedra y la libertad del titular porque ambas son parte de esa libertad de enseñanza que aporta a los profesores y titulares de los centros la posibilidad de impartir unas determinadas direcciones metodológicas, ideológicas, anejas al mismo “corpus” de conocimientos transmitidos. Esa ha sido siempre *la esencia* de la libertad de cátedra, esta ha sido también parte *esencial* del derecho a crear centros con “ideario educativo”<sup>176</sup>

El recurso de inconstitucionalidad se estimó parcialmente, el Tribunal Constitucional en sentencia 5/1981 de 13 de febrero, dio la razón sustancialmente al legislador aunque matizó sutilmente las relaciones entre el ideario y la libertad del docente con libertad de cátedra.

## 7.2. L.O.D.E.

Para un sector de la doctrina la LODE responde a planteamientos de la izquierda –matizados por el Tribunal Constitucional y el peso de la responsabilidad del poder- que potencia el reconocimiento de la libertad de cátedra sin someterla expresamente al carácter propio del centro.<sup>177</sup> En su Exposición de Motivos critica a la LOECE

<sup>171</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción del contrato...* cit., pgs. 47-48

<sup>172</sup> Artículo 5.1 LOECE disponía: “los padres y tutores tienen el derecho a elegir *el tipo de educación* que deseen para sus hijos o pupilos y a que estos reciban, dentro del sistema educativo, la educación y la enseñanza conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas, a cuyo efecto podrán escoger el centro docente que mejor se acomode a esas convicciones”.

<sup>173</sup> Artículo 7.1 LOECE establecía que “toda persona física o jurídica, *pública o privada*, de nacionalidad española tiene libertad para establecer y dirigir centros docentes dentro del respeto a la Constitución y las leyes. 2. Las personas física o jurídicas, públicas o privadas, de nacionalidad extranjera se atenderán a lo que resulte de los acuerdos internacionales o, en su defecto, del principio de reciprocidad”.

<sup>174</sup> Artículo 34.1 LOECE afirmaba: “se reconoce a los titulares de los centros privados el derecho a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución. Asimismo podrán contratar el personal del centro y ejercitar los derechos y deberes dimanantes de esas relaciones contractuales con el personal, asumir la gestión económica del centro y la responsabilidad del funcionamiento del mismo ante la Administración, padres de alumnos, profesorado y personal no docentes”.

<sup>175</sup> Artículo 15.1 LOECE preceptuaba que “los profesores, dentro del respeto a la Constitución, a las leyes, al reglamento de régimen interior, y en su caso, al ideario educativo propio del centro, tienen garantizada la libertad de enseñanza. El ejercicio de tal libertad deberá orientarse a promover, dentro del cumplimiento de su específica función docente, una formación integral de los alumnos, adecuada a su edad, que contribuya a educar su conciencia moral y cívica, en forma respetuosa con la libertad y dignidad personales de los mismos”.

<sup>176</sup> Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 260.

<sup>177</sup> Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 68

señalando “el desarrollo parcial y escasamente fiel al espíritu constitucional, al soslayar aspectos capitales de la enseñanza, como los relativos a la ayuda de los poderes públicos a los centros privados y a la programación general de la enseñanza, y por otro, al privilegiar desequilibradamente los derechos del titular del centro privado sobre los de la comunidad escolar, supeditando la libertad de cátedra al ideario e interpretando restrictivamente el derecho de los padres, profesores y alumnos a la intervención en la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos”.

Para otro sector no se trata de una ley de partido sino una ley que aspira a armonizar y conjugar los diversos derechos y libertades sancionados por la Constitución desde una óptica progresista.<sup>178</sup> En la Exposición de Motivos, párrafo 9, se dice que es “una Ley que se orienta a la modernización y racionalización de los tramos básicos del sistema educativo español, de acuerdo con el mandato constitucional en todos sus extremos. Y que tiende a desarrollar los principios que, en materia de educación contiene la Constitución, respetando su tenor literal y su espíritu y que garantice al mismo tiempo el pluralismo educativo y la equidad”.

Para sectores confesionales y de la derecha parlamentaria la LODE fue considerada como ruptura del consenso y de la intencionalidad del constituyente. Los riesgos de la ley se derivaban de su entendimiento global y se alegaba como argumentos: 1) la obstinada negativa del legislador a hacer explícita la obligación de los miembros de la comunidad escolar de respetar el ideario o carácter propio en los términos establecidos por el Tribunal Constitucional, 2) la posibilidad de una interpretación de los artículos 52 y 53 partidaria de la “zonificación escolar” para los centros concertados, y restrictiva, por tanto, de la libertad de opción entre ellos, 3) la posibilidad de una interpretación expansiva del derecho de los miembros de la comunidad escolar a intervenir en la gestión y control del centro, que provocase una auténtica traslación de las competencias de dirección del titular del centro al Consejo escolar o a la Administración educativa.<sup>179</sup>

El Tribunal Constitucional en sentencia 77/1985 de 27 de junio delimitó el conflicto ideológico y lo situó en un plano menor, fue una sentencia interpretativa de conservación de la ley, realizada con rigor y buena fundamentación jurídica que dio lugar al necesario entendimiento político.<sup>180</sup>

La LODE entiende la libertad de enseñanza en sentido amplio y no restrictivo como concepto que comprende todo un conjunto de libertades y derechos en el terreno de la educación. Incluye:

-La libertad de crear centros docentes y de dotarlos de un carácter propio (arts. 21 y 22).<sup>181</sup>

---

<sup>178</sup> De Puelles Benítez M., *Educación...cit.*, p.409

<sup>179</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, Artículo 27...cit., pgs. 188-189. Esto podría dar lugar a situaciones contradictorias y problemáticas como que los padres enviaran a sus hijos a centros por estrictas razones de asignación geográfica, aún en contra de sus creencias; alumnos indiferentes u hostiles al carácter propio del centro; profesores seleccionados siguiendo criterios administrativos ajenos al proyecto educativo ofertado por el titular y en condiciones de hacer valer una cuasi ilimitada libertad de cátedra; una dirección efectiva del centro en manos de un Consejo escolar potencialmente hostil al titular; etc, situaciones que podían darse en la realidad y que suponían el no reconocimiento de los derechos y libertades que comprende la libertad de enseñanza.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>181</sup> Artículo 21 LODE: “Toda persona física o jurídica de *carácter privado* y de nacionalidad española tiene libertad para la creación y dirección de centros docentes privados, dentro del respeto a la

- La capacidad de los padres de poder elegir para sus hijos centros docentes distintos de los creados por los poderes públicos (artículo 4 b).
- Asimismo la de elegir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (artículo 4 c).<sup>182</sup>
- También se extiende a los propios profesores cuya libertad de cátedra esta amparada en la Constitución ya que constituye un principio básico de toda sociedad democrática en el campo de la educación (artículo 3).<sup>183</sup>
- Y abarca también a los propios alumnos, respecto de los cuales la protección de la libertad de conciencia constituye un principio irrenunciable que no puede supeditarse a ningún otro (artículo 6 y Exposición de Motivos de la ley, párrafo 10).<sup>184</sup>

En opinión de Souto Paz se refiere a las tres libertades básicas de la comunidad escolar: la libertad de creación de centros, la libertad de cátedra y la libertad a la educación. Y esta última no se circunscribe a la elección de centro o elección de formación religiosa y moral, comprende -superada la enseñanza obligatoria- la elección de estudios (bachillerato, formación profesional, estudios universitarios) y en la medida que lo permita la organización docente, la elección de metodología, disciplinas optativas, especialidades, profesores...<sup>185</sup>

### 7.3. L.O.G.S.E.

En la sociedad actual, caracterizada por el acelerado proceso de modernización, la LOGSE trata de adapta la educación y la formación a esta situación, propiciando su prestación más prolongada a un mayor número de personas y promoviendo las mejoras necesarias para garantizar su calidad.<sup>186</sup>

Ha venido a reformar de manera general y profunda el sistema educativo español -cuyo diseño procedía de 1970- ordenando el conjunto del sistema, adaptándolo en su estructura y funcionamiento a las grandes transformaciones producidas en los últimos años.<sup>187</sup> También tratando de dar una correcta solución a problemas estructurales específicamente educativos, errores de concepción, insuficiencias y disfuncionalidades, tales como, la carencia de configuración educativa del tramo previo a la escolaridad obligatoria, o el desfase entre la conclusión de ésta y la edad mínima laboral; amplía la

---

Constitución y a lo establecido en la presente ley”. Podemos comprobar como esta ley, a diferencia de la LOECE, habla solo de personas físicas o jurídicas de carácter privado. La creación de centros públicos y las características de éstos está regulado en los artículos 17 y 18, ubicados en capítulo II del Título I, que se refiere a los centros públicos.

Artículo 22.1 LODE: “En el marco de la Constitución, y con respeto de los derechos garantizados en el Título preliminar de esta ley, a profesores, padres y alumnos, los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos”.

<sup>182</sup> Artículo 4 LODE: “Los padres o tutores, en los términos que las disposiciones legales lo establezcan tienen derecho: b) a escoger centro docente distinto de los creados por los poderes públicos; c) a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

<sup>183</sup> Artículo 3 LODE: “Los profesores, en el marco de la Constitución, tienen garantizada la libertad de cátedra. Su ejercicio se orientará a la realización de los fines educativos, de conformidad con los principios establecidos en esta ley”.

<sup>184</sup> Artículo 6 LODE: “Se reconoce a los alumnos: c) el derecho a que se respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales, de acuerdo con la constitución; d) el derecho a que se respete su integridad y dignidad”.

<sup>185</sup> Souto Paz JA., *Comunidad Política y Libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el Derecho Comparado*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 1999, pgs. 455-456.

<sup>186</sup> Exposición de Motivos, párrafo 7.

<sup>187</sup> Ibidem, párrafos 9 y 12

Educación básica hasta los dieciséis años, en condiciones de obligatoriedad y gratuidad, garantizando así un periodo formativo común de diez años que abarca la Educación Primaria y la Educación Secundaria Obligatoria (ESO).

Establece en su régimen general las etapas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria –que comprende ESO, Bachillerato y Formación Profesional Grado Medio- Formación Profesional Grado Superior y la Educación Universitaria. Da una prestación a todos los españoles de una Enseñanza Secundaria; realiza una reforma profunda de la Formación Profesional y una mejora en la calidad de la enseñanza.

Por otra parte, el derecho a la educación como un derecho de carácter social, la igualdad de todos los españoles ante el contenido esencial del derecho a la educación y la obtención de Títulos académicos y profesionales de validez general, hace que el Gobierno fije las enseñanzas mínimas que constituyen los aspectos básicos del currículo.<sup>188</sup> Este aspecto ha sido desarrollado por distintos Reales Decretos: RD 1004/1991 de 14 junio que establece los requisitos mínimos de los centros docentes que impartan enseñanzas de régimen general no universitarias; RD 1330/1991 de 6 de septiembre, por el que se establecen los aspectos básicos del currículo de la Educación Infantil; RD 1006/1991 de 14 de junio por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Primaria; RD 1007/1991 de 14 junio por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria; RD 1700/1991 de 29 de noviembre, por el que se establece la estructura del Bachillerato; RD 1178/1992 de 2 de octubre por el que se establecen las enseñanzas mínimas del Bachillerato.

Esta Ley que –como recoge su Exposición de Motivos- orienta el sistema educativo al respeto de todos y cada uno de los derechos y libertades establecidos en nuestra Constitución y al pleno desarrollo de la personalidad del alumno, establece entre sus disposiciones que la enseñanza de la religión se garantiza en el respeto a los Acuerdos suscritos entre el Estado español y la Santa Sede, así como con las otras confesiones religiosas.<sup>189</sup>

En esta línea su Disposición Adicional Segunda<sup>190</sup> dispone que “la enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas. A tal fin y de conformidad con lo que dispongan dichos Acuerdos, *se incluirá la religión como área o materia en los niveles educativos que corresponda*, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos”.

Es el RD 2438/1994 de 16 de diciembre por el que se regula la enseñanza de religión,<sup>191</sup> -tras una serie de recursos contra los RRDD que regulan las enseñanzas mínimas, que resolvió el Tribunal Supremo- el que garantiza el ejercicio del derecho a recibir enseñanza de religión católica (artículo 1) y también la enseñanza de religión evangélica, judía e islámica, de conformidad con los Acuerdos de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas de España y Comisión Islámica de España, aprobados respectivamente, por las Leyes 24, 25, 26/1992 de 10 de noviembre, se garantiza este derecho en los centros docentes de segundo ciclo de Educación Infantil, Educación

---

<sup>188</sup> Artículo 4 LOGSE

<sup>189</sup> Exposición motivos, párrafo 47

<sup>190</sup> Derogada por la Disposición Derogatoria única de la LOCE

<sup>191</sup> BOE de 26 de febrero de 1995



Primaria, Educación Secundaria Obligatoria, y Bachillerato, tanto en centros públicos como privados, sean o no concertados. Dichas enseñanzas se ajustarán a los diferentes Acuerdos de cooperación con el Estado español (artículo 2).

Para los alumnos que no hubieran optado por seguir enseñanza religiosa los centros organizarán actividades de estudio alternativas, como enseñanzas complementarias, en horario simultáneo a las enseñanzas de Religión. En todo caso estas actividades no versarán sobre contenidos incluidos en las enseñanzas mínimas y en el currículo de los respectivos niveles educativos y serán obligatorias para los alumnos que no opten por la enseñanza religiosa, adaptándose a la edad del alumno; no serán objeto de evaluación ni tendrán constancia en los expedientes académicos de los alumnos (artículo 3).

#### 7.4. L.O.P.E.G.C.D.<sup>192</sup>

Esta ley obedece a una doble motivación, desde el punto de vista de Puelles Benítez, de rectificación -por ejemplo en el cambio que hace de la función directiva, intentando compensar la legitimación democrática de la elección de director con la preparación profesional (sistema de acreditación)-, y de adaptación a las nuevas corrientes de pensamiento centradas en la autonomía institucional, en la evaluación y en la calidad de la educación de los centros, aspectos todos controvertidos y polémicos.<sup>193</sup>

Las características generales de la ley tiene su precedente en un documento titulado “Centros educativos y calidad de la enseñanza” publicado en enero de 1994 siendo Ministro de Educación Suárez Pertierra.<sup>194</sup>

Documento que proponía una serie de medidas para mejorar la calidad de la enseñanza:

- La igualdad de oportunidades y la transmisión de valores: se reclama una calidad básicamente igual para todos, para que evite la discriminación y la desigualdad sociales, atención a la educación especial, población desfavorecida, minorías étnicas o culturales.
- La transmisión de valores, de carácter moral y cívico, para hacer del centro un espacio de convivencia y de formación de ciudadanos.<sup>195</sup>
- La autonomía de los centros –organizativa, económica, administrativa y personal- y la facultad de elaborar el proyecto educativo del centro, la participación unida a los alumnos, los programas de formación de padres y mayor intervención de las Corporaciones Locales.
- En el ámbito de la dirección y gobierno de los centros, medidas para prolongar el mandato de los Consejos escolares y reforzar la figura del director con nuevos incentivos económicos, mayor preparación profesional...
- Las medidas relacionadas con el profesorado se refieren a una formación permanente: convenios con Universidades para programas de formación, licencias de estudios, formación en el puesto docente.<sup>196</sup>

---

<sup>192</sup> Ley Orgánica 9/1995 de 20 de noviembre de la Participación, la Evaluación y el Gobierno de los Centros Docentes.

<sup>193</sup> Puelles Benítez M., *Educación...* cit., p. 434.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 435

<sup>195</sup> Vid., artículo 6.3 que dispone que “el proyecto educativo de los centros privados concertados podrán incorporar el carácter propio a que se refiere el artículo 22 LODE, que en todo caso deberá hacerse público”.

<sup>196</sup> Según un informe del Consejo Escolar del Estado, para el curso 1994-1995 por un conjunto de organizaciones sindicales se convocó un referéndum sobre el anteproyecto de ley, en el que se puso de

- Y por último, se refiere a la evaluación, entroncada con la calidad de enseñanza y también objeto de inspección.

Esta ley se refiere a aspectos más concretos para mejorar la calidad de la enseñanza, como norma posterior a la LODE, de la que parte y a la que menciona, y a la LOGSE, en cuya organización del sistema educativo se basa, por lo que hemos considerado oportuno mencionar.

#### 7.5. L.O.C.E.

Esta ley recoge en su Título Preliminar los principios básicos de calidad del sistema educativo, que se basan en el reconocimiento de los derechos y deberes que asisten a los miembros de la comunidad educativa y también en la garantía de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio del derecho a la educación. Cabe mencionar: la capacidad de transmitir valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad social, la coherencia y mejora de las sociedades, y la igualdad de derechos entre los sexos, que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación, así como la práctica de la solidaridad... (art. 1.b); la eficacia de los centros escolares, mediante el refuerzo de su autonomía y la potenciación de la función directiva de los centros (art. 1.1).

Trata de la organización y dirección de centros docentes (Título V), considera factor esencial para elevar la calidad de la enseñanza “dotar a los centros no solo de medios materiales y personales necesarios, sino también de una amplia capacidad de iniciativa para promover actuaciones innovadoras en los aspectos pedagógicos y organizativos, así como una adecuada autonomía en la gestión de sus recursos vinculada ambas, al principio de responsabilidad de los resultados que se obtengan”.

Clasifica los centros en públicos, privados y concertados (art. 64). Habla de: centros con especialización curricular, referida a un determinado ámbito de la enseñanza, que ofrezca un servicio educativo en grado de máxima calidad y al mismo tiempo constituya un referente para promover en otros centros iniciativas orientadas a los mismos fines. De los proyectos educativos de dichos centros y de los centros concertados, en cuyo proyecto deberán incorporar el carácter propio del centro (artículo 68.5).

Reconoce el derecho de los titulares de los centros privados a establecer el carácter propio de los mismos, “respetando en todo caso, los principios constitucionales y los derechos reconocidos a profesores, padres y alumnos. El carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa por el titular del centro. La elección del centro por las familias y alumnos comportará la aceptación del carácter propio de éste”.

Con respecto a los distintos miembros de la comunidad educativa realiza una enumeración de derechos y deberes de los alumnos entre los que se encuentran: el derecho a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución (art. 2.2.b); derecho a que se respete su integridad y dignidad personales (art. 2.2.c); derecho a la protección contra toda agresión física o moral (art. 2.2.d) y a participar en el funcionamiento y vida del centro (art. 2.2.e). Y refiriéndonos a los deberes cabe mencionar, entre otros, el deber a

---

manifiesto un rechazo evidente a este proyecto por parte del profesorado. Puelles Benítez M., Educación... cit., p. 435

participar en las actividades formativas (art. 2.3.a), a seguir las directrices del profesorado respecto a su educación y aprendizaje (art. 2.3.b).

Con respecto a los padres reconoce el derecho a la libre elección del centro y a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 3.1.b y c ); y entre los deberes, respetar y hacer respetar las normas establecidas por el centro (art. 3.2.d).

Presta una especial atención a la formación permanente del profesorado (Título IV). Tienen funciones tales como: contribuir a que las actividades del centro se desarrollen en un clima de respeto, de tolerancia, de participación y de libertad para fomentar en los alumnos los valores propios de una sociedad democrática (art. 56 c ). La tutoría de los alumnos para dirigir su aprendizaje, transmitirles valores y ayudarlos, en colaboración con los padres, a superar sus dificultades (art. 56 d ).

## 7.6. Acuerdos con las Confesiones religiosas.

### 7.6.1. La Iglesia católica: AEAC.

En su preámbulo se dice por una parte, el Estado reconoce el derecho fundamental a la educación religiosa y ha suscrito pactos internacionales que garantizan el ejercicio de este derecho. Por otra, la Iglesia debe coordinar su misión educativa con los principios de libertad civil en materia religiosa y con los derechos de las familias, alumnos y maestros, evitando cualquier discriminación o situación privilegiada.

Acto seguido dispone que “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 ambiente escolar” (art. I).

Se regula la inclusión de la enseñanza de la religión católica en todos los centros educativos, enseñanza que no tendrá carácter obligatorio para los alumnos, pero se garantiza el derecho a recibirla evitando cualquier discriminación. Y nadie estará obligado a impartir enseñanza religiosa (art. II).

La Iglesia católica puede establecer Seminarios menores diocesanos y religiosos, cuyo carácter específico será respetado por el Estado (art. VIII).

Los centros docentes de nivel no universitario cualquiera que sea su grado y especialidad, establecidos o que se establezcan por la Iglesia, se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercicio de sus actividades (art. IX).

### 7.6.2. Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas no católicas

Están los Acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas, Acuerdo con las Comunidades Israelitas y Acuerdo con la Comisión Islámica, aprobados por las leyes 24, 25, 26/1992 de 10 de noviembre.

Y es en el artículo 10 de los distintos Acuerdos -de contenido similar- donde se establece que “a fin de dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 27.3 de la Constitución, así como en la LODE y en la LOGSE, se garantiza a los alumnos, a sus padres y a los órganos escolares de gobierno que lo soliciten, el ejercicio del derecho de los primeros a recibir enseñanza religiosa –de la confesión correspondiente- en los

centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en conflicto con el carácter propio del centro, en los niveles de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria (artículo 10.1).

Las Iglesias, Comunidades y Comisiones pertenecientes a la confesión religiosa correspondiente que han firmado los Acuerdos podrán establecer y dirigir centros docentes de los niveles de educación no universitaria –Educación Infantil, Primaria y Secundaria- así como centros universitarios y seminarios de carácter religioso y otras Instituciones de Estudios Eclesiásticos con sometimiento a la legislación general vigente en la materia (artículo 10.6).

Resumiendo, podemos decir que si vemos la regulación que realizan las distintas leyes mencionadas desde la LOECE de 1980 hasta la LOCE de 2002 se puede observar la evolución de los distintos aspectos de la educación y la enseñanza, la prioridad de los mismos en cuanto debían ser resueltos para establecer una ordenación del sistema educativo y para avanzar hacia una mejor calidad de la educación. En todas ellas se reconoce los derechos y deberes de los distintos miembros de la comunidad educativa y que en el supuesto de entrar en conflicto se estará al caso concreto, es decir, se ha de resolver caso por caso ante la autoridad competente ya que no existe una solución previamente establecida y aplicable a todos los supuestos. Si bien se ha de tener en cuenta unos requisitos básicos para solucionar los conflictos que puedan plantearse, y siempre dentro del respeto a los principios y valores constitucionales y a ello nos vamos a referir en el siguiente apartado.

## 8. SUPUESTO DE CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Es preciso examinar la relación que existe entre estos derechos -que comprende la libertad de enseñanza- y determinar los criterios de solución en los supuestos de conflicto.

### 8.1. Los derechos fundamentales no son ilimitados y tienen un sistema de protección.

Hay que tener en cuenta que:

1.- Todos los derechos mencionados son derechos fundamentales y estos son, por una parte, “derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia” y por otra, “pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución.”<sup>197</sup>

Y el mismo Tribunal reitera en muchas sentencias que ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse ilimitados.<sup>198</sup>

<sup>197</sup> STC 25/1981 de 14 de julio, FJ. 5.

<sup>198</sup> SSTC 11/1981 de 8 de abril, FJ. 7; 91/1983 de 7 de noviembre, FJ. 4; 110/1984 de 26 noviembre, FJ. 5; 2/1982 de 29 de enero; FJ. 5.

“La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones, en otras, el límite del derecho deriva de la Constitución solo de manera mediata o indirecta, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.<sup>199</sup>

*Los derechos que comprende la libertad de enseñanza son limitados y además - como ha señalado el Alto Tribunal- debe producirse una articulación recíproca entre todos ellos.*<sup>200</sup> “La no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal, no significa sin más su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional o legal, o de ambos a la vez, de otro derecho que pueda entrar en colisión con aquel”.

“*El no señalamiento expreso de los límites, derivados de los derechos del titular del centro, a los derechos de los padres, alumnos y profesores, no significa que estos sean ilimitados ni que deje de producirse una articulación recíproca entre todos ellos, sino únicamente que el legislador no ha estimado oportuno explicitar normativamente la correlación entre diversos derechos, correlación cuyo alcance se desprende de la misma existencia de esos derechos.*”<sup>201</sup>

En el supuesto de conflicto entre estos derechos, la cuestión se suele resolver por vía interpretativa ante la falta de criterios jurídicos expuestos en las Constituciones o textos normativos ordinarios, así lo entendió la doctrina.

Embid Irujo manifiesta que el mecanismo de interpretación suele atender al carácter de los bienes jurídicos puestos en juego y acomodar la protección prioritaria a aquel juzgado más importante.<sup>202</sup>

Otaduy, cuando comenta el conflicto entre la libertad de cátedra y el derecho del titular del centro docente habla en primer lugar de los “límites inherente al ejercicio del las libertades” y –mencionando a Garrido Falla- se refiere al hecho de que el ejercicio de una libertad anule totalmente la posibilidad de ejercicio de la otra, hay que entender en este caso, que está desvirtuando los límites inherentes a la misma. Y en segundo lugar, habla del aspecto institucional, según el cual la libertad que tenga carácter institucional ha de prevalecer sobre la que se considera exclusivamente individual.<sup>203</sup>

Ibán y Prieto Sanchís entienden que la relación existente entre los diferentes derechos educativos debe modularse atendiendo a dos criterios: por un lado, el carácter del centro, según se trate de un centro público, privado en sentido estricto o concertado, y por otro, remitir a los tribunales la determinación, en cada caso concreto, de la prevalencia de los derechos en conflicto.<sup>204</sup>

---

<sup>199</sup> STC 11/1981 de 8 abril, FJ. 8

<sup>200</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero

<sup>201</sup> STC 77/1985 de 27 de junio, FJ. 9. Hay que recordar que el TC ha señalado expresamente que los derechos que concurren tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, STC 5/1981 de 13 de febrero.

<sup>202</sup> Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 263

<sup>203</sup> Otaduy Guerin, *La extinción...* cit., pgs. 133-134.

<sup>204</sup> Iban I.C. y Prieto Sanchís, *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Madrid, 1985, p. 103; Martín Sánchez I., *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Volumen II, 1986, pgs. 203-204.

La posición del Tribunal Constitucional es que “cuando haya un conflicto la solución habrá que buscarse a través de la jurisdicción competente y, en último término y en cuanto haya lesión de derechos fundamentales o libertades públicas de éste mismo Tribunal por la vía de amparo y no mediante el establecimiento apriorístico de una doctrina general”.<sup>205</sup>

2.- Estos derechos y libertades fundamentales que están reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos y tienen un determinado sistema de protección para que puedan ser reales y efectivos en la práctica; sólo podrán ser regulados por Ley, que en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, conforme dispone el artículo 53 CE.

En opinión de Martín Sánchez esta alusión al “contenido esencial” de los derechos tiene una gran importancia a la hora de establecer un criterio de armonización de los diversos derechos que integran la libertad de enseñanza.<sup>206</sup>

El Tribunal Constitucional considera el respeto al contenido esencial del derecho protegido, recogido en el artículo 53.1 CE como “límite genérico que el legislador ha de tener en cuenta al regular los derechos fundamentales”.<sup>207</sup>

## 8.2. Criterios para determinar el contenido esencial de un derecho.

Para determinar el *contenido esencial de un derecho* hay que utilizar dos criterios: uno positivo y otro negativo.<sup>208</sup>

- Según el ***criterio positivo***, “constituye el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas *facultades o posibilidades* de actuación necesarias para que el derecho sea *recognoscible* como pertinente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así.

Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trate y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”.

- Según el ***criterio negativo***, se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a *aquella parte* del contenido del derecho que es *absolutamente necesaria* para que *los intereses* jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, *resulten real, concreta y efectivamente protegidos*. De este modo se rebaja o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de su necesaria protección.

Estos dos criterios no son alternativos ni antitéticos sino complementarios.

---

<sup>205</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero FJ. 10, último párrafo, y en el mismo sentido el FJ.11 cuando se refiere al conflicto entre profesor y titular del centro educativo con ideario.

<sup>206</sup> Martín Sánchez I., *La libertad de enseñanza...*cit., p. 204. Expresión tomada del artículo 19 de la Constitución de la Alemania Federal.

<sup>207</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero FJ. 15, párrafo primero.

<sup>208</sup> STC 11/1981 de 8 de abril, FJ.8-10, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el RD. 17/1977 de 4 de marzo que regula el derecho de huelga y los conflictos colectivos de trabajo; y SSTC 37/1987 de 26 de marzo; 196/1987 de 11 de diciembre.

En la configuración del contenido esencial de un derecho hay que tener en cuenta las limitaciones impuestas por los poderes públicos, mediante ley cuando se trate de un derecho fundamental y no las reducciones establecidas voluntariamente por su titular en el ejercicio del mismo.<sup>209</sup>

### 8.3. El contenido normal de los derechos fundamentales: sus límites.

Refiriéndose al *contenido normal de los derechos*, el Tribunal Constitucional dice que “la Constitución no impide al Estado proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos ya se trate de derechos fundamentales ya de otros bienes o valores que gozan de la protección constitucional. Mantener el criterio contrario es como impedir a los órganos estatales que cumplan adecuadamente con las tareas que le impone el orden constitucional y desconocer que los conflictos entre intereses constitucionalmente protegidos deban resolverse dentro de la Constitución, concebida como una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores.

En este marco constitucional, el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a los mismos, que no sobrepasen su contenido esencial”.<sup>210</sup>

Es decir, las limitaciones impuestas al contenido normal de los derechos fundamentales han de estar justificadas y ser proporcionadas.<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup> STC 77/1985 de 27 junio, antecedentes núm. 7 e). Y otras sentencias relativas al contenido esencial SSTC 101/1991 de 13 mayo, 91/2000 de 30 de marzo FJ.7; Auto TC 334/1991.

<sup>210</sup> STC 196/1987 de 11 de diciembre, FJ. 6.

<sup>211</sup> Vid., SAN de 12 de enero de 1985

### III. DERECHO A LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES.

#### 1. REGULACIÓN DE ESTE DERECHO.

Tanto en el sector doctrinal como jurisprudencial hay acuerdo en que el derecho a la libertad de creación de centros docentes es uno de los derechos contenidos en la libertad de enseñanza. El Tribunal Constitucional considera que la libertad de enseñanza comprende tres libertades: la libertad de creación de centros docentes, la libertad de cátedra y la libertad de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos de acuerdo con sus convicciones (STC 5/1981 de 13 de febrero).

Este derecho está regulado expresamente en el artículo 27.6 CE que dispone: “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”.

Supone la inexistencia de un monopolio estatal en materia de enseñanza pero en buena medida esta libertad se configura como un cauce para lograr la efectividad práctica de otros propósitos y derechos también constitucionalmente tipificados,<sup>212</sup> como son:

- el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos (artículo 27.3 CE) que puede considerarse –además de una base normativa para establecer la enseñanza de religión en los centros docentes públicos- como exigencia del reconocimiento de la libertad de creación de centros docentes.
- el derecho de todos a la educación (artículo 27.1 CE) y que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita (artículo 27.4). En este caso la libertad de creación de centros es un elemento coadyuvante, junto a la creación de centros públicos, para lograr la efectividad del derecho a la educación.

La libertad de enseñanza aplicada a la enseñanza privada supone fundamentalmente el derecho a crear centros docentes distintos de los estatales, dando lugar a la existencia simultánea de centros públicos y privados.<sup>213</sup>

El Tribunal Supremo ha afirmado que el artículo 27.6 CE, por el que se reconoce la libertad de creación de centros docentes es la manifestación primaria de la libertad de enseñanza, pues supone, en sentido negativo, la inexistencia de un monopolio estatal docente y, en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado.<sup>214</sup>

#### 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

##### 2.1. Constitución de Cádiz de 1812.

La libertad de enseñanza en la época de la Constitución de 1812, era un reflejo de la libertad de expresión y se podía atribuir a cualquier ciudadano que pudiera

<sup>212</sup> Iban I.C., *La enseñanza...*, cit., pgs. 409-411

<sup>213</sup> Martín Sánchez I., *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia ...* cit., p. 214

<sup>214</sup> STS de 24 de enero de 1985 FJ. 6 (RJ. 250).



dedicarse a la enseñanza. Esta dedicación se podía manifestar a través de la fundación de una escuela dentro de la cual el docente gozaría de esa libertad de expresión.

Embid Irujo manifiesta que hay que tener en cuenta las circunstancias de la nación en aquella época, donde los porcentajes de escuelas y alumnos no sería muy grande, donde fundar escuelas no sería difícil y donde la enseñanza recae fundamentalmente en manos religiosas.<sup>215</sup>

## 2.2. Reglamento General de Instrucción Pública de 1821.

En el Reglamento General de Instrucción Pública de 29 de junio de 1821<sup>216</sup> la enseñanza privada no estaba sujeta a más control que la observancia de las reglas de la buena policía y las necesarias para impedir que se “enseñe 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” (artículo 4).

Pero si lo que se pretendía era que la enseñanza fuera impartida en centros privados, a efectos de títulos se disponía lo siguiente: “pero el que pretendiera dar a su enseñanza privada la autorización conveniente para la recepción de grados y ejercicio de profesores, con la sola condición de examen y aprobación, lo expondrá previamente a la Dirección General de Estudios, la cual accederá a su solicitud, asegurándose de la idoneidad del aspirante a esta gracia por medio de un examen que harán los sujetos de su confianza designados por la misma” (artículo 6).

Embid Irujo observa y subraya como este artículo utiliza el singular al inicio, identificando al titular del centro con la misma persona que imparte la enseñanza, es decir, con el profesor. Es el titular y profesor quien debe reunir los requisitos de idoneidad, quien ejerce de esta forma, enseñando, su libertad de enseñanza.<sup>217</sup>

## 2.3. Década moderada 1843-1854.

En esta década se elabora el Plan General de Estudios aprobado por Real Decreto de 17 de septiembre de 1845 –Plan Pidal-<sup>218</sup> que reconoce la libertad de enseñanza pero se centrará más en el derecho a recibir educación que en la libertad de crear centros de enseñanza.<sup>219</sup>

El Concordato de 16 de marzo de 1851, firmado por Pío IX e Isabel II consagra un derecho eclesiástico netamente confesional: libertad y autonomía de la Iglesia, Órdenes y Congregaciones religiosas, creación de Seminarios conciliares...

## 2.4. Periodo 1856-1868. La Ley Moyano.

En este período de 1856-1868 se aprueba y promulga la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857 –Ley Moyano-<sup>220</sup> donde la libertad de enseñanza es

---

<sup>215</sup> Embid Irujo A., *Las libertades...*cit., pgs. 233 y ss.

<sup>216</sup> Reglamento elaborado a partir del Informe Quintana, que divide la instrucción en pública y privada, permitiendo la coexistencia de la enseñanza pública y privada; y estructura la enseñanza en: primera, que se encomienda a los ayuntamientos; en segunda y tercera.

<sup>217</sup> Embid Irujo A., *Las libertades...*cit., p. 233.

<sup>218</sup> Inspirado por Gil de Zárate, defensor de la enseñanza pública y a favor de la secularización.

<sup>219</sup> Martínez Blanco A., *La enseñanza de la religión en los centros docentes a la luz de la Constitución y el Acuerdo con la Santa Sede*, Universidad de Murcia, 1994, p. 47

<sup>220</sup> Obra que supondría la culminación de la acción legislativa de la primera mitad del siglo XIX. Texto que configura definitivamente nuestro sistema escolar y que estará vigente durante un periodo muy

entendida como libertad de creación de establecimientos privados; es solemnemente reconocida en una ley pero al mismo tiempo se determina que el alcance de esta libertad no es absoluto sino sometido a la intervención que determine la ley.<sup>221</sup>

Los particulares, sociedades y corporaciones *solo* podrán crear establecimientos de primera y segunda enseñanza. Se establecía el principio de autorización previa para comprobar la concurrencia de los requisitos mínimos requeridos y la inspección y vigilancia del Estado. La validez académica de los estudios cursados quedaba condicionada a que se hiciera por libros de texto designados por el Gobierno, siguiendo el mismo orden y programa que en los establecimientos públicos, donde debían realizarse exámenes anuales.<sup>222</sup>

- Para crear un centro de primera enseñanza hacía falta tener veinte años cumplidos de edad y título para ejercer el magisterio de primera enseñanza (artículo 149).

- Para crear establecimientos de segunda enseñanza, el requisito de la titulación no se exigía al empresario sino al director que debía tener título de licenciado “en cualquiera facultad o su equivalente en carrera superior” (artículo 150).

Podría decirse que el empresario privado ejercita su “libertad de enseñanza” al crear el colegio pero en el supuesto del artículo 149 la libertad de enseñanza es a su vez libertad de creación y de docencia del titular.<sup>223</sup>

## 2.5. Período 1868-1974. La Constitución de 1869.

En el periodo revolucionario de 1868 a 1874, el Decreto de 21 de octubre de 1868 proclama la más absoluta libertad de enseñanza y libertad de cátedra. La libertad de enseñanza entendida en dos sentidos: fundación de centros docentes privados y derecho del maestro trabajador a enseñar. Y afirma que la función de la enseñanza corresponde a la sociedad, mientras que el Estado tiene una función subsidiaria. Reconoce a los Ayuntamientos y Diputaciones la facultad de crear centros.

Y la libertad de cátedra la entiende como libertad de los profesores para la elección de métodos, libros de texto y elaboración de programas.

La Constitución de 6 de junio de 1869 realiza un amplio reconocimiento de los derechos individuales, desaparece la confesionalidad formal y se reconoce la libertad de culto público y privado y admite el hecho de que los españoles pertenezcan a una confesión distinta de la católica.<sup>224</sup> Ello da lugar en el ámbito educativo a la posibilidad establecida en el artículo 24: “Todo español podrá fundar y mantener establecimiento de instrucción o de educación *sin previa licencia*, salvo, la inspección de la autoridad competente por razones de higiene y moralidad”.

---

amplio. No aporta ninguna novedad, recoge aquellos principios que desde el Plan Duque de Rivas había conseguido plena aceptación entre los moderados: *la libertad de enseñanza limitada, gratuidad restringida y centralización política y administrativa*.

<sup>221</sup> De Puelles Benítez M., *Textos sobre la educación en España, (siglo XIX)*, U.N.E.D., Madrid, 1998, p. 68

<sup>222</sup> Gómez-Ferrer Morant, *El régimen general de los centros privados de enseñanza*, R.E.D.A., 1973, pgs. 11-12.

<sup>223</sup> Embid Irujo A., *Las libertades...* cit., p. 233

<sup>224</sup> El artículo 21 dispone que “La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio *público o privado* de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior”.

## 2.6. Restauración borbónica: 1874-1930. Alusión a los Decretos de 18 de agosto de 1885 y de 20 de julio de 1900.

En este período histórico se encuentra la Constitución de 30 de junio de 1876, última constitución monárquica del siglo XIX, de carácter conciliador, se caracteriza por el reconocimiento del sufragio universal, la declaración de derechos y la tolerancia como principio religioso, limitando su ejercicio al ámbito privado. El artículo 11 consagra el principio de confesionalidad católica del Estado y no permite otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado. Y el artículo 12 establece que “todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción o de educación con arreglo a las leyes”.

Durante el Gobierno de Canovas se aprobó el Decreto de 18 de agosto de 1885 que recoge reglas para los establecimientos de enseñanza y crea la categoría de “centros asimilados”, pensados para las Órdenes religiosas, a las que se exige bastantes garantías pero a los que se concede también grandes beneficios. Tuvo gran rechazo.

La creación de establecimientos libres queda sometida a la inspección diocesana, autoridad competente para velar por el dogma y la moral católica.

El Real Decreto de 20 de julio de 1900 de segunda enseñanza -del Ministro Alix- sobre los “requisitos para el establecimiento y apertura de colegios incorporados a los institutos” mantiene el derecho de inspección y de control del Estado sobre la enseñanza.<sup>225</sup>

## 2.7. La Segunda República: la Constitución de 1931.

En la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931,<sup>226</sup> como consecuencia del principio de laicidad del Estado y de la libertad religiosa entendida solo en sentido negativo, las Instituciones públicas no mantendrán, no favorecerán ni auxiliarán económicamente a las Iglesias (artículo 26.2) y se prohíbe la enseñanza a las Órdenes religiosas (artículo 26.4). Se reconoce a la Iglesias el derecho –sujeto a inspección del Estado- de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos. Y una ley de Instrucción pública determinará las condiciones en que se podrá autorizar la enseñanza en los establecimientos privados (artículo 55).

## 2.8. Época franquista: la Ley General de Educación de 1970.

Durante la época de Franco, cabe destacar el Concordato de 27 de agosto de 1953 que reconocía el derecho de la Iglesia a crear centros de enseñanza.<sup>227</sup> Y la Ley 44/1967 de 28 de junio de Libertad religiosa reconocía el derecho de los individuos y asociaciones a no ser impedidos en la enseñanza de su fe (artículo 9), consecuentemente las asociaciones, confesiones no católicas tienen derecho a crear sus propios centros de enseñanza.

En los distintos preceptos de la Ley 14/1970 de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa se establece que corresponde al gobierno estimular y proteger la libre iniciativa de la sociedad, encaminada al logro de los fines educativos y eliminar los obstáculos que los impidan y dificulten (artículo 4); y

---

<sup>225</sup> Martínez Blanco A., *La enseñanza de la religión en los centros...cit.*, p. 59

<sup>226</sup> Constitución que se refiere ampliamente al tema de la educación y la enseñanza.

<sup>227</sup> Vid. Canon 1375

las entidades publicas y privadas y los particulares pueden promover y sostener centros docentes que se ajustarán a lo establecido en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen (artículo 5).

### 3. ÉPOCA DE TRANSICIÓN: 1975 A 1980<sup>228</sup>

#### 3.1. Debates Parlamentarios.

En el momento de elaboración y redacción del artículo 27 CE, la discrepancia fundamental entre los distintos partidos políticos era como se debía entender el pluralismo; es decir, pluralidad de centros o pluralidad en el centro docente. Así Barrera Costa recordaba que “el verdadero problema era asegurar el pluralismo real dentro del sistema educativo público y se conseguía exigiendo que hubiese centros diferentes, inspirados por concepciones de vida diferentes”.<sup>229</sup> Y Gómez Llorente, del grupo socialista, manifiesta que ellos creen que la educación debe ser pluralista y no han tratado de decir constitucionalmente que todos los centros tengan que ser pluralistas y “estamos dispuestos a respetar aquellos centros privados que no deseen este tipo de educación...”<sup>230</sup>

Otra cuestión que se planteó fue que si junto al reconocimiento expreso de la libertad de crear centros docentes –artículo 27.6 CE- debía constar también el derecho a dirigirlos, teniendo en cuenta lo que dispone los Textos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 13.4).<sup>231</sup>

En el Informe de ponencia<sup>232</sup> la redacción del apartado 6 era la siguiente: “se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de establecer y *dirigir* centros docentes dentro del respeto a los principios constitucionales”. Pero desde el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso el párrafo 6 se limitó a recoger de forma expresa sólo la libertad de creación de centros docentes.<sup>233</sup> Los argumentos utilizados fueron los siguientes:

Roca Junyent dijo que “la incorporación de la palabra “dirección” ha sido ampliamente debatida pero se ha llegado a la conclusión que la libertad de creación

---

<sup>228</sup> Puelles Benítez menciona los Pactos de la Moncloa de 1977 como un hecho importante a resaltar en este periodo; una de sus finalidades fue la realización de una política de contención salarial. La oposición solicitó una serie de contrapartidas que en el ámbito educativo se concretó en las siguientes: un programa extraordinario de creación de centros públicos, Estatuto de centros subvencionados, Estatuto del profesorado, mejora de la calidad del sistema educativo e incorporación de las demás lenguas nacionales a la enseñanza. De estas contrapartidas solo la primera y la última se cumplieron. De ello se benefició la enseñanza pública, realizándose inversiones por valor de más de cuarenta millones de pesetas en los años 1977-1979, lo que supuso duplicar los presupuestos de inversión durante estos años. Se beneficiaron también las Comunidades Autónomas bilingües que vieron incorporadas las lenguas propias a la enseñanza a través de los Estatutos Autonómicos aprobados en este periodo. De Puelles Benítez M., Educación e Ideología...cit.. p. 397

<sup>229</sup> DSCD núm. 106 de 7 de julio de 1978, p. 4031.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 4043

<sup>231</sup> Como hace constar Martín Martínez: “este fue uno de los puntos más debatidos de la discusión constitucional. Por una parte cabe suponer que si se reconoce el derecho a crear centros docentes queda implícito el derecho a dirigirlos. Más lo cierto es que el partido socialista hizo hincapié en que el derecho a dirigir los centros es cosa distinta al derecho a crearlos y el texto constitucional ha callado sobre la cuestión. Martín Martínez I., *La enseñanza superior católica ante la Constitución*, en “El hecho religioso en la nueva Constitución española” p. 434, recogido por Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza...* cit., pgs. 216-217

<sup>232</sup> BOC de 17 de abril de 1978

<sup>233</sup> BOC de 1 de julio de 1978

comporta –acompañada del tema del reconocimiento de la libertad de enseñanza- la libertad de dirección dentro del respeto de los principios constitucionales y de las propias normas del artículo 26”(hoy 27).<sup>234</sup>

Camacho Zancada afirmó que “resulta inconcebible suponer que el verbo dirigir añade algo realmente nuevo a la posibilidad de creación. El reconocimiento de la libertad de creación de centros docentes no se limita al hecho material de levantar un edificio, implica la facultad de llevar adelante unos principios, unos valores, unos conceptos y una forma, en suma, de desarrollar las estructuras organizativas que lo permitan y hagan posible. Por ello entendemos que la libertad de creación de centros implica de por sí la dirección del mismo, sin más limitación que el respeto a los principios democráticos y al cumplimiento de las leyes”.<sup>235</sup>

Por otra parte Martín Retortillo, refiriéndose a la libertad de enseñanza y libertad de creación de centros recordó que “ha sido normal entre los autores, a los que la normativa no planteaba excesivos problemas de conciencia, considerar que la libertad de enseñanza estaba cumplida desde el momento en que se reconocía la libertad de creación de centros. La identificación posterior que luego se realiza entre el sujeto que ejercitaba esta acción –normalmente una entidad eclesial- y el tipo de enseñanza que las normas configuraban basado e inspirado en la doctrina católica, obligaba a concluir que desde un punto de vista eminentemente parcial, existía una confluencia entre “libertad” de enseñanza y libertad de creación de centros, su improcedencia se descubre a la luz de una Constitución que permite realmente la libertad de enseñanza”.<sup>236</sup>

La redacción actual del artículo 27.6 CE es, como ya hemos visto, que “se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”.

### 3.2. A.E.A.C. de 3 de enero de 1979.

El Acuerdo sobre Enseñanza suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero 1979 reconoce el derecho de la Iglesia a crear centros docentes, tanto escuelas católicas como seminarios menores.

El artículo IX se refiere a las escuelas católicas y dispone que “los centros docentes de nivel no universitario, cualquiera que sea su grado y especialidad, establecidos o que se establezcan por la Iglesia, se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer sus actividades”.

Y a los seminarios menores el artículo VIII que afirma que “La Iglesia católica puede establecer seminarios menores, diocesanos y religiosos, cuyo *carácter específico* será respetado por el Estado...si bien no se exigirá ni el número mínimo de matrícula escolar ni la admisión de alumnos en función del área geográfica de procedencia o domicilio de la familia”.<sup>237</sup>

---

<sup>234</sup> DSCD núm. 72 de 23 mayo de 1978, p. 2608

<sup>235</sup> Alude a la LOECE, al artículo 13.4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. DSCD núm. 106 de 7 de julio de 1978.

<sup>236</sup> DSS núm. 44 de 25 agosto de 1978, p. 1912

<sup>237</sup> Los artículos siguientes se refieren a centros de nivel universitario, “las Universidades, Colegios universitarios, Escuelas universitarias y otros Centros universitarios que se establezcan por la Iglesia católica, se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer estas actividades” (artículo X); y “la Iglesia católica, a tenor de su propio derecho, conserva su

#### 4. NATURALEZA JURÍDICA DE ESTE DERECHO.

La mayoría de la doctrina considera que se trata de un derecho que deriva de la libertad de enseñanza, es uno de los derechos que forma parte del contenido de la libertad de enseñanza. Si bien Embid Irujo no está de acuerdo con ello y afirma que la libertad de creación de centros contenida en el artículo 27.6 CE es una libertad auxiliar de la enseñanza y a su vez encuentra su fundamento en ella. *Una libertad de ejercicio absolutamente imprescindible para impartir enseñanza de niveles oficiales, sometida al principio de autorización administrativa que contiene la normativa ordinaria pero no es equivalente a la libertad de enseñanza, sino un medio para hacer ésta efectiva.*<sup>238</sup> Para este autor la libertad de enseñanza es estrictamente la posibilidad del ciudadano de transmitir los conocimientos que posee y ello no está vinculado, *per se*, a la fundación de un centro de enseñanza.<sup>239</sup>

Y precisa su posición al distinguir entre libertad de enseñanza y libertad de creación de centros que, en el caso de centros docentes privados sin ideario, impediría hablar de que sus titulares hubieran ejercitado la libertad de enseñanza sino solamente la libertad de creación de centros docentes, con las facultades a ella insitas como gestionar y dirigir en las condiciones prescritas por la ley.<sup>240</sup>

Prieto de Pedro afirma que esta libertad de creación de centros tiene la naturaleza de un derecho autonomía de las personas individuales y jurídicas frente a los poderes públicos.<sup>241</sup>

Y como ya hemos apuntado el Tribunal Constitucional afirma que “el artículo 27.6 CE es la manifestación primaria de la libertad de enseñanza. Su reconocimiento implica, en sentido negativo, la inexistencia de un monopolio estatal docente, y en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado”.<sup>242</sup>

#### 5. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES.

##### 5.1. Regla general: personas físicas y jurídicas.

Son sujetos del derecho de creación de centros docentes las personas físicas y las personas jurídicas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.6 CE.<sup>243</sup>

---

autonomía para establecer Universidades, Facultades, Institutos Superiores y otros Centros de Ciencias Eclesiásticas para la formación de sacerdotes, religiosos y seglares” (artículo XI).

<sup>238</sup> Embid Irujo A., *Las libertades...* cit., p. 239

<sup>239</sup> Menciona el Decreto 488/73 de 1 de marzo sobre estímulos a la iniciativa privada en materia de enseñanza; entre las tres formas de estímulo que recoge hay una que consiste en una cesión del uso de edificios construidos para centros estatales que claramente ilustra la diferencia entre libertad de enseñanza y fundación de centros. El Estado renuncia a ser el organizador de la empresa de la enseñanza y cede el edificio a una persona física o jurídica privada, que no es, en puridad, el “fundador” del centro de enseñanza. *Ibidem*, pgs. 237-238.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 314; Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa...*cit., p.51

<sup>241</sup> Prieto de Pedro J., *Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, Vol. II, UNED, Madrid, 1978, p. 526

<sup>242</sup> STC 5/ 1981 de 13 de febrero, y en el mismo sentido STS de 24 de enero 1985 (RJ 250) y STS de 14 de mayo de 1985 (RJ 2354)

<sup>243</sup> Gómez de las Rocas decía que “ser titular es ser destinatario de los riesgos y venturas de una actividad. Responde quien dice o decide quien responde; pues responsabilidad y decisión son inseparables. Así

La LODE establece que “toda persona física o jurídica de *carácter privado* y de nacionalidad española tiene libertad para la creación y dirección de centros docentes privados, dentro del respeto a la Constitución y a lo establecido en la presente ley” (artículo 21.1). Si lo analizamos podemos ver, en primer lugar que se refiere a toda persona física o jurídica de carácter privado. Este precepto es muy similar al artículo 7.1 de la LOECE que disponía que “toda persona física o jurídica, *pública o privada*, de nacionalidad española, tiene libertad para establecer y dirigir centros docentes, dentro del respeto a la Constitución y a las leyes”, pero con una diferencia importante que consiste en la imposibilidad de que las personas jurídicas públicas puedan fundar centros privados.

Prohibición que está relacionada con la definición y diferencia que hace la ley entre centros públicos y privados. El artículo 64 de la LOCE dispone que “1. Los centros docentes se clasifican en públicos y privados. 2. Son centros públicos aquellos cuyo titular sea un poder público. Son centros privados aquellos cuyo titular sea una persona física o jurídica de carácter privado. Se entiende por titular de un centro educativo la persona física o jurídica que conste como tal en el registro de centros de la correspondiente Administración educativa”.<sup>244</sup>

Estos centros docentes se regirán por lo dispuesto en esta ley y disposiciones que la desarrollen, así como por lo establecido en las demás normas vigentes que les sean de aplicación (artículo 63 LOCE).

Y en segundo lugar se refiere expresamente a personas de nacionalidad española. Cuando sean personas físicas o jurídicas extranjeras la ley dispone que “sin perjuicio de lo establecido en los Convenios Internacionales o, en su defecto, del principio de reciprocidad, los centros extranjeros en España se ajustarán a lo que el Gobierno determine reglamentariamente”.<sup>245</sup> Y el Real Decreto 806/1993 de 28 de mayo regula el régimen jurídico de los centros docentes extranjeros en España.

Y en tercer lugar, este artículo 21 completa la expresión “derecho a crear centros docentes” recogida en el artículo 27.6 CE ya que hace constar expresamente el derecho a crearlos y a *dirigirlos*, que no había sido recogido en la Carta Magna.

Hay que recordar que la Constitución se refiere genéricamente a la creación de centros, término que comprende todo tipo de establecimientos docentes, tanto los de nivel no universitario como los de nivel universitario.<sup>246</sup>

Tanto la LODE, como anteriormente hacía la LOECE, no exige ninguna titulación académica especial al titular del centro, es suficiente con que no esté incluido

---

ocurre en toda suerte de empresas, en las mercantiles, en las políticas y, desde luego, en las docentes”. DSCD núm. 74 de 13 de marzo de 1980, p. 4977.

<sup>244</sup> Precepto similar al artículo 10 de la LODE, derogado por la Disposición derogatoria única, apartado 3.

<sup>245</sup> Artículo 21.2 de la LODE, que desarrolla lo dispuesto en el artículo 13.1 CE “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la ley”.

<sup>246</sup> En el ámbito universitario la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre de Universidades (BOE de 24 de diciembre), el artículo 5.1 dispone que “en virtud de lo establecido en el apartado 6 del artículo 27 CE, las personas físicas o jurídicas podrán crear Universidades privadas o Centros universitarios privados, dentro del respeto a los principios constitucionales y con sometimiento a lo dispuesto en esta ley y en las normas que, en su desarrollo, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias”.

en la relación de personas exceptuadas para ser titular, recogidas en el artículo 21.2 de la LODE.

## 5.2. Exclusiones: causas de incapacidad y causas de incompatibilidad.

La LODE, tras reconocer la libertad para la creación y dirección de centros docentes privados, se refiere a aquellas personas que no pueden ser titulares de los mismos. Cabe distinguir –siguiendo a Fernández-Miranda y Sánchez Navarro<sup>247</sup> entre:

- *causas de incapacidad* que producen la *privación* de la titularidad subjetiva y son las siguientes: quienes tengan antecedentes penales por delitos dolosos (artículo 21.2. b), y las personas físicas o jurídicas expresamente privadas del ejercicio de este derecho por sentencia judicial firme (artículo 21.2.c).
- *causas de incompatibilidad*, que no niegan la titularidad del derecho sino que *limitan* su ejercicio al exigir condiciones que pueden ser enervadas o debilitadas renunciando al cargo incompatible. Estas causas se refieren a: las personas que presten servicio en la Administración educativa estatal, autonómica o local (artículo 21.2.a.) y las personas jurídicas en las que las personas incluidas en los apartados anteriores desempeñen cargos rectores o sean titulares del 20 por ciento o más del capital social (artículo 21.2.d.).

Este artículo 21.2 del proyecto de la LODE fue uno de los recurridos en el recurso previo de inconstitucionalidad presentado por el grupo parlamentario popular porque entendían que suponía un trato discriminatorio en cuanto al ejercicio de la libertad de enseñanza. El Tribunal Constitucional rechaza la inconstitucionalidad de tal precepto en base a las siguientes razones:<sup>248</sup>

a) No supone trato discriminatorio la prohibición dirigida a las personas que presten servicios en la Administración educativa estatal, autonómica o local (artículo 21.2.a.) en base al principio de neutralidad de la Administración recogido en el artículo 103.1 CE según el cual “la Administración sirve con objetividad los intereses generales”, que resulta suficientemente fundado. Y añade, “dentro de esta previsión se incluye el *mandato de mantener a los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales*, y el artículo impugnado es una clara aplicación de tal mandato, estableciendo una diferencia de trato plenamente justificada”.

b) La prohibición dirigida a los que tengan antecedentes penales por delitos dolosos (artículo 21.2.b.) encuentra un sólido fundamento en la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia en los términos del artículo 20.4 CE, pero además se justifica y explica sobradamente en razón del artículo 27.2 CE que especifica como objeto de la educación “el pleno desarrollo de la personalidad humana” del alumno, siendo la prohibición establecida una *garantía* para consecución de este objetivo.

Tampoco –el Alto Tribunal- admite que esta prohibición suponga la violación de los artículos 24.2 y 25 párrafos 1 y 2 CE por vulnerar los principios de legalidad y de presunción de inocencia así como el objetivo constitucional de la reinserción social del delincuente. Pues la medida establecida por la Ley –con carácter de orgánica como es el proyecto de la LODE- *no puede interpretarse como “pena adicional ni accesoria” sino como una restricción de derechos constitucionalmente fundada* y no guarda relación alguna con la presunción de inocencia ya que la citada prohibición se basa en la

<sup>247</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 191

<sup>248</sup> STC 77/1985 de 27 de junio FJ. 29.



destrucción previa de la presunción “iuris tantum” de ausencia de culpabilidad y en cuanto a la reinserción social del delincuente no queda imposibilitada ni gravemente afectada por esta restricción.

c) El artículo 21.2.c) de la LODE no instituye por sí mismo ninguna prohibición, limitándose a manifestar algo obvio: que no podrán ser titulares de centros privados quienes hayan sido privados de este derecho por sentencia judicial firme. El hecho de que –como indican los recurrentes- resulte difícil imaginar una sentencia con un fallo que tenga este contenido, nada dice a favor en contra de la constitucionalidad del precepto.

d) En lo que se refiere al artículo 21.2.d) su soporte constitucional deriva –según los casos- de los artículos 103.1 CE, del 20.4 CE y del 27.2 CE referente a los supuestos anteriores ya referidos. El hecho de que no se exija una participación mayoritaria en el capital social no es óbice a la constitucionalidad del precepto ya que lo que se trata de impedir es que accedan a la acción educativa aquellas personas jurídicas en las que participen quienes, encontrándose incurso en las causas enunciadas en los apartados anteriores, puedan ejercer un poder de decisión real y efectivo en el funcionamiento del centro docente, poder que no resulta arriesgado suponer si se controla un porcentaje significativo del capital social, aunque sea minoritario: porcentaje, además coincidente con el previsto en textos normativos anteriores –artículo 3 c) del Decreto 1855/1974 y artículo 32.2.d) LOECE- y similar al previsto para situaciones afines –artículo 3 c) Ley 20/1982 de 9 de junio, sobre incompatibilidades en el sector público.

### 5.3. Derechos del Titular del centro docente privado: enumeración

Según la doctrina del Tribunal Constitucional los derechos del titular del centro docente privado son los siguientes:<sup>249</sup>

1) El titular tiene derecho a dirigir el centro, es un derecho incardinado en la libertad de enseñanza y también a una necesaria proyección en el tiempo del acto de creación o fundación del centro docente. Este derecho a la dirección del centro tiene un contenido esencial (artículo 21.1 LODE, STC 77/1985 de 27 junio FJ. 20 y artículo 13.4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

2) Tiene derecho a establecer el ideario o carácter propio del centro. Este derecho forma parte de la libertad de creación de centros o instituciones educativas y esta libertad es expresión de una libertad más amplia: la libertad de enseñanza (artículo 27-1 y 6 CE, artículo 21 y 22 LODE, artículo 73 LOCE, STC 5/1981 de 13 de febrero FJ. 8).

El derecho del titular a la dirección del centro es diferente del derecho a establecer el carácter propio: el primero es garantía del segundo, ya que a través de la dirección se puede asegurar que principios básicos de este carácter propio se hagan gradualmente realidad (STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 20).

3) El titular tiene derecho a asumir la responsabilidad última en la gestión del centro, de modo que ningún otro órgano unipersonal o colegiado, ni la Administración,

---

<sup>249</sup> Riu i Rovira F., *Todos tiene derecho...* cit., p. 195

puede sustituirle en el ejercicio de esta responsabilidad en contra de su voluntad.<sup>250</sup>(STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 20).

4) El titular del centro tiene derecho a ejercer “facultades decisorias con respecto a materias organizativas esenciales” como por ejemplo la propuesta del reglamento del régimen interior y el presupuesto anual, y el nombramiento y cese de órganos de dirección unipersonales y del profesorado (STC 77/1985 FJ. 20).

#### 5.4. Datos estadísticos del ejercicio de este derecho en la Comunidad de Madrid.

En el curso académico 2002/2003, en la Comunidad Autónoma de Madrid ha habido un total de 919 centros docentes privados,<sup>251</sup> que están integrados en el sistema educativo español, de los que existen en

Madrid-capital	585 centros
Madrid-este	56 centros
Madrid-norte	49 centros
Madrid-oeste	113 centros
Madrid-sur	116 centros

Y existen también centros docentes extranjeros autorizados<sup>252</sup>, que en la Comunidad de Madrid son 40, que siguen enseñanzas propias del sistema educativo del país de origen, correspondientes a niveles no universitarios del sistema español. Estos centros se clasifican del modo siguiente<sup>253</sup>:

1. Centros que impartan enseñanzas regladas de niveles equivalentes a los obligatorios del sistema educativo, que a su vez podrán ser:

- a) centros en los que se cursen estudios de un sistema educativo extranjero, y enseñanzas de lengua y cultura españolas, y en su caso, enseñanzas de las lenguas propias de las Comunidades Autónomas;
- b) centros en los que se cursen exclusivamente estudios de un sistema educativo extranjero.

2. Centros que impartan enseñanzas regladas equivalentes a niveles no obligatorios del sistema educativo español.

Así existen centros docentes que siguen el sistema educativo alemán (mixto); americano (mixto); británico (mixto); francés (mixto); italiano (mixto); de los Países Bajos o Neerlandes; sueco (mixto); suizo (mixto); japonés (puro); libio (puro); saudí (mixto) e iraquí (mixto).

---

<sup>250</sup> Artículo 61.7 LODE, precepto que se refiere a la Comisión de Conciliación, dispone que “La Administración educativa no podrá adoptar en ningún caso medidas que supongan su subrogación en las facultades respectivas del titular o del Consejo Escolar del centro”. Artículo modificado por la LOPEGCD, disposición final primera apartado 8, de centros concertados.

<sup>251</sup> Datos facilitados por la Consejería de Educación-Dirección General de Centros Docentes, área de centros privados.

<sup>252</sup> Se rigen por el RD 806/1993 de 28 de mayo de Régimen de Centros Docentes extranjeros en España

<sup>253</sup> Ibidem, artículo 3

## 6. OBJETO DEL DERECHO A LA CREACIÓN DE CENTROS EDUCATIVOS.

### 6.1. Interpretación amplia.

En sentido amplio, el objeto de este derecho es toda institución encaminada a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimiento y valores.<sup>254</sup> Comprende las enseñanzas regladas, insertas en el sistema educativo del Estado y también incluye la posibilidad de crear instituciones educativas que se sitúan fuera del ámbito de las enseñanzas regladas sin perjuicio de que deban ajustarse a condiciones especiales, de acuerdo con las competencias propias del Estado. Se les exige requisitos diferentes a los supuestos que consistan en crear centros docentes insertos en el sistema educativo.

### 6.2. Objeto propiamente dicho de este derecho.

En sentido estricto tiene por objeto cualquier nivel de la enseñanza, desde la preescolaridad hasta el nivel universitario, conforme al artículo 7 de la LOCE que dispone: “1. El sistema educativo español comprende la educación preescolar, las enseñanzas escolares y la enseñanza universitaria. 2. La educación preescolar tendrá carácter educativo, asistencial y dispondrá de una regulación específica. 3. Las enseñanzas escolares son de *régimen general* que se organizan en los niveles siguientes: Educación Infantil; Educación Primaria; Educación Secundaria que comprende las etapas de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, así como la Formación Profesional de grado medio; Formación Profesional de grado superior.

Las enseñanzas escolares de régimen especial son la Enseñanzas Artísticas, Enseñanzas de Idiomas y Enseñanzas Deportivas.

También se desarrolla una oferta adecuada de Educación a distancia para garantizar el derecho a la educación a quienes no puedan asistir de modo regular a los centros docentes. (apartado 7)

La enseñanza universitaria se regirá por sus normas específicas (apartado 8).

### 6.3. Posición doctrinal en esta materia.

Esto nos lleva a definir la enseñanza como servicio público -en sentido amplio- ya que no solamente hay un interés público sino también, con base en él, hay una obligación del Estado de garantizar el derecho de todos a la educación, sin que ello prejuzgue en ningún modo la vía jurídica de satisfacción del servicio -pone de manifiesto Fernández-Miranda- al igual que la afirmación de que los medios de comunicación cumplen una función pública tampoco determina su consideración jurídica como servicio público.<sup>255</sup>

Junto a la obligación positiva de creación del servicio público en sentido estricto para garantizar la efectividad del derecho a la educación reconocido constitucionalmente, compete al Estado determinar las condiciones en que los centros privados puedan prestar este servicio.

---

<sup>254</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...cit.*, p. 188

<sup>255</sup> Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza... cit.*, p. 74; Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27... cit.*, p. 192

Cuestión distinta –explica Fernández-Miranda- es el concepto jurídico estricto de servicio público que implica el monopolio de iure a favor de los poderes públicos, admitiendo la concesión administrativa como única técnica de gestión privada. Afirmar que la escuela o la universidad son servicios públicos, en este sentido, es una clara vulneración del principio constitucional de libertad de enseñanza y en consecuencia de la libertad de creación de centros docentes.<sup>256</sup>

## 7. REQUISITOS DE ESTE DERECHO.

### 7.1. Centros de niveles no universitario: control administrativo.

La creación de centros docentes está sometida a control administrativo. Cuando se trate de centros donde se imparte enseñanzas regladas, han de cumplir los requisitos establecidos por ley según su nivel. La apertura y funcionamiento de los centros está sujeto a un sistema de autorización administrativa reglada, como recoge la STC 5/1981 de 13 de febrero que afirma que “cuando se trate de centros que hayan de dispensar enseñanzas regladas, han de ajustarse a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas etc..”<sup>257</sup>.

Es perfectamente lícito, como afirma Fernández-Miranda, someter el ejercicio de este derecho a una autorización previa, que no es una facultad discrecional sino que está reglada en el sentido que han de cumplirse unos requisitos y condiciones que en todo caso han de respetar el contenido esencial del derecho.

Estos requisitos están establecidos en los artículos 14 y 23<sup>258</sup> de la LODE.<sup>259</sup> Así el artículo 23 establece que “la apertura y funcionamiento de los centros docentes privados que impartan enseñanzas tanto de *régimen general* como de *régimen especial*, se someterán al principio de autorización administrativa. La autorización se concederá siempre que reúnan los requisitos mínimos que se establezcan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de esta ley. La autorización se revocará cuando los centros dejen de reunir estos requisitos”.

El artículo siguiente se refiere a los “centros privados que impartan enseñanzas que no conduzcan a la obtención de un título con validez académica quedarán sometidos a las normas de derecho común. Estos centros no podrán utilizar ninguna de las denominaciones establecidas para los centros docentes ni cualesquiera otras que pudieran inducir a error o confusión con aquella” (artículo 24.1).

Por otra parte, el artículo 14 se refiere tanto a los centros públicos como privados y dispone que “1. **Todos los centros docentes** deberán reunir los requisitos mínimos

---

<sup>256</sup> Ibidem

<sup>257</sup> FJ. 8, párrafo 4. Y el artículo 4.2 LOGSE, se refería a este aspecto, fue derogado por Disposición derogatoria única, apartado 4 de la LOCE; tenía un contenido similar al artículo 8.2 LOCE que dispone: “En relación con los objetivos, contenidos y criterios de evaluación del currículo, el Gobierno fijará las enseñanzas comunes, que constituyen los elementos básicos del currículo, con el fin de garantizar una formación común a todos los alumnos y la validez de los títulos correspondientes”. Se han de cumplir los requisitos, materias fijados por el Estado, ya que la base jurídica de esta competencia se encuentra en el artículo 149.1.30 CE.

<sup>258</sup> Similar al artículo 33 de la LOECE

<sup>259</sup> La Disposición Adicional sexta de la LOGSE modificó los artículos 11.2, 23 y 24 de la LODE.

para impartir las enseñanzas con garantías de calidad. El Gobierno establecerá reglamentariamente dichos requisitos mínimos. 2. Los requisitos mínimos se referirán a la titulación académica del profesorado, relación numérica alumno-profesor, instalaciones docentes y deportivas y número de puestos escolares”.<sup>260</sup>

Desarrollo de este artículo es el Real Decreto 1004/1991 de 14 de junio, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan enseñanzas de régimen general no universitaria y el Real Decreto 332/1992 de 3 de abril sobre autorizaciones de centros docentes privados no universitarios que impartan enseñanzas de régimen general.

En esta materia hay que tener bien presente una serie de aspectos que se deducen de los preceptos mencionados y son los siguientes:<sup>261</sup>

- a) el legislador ha previsto unas condiciones razonables y respetuosas con el contenido esencial del derecho a la libertad de creación de centros docentes;
- b) resulta lógica y jurídicamente irreprochable la habilitación del Gobierno ya que es quien puede y debe ponderar en cada momento las necesidades reales y las posibilidades de calidad de la enseñanza;
- c) la discrecionalidad del gobierno para determinar las condiciones de la autorización no comprende la definición de la naturaleza de tales requisitos, que serán, taxativamente, los previstos en el artículo 14.2 LODE, sin que por vía reglamentaria y sin cobertura legal puedan introducirse otros nuevos;
- d) estos requisitos tiene carácter general, no se pueden producir diferencias de trato por la naturaleza pública o privada del centro;
- e) la autorización se limita a ser un trámite de verificación reglada que no admite discrecionalidad alguna por parte de la Administración Pública competente. De tal forma que no procederá la denegación de la solicitud de apertura cuando se reúnan los requisitos mínimos que se fijan con carácter general de acuerdo con la normativa vigente.

## 7.2. Centros de nivel universitario.

Cuando se trate de centros de nivel universitario se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Universidades (LOU) de 21 de diciembre de 2001 y las normas que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias (artículo 6-1).

Esta Ley Orgánica regula los siguientes aspectos: la estructura y centros de las Universidades privadas (artículo 12); los órganos de gobierno y representación (artículo 27), personal docente e investigación (artículo 72), convalidación o adaptación de estudios, equivalencia de títulos y homologación de títulos extranjeros (artículo 36), límite máximo de admisión de estudiantes por motivos de interés general o para poder cumplir las exigencias derivadas de las Directivas comunitarias, y son de aplicación tanto a las Universidades públicas como privadas.(artículo 44).

---

<sup>260</sup> Similar al artículo 12 de la LOECE.

<sup>261</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *El artículo 27...* cit., p. 193

## 8. LÍMITES AL DERECHO A LA CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES: ENUMERACIÓN. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL.

Los límites al derecho a crear centros docentes están establecidos en la Constitución, han sido claramente determinados por el Tribunal Constitucional<sup>262</sup> y son los siguientes:<sup>263</sup>

- El respeto a los derechos de los demás actores jurídicos en el proceso educativo; derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, en las leyes que lo desarrollan y en especial hay que mencionar el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (artículo 20.4 CE).
- El respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar – la libertad, igualdad, pluralismo, unidad de España etc...- no son derechos fundamentales (artículo 27.6 CE).
- Los límites establecidos en el artículo 27.2 CE<sup>264</sup> que no actúa sólo como un mero límite sino que obliga positivamente a adecuar la enseñanza a sus objetivos, alcanza a todo el sistema educativo y no solo a determinados niveles y se refiere tanto a las enseñanzas regladas como a las no regladas. Ya que establece que “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”.

En este sentido el Tribunal Constitucional<sup>265</sup> ha afirmado que “aunque la libertad de creación de centros docentes –artículo 27.6 CE- incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúan fuera del ámbito de las enseñanzas regladas, la continuidad y sistematicidad de la acción educativa *justifica* y explica que la libertad de creación de centros docentes –como manifestación específica de la libertad de enseñanza- haya de moverse en todos los casos dentro de *límites más estrechos de los de la pura libertad de expresión*. Así, en tanto ésta está limitada esencialmente por el respeto a los demás derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia (artículo 20.4 CE), el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene una **limitación** adicional –impuesta por el mismo artículo 27.6 CE- de respetar los principios constitucionales (...) y la **muy importante** -derivada del artículo 27.2 CE- de que *la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia,...) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva*”.

A esta dimensión positiva Cámara Villar lo ha definido como “educación democrática”: “aceptación de una convivencia participada en libertad; educación humanizadora, nunca directivista; educación respetuosa con todas las corrientes ideológicas y políticas, tolerante y nunca adoctrinadora; educación que propicie ciudadanos activos, participativos y con actitud crítica”.<sup>266</sup>

<sup>262</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ. 7

<sup>263</sup> Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza...* cit., p. 216; Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., pgs. 194 y ss.

<sup>264</sup> Salguero se refiere a este artículo como la “cláusula teleológica” del artículo 27-2 CE en *Libertad de cátedra...* cit., pgs. 101 y ss.

<sup>265</sup> STC 5/1981 de 13 febrero FJ. 7 párrafo 3

<sup>266</sup> Cámara Villar G, *Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española*, en Ministerio de Justicia (ed), *Introducción a los Derechos fundamentales*, X Jornadas de Estudio, vol. III,

- La libertad de creación de centros docentes está limitada por las competencias de los poderes públicos en materia de enseñanza.<sup>267</sup> Así pues cabe la posibilidad de revocación de una autorización ya concedida a un centro privado. En este sentido el Tribunal Supremo sostiene que “solo puede estar justificada por un grave incumplimiento de condiciones esenciales establecidas previamente por ley”.<sup>268</sup>

El Estado tiene una función normativa, administrativa y de control.<sup>269</sup> La intervención administrativa tiene que cubrir los siguientes supuestos:<sup>270</sup> a) la ordenación general de la enseñanza; b) reconocimiento y autorización, homologación, inscripción del centro en el correspondiente registro público, otorgarle la clasificación académica que legalmente le corresponda, siempre que cumpla los requisitos legales; c) establecimiento de los niveles y requisitos mínimos, titulación académica del profesorado, relación numérica alumno-profesor, instalaciones docentes y deportivas y número de puestos escolares; d) vigilancia e inspección del cumplimiento de los niveles, requisitos mínimos, pedagógicos y técnicos; e) inspección tras la aplicación de la ayuda económica.

La Audiencia Nacional<sup>271</sup> anuló una Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 28 de enero de 1984 -que revocaba la autorización administrativa a varios centros privados de Formación Profesional por presuntas irregularidades en su funcionamiento- ya que la revocación no se ajustaba a las exigencias constitucionales y, por tanto, era contraria al derecho fundamental de creación de centros docentes. La Audiencia Nacional afirma que “la resolución recurrida debe examinarse desde el punto de vista de sus efectos en el derecho reconocido en el artículo 27.6 CE, es decir, el que tiene cualquier persona a crear (y por tanto mantener en funcionamiento) centros docentes *dentro del respeto a los principios constitucionales*, por tanto *sin otras limitaciones que las derivadas de estos y de las que resulten* –según el artículo 53.1 CE-

---

Madrid, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, 1988, pgs. 2181-2185, 2190, mencionado en Salguero M, *La libertad de cátedra...* cit., p. 104

<sup>267</sup> Fernández-Miranda siguiendo a Burdeau, manifiesta que: a) la escuela forma ciudadanos y el Estado no puede ser indiferente a la posible difusión en los jóvenes espíritus, de principios negadores de los valores fundamentales de la vida social o doctrinas peligrosas para la unidad nacional; b) la escuela forma técnicos, llamados a ejercer sus funciones en la sociedad, por lo que sus aptitudes y su competencia deben ser verificadas en interés de la colectividad. Y el Estado debe intervenir para estimular la investigación, introducir nuevas técnicas...; c) la sociedad es, ciertamente, el reino de la libertad, pero por sí sola es incapaz de alcanzar la igualdad y la justicia. La efectividad del derecho a la educación para todos requiere inevitablemente la acción y el control del Estado sobre el proceso educativo. Burdeau, *Les Libertés publiques*, París, 1972, p. 316, mencionado en Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 195. Esto plantea la cuestión de la subsidiariedad del Estado en la enseñanza respecto del derecho de creación de centros docentes privados. Hay posturas encontradas entre la doctrina, así Ortiz Díaz opina que “solo cuando la actividad pública del Estado y de los demás organismos públicos se inspiran en el principio de subsidiariedad puede decirse que hay libertad educativa en un país. El Estado tiene el deber de reconocer, ayudar y fomentar las actividades docentes privadas, pero también tiene que suplirlas cuando falten o resulten insuficientes para las necesidades del bien común. El Estado tiene el deber de crear directamente y sostener escuelas propias, como “servicio público propio” y no en régimen de monopolio, ni cercenando indebidamente las privadas o suplantándolas de manera innecesaria” Ortiz Díaz, *la libertad de enseñanza* cit., pgs. 69-72. Y por otra parte, Embid Irujo afirma que la creación de centros docentes por el Estado no depende de la iniciativa privada sino del papel que la Administración tiene como garante de la efectividad del derecho a la educación. Embid Irujo, *Las libertades...* cit., pgs 187-191.

<sup>268</sup> STS de 3 de julio de 1986 FJ. 3.

<sup>269</sup> Artículos 14 y 23 LODE, Disposición Adicional sexta LOGSE.

<sup>270</sup> Ortiz Díaz, *la libertad de enseñanza* cit., pgs. 196-197

<sup>271</sup> SAN de 12 de enero de 1985 FJ.3.

*de las disposiciones establecidas por ley formal para regular el ejercicio del mismo respetando en todo caso su contenido esencial.*

Lo cual supone que todo acto de la Administración que limite o lesione dicho derecho de libertad debe ser consecuencia de la estricta aplicación de uno de los citados principios constitucionales o de las Leyes que con esa limitación regulen su ejercicio, no susceptibles de extensión si con ella se atenta al mismo, pues tal derecho es una consecuencia del enunciado en el artículo 26.3 de DUDH”... y añade la Audiencia, “según la doctrina del Tribunal Constitucional (...) cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución el acto es tan grave que necesita una especial causalización y *el hecho y el conjunto de hechos que lo justifican deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó...*” y aclara la sentencia de la Audiencia Nacional que “cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos (...) la autoridad que realiza el acto deber estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación...”, lo cual significa que “la limitación del derecho es una excepción puesta a su normal ejercicio, y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado (sentencia de 17 de julio de 1981)”.<sup>272</sup>

## 9. CONTENIDO DE ESTE DERECHO.

Forma parte del derecho a crear centros docentes el derecho del titular a dirigirlos, a mantenerlos en funcionamiento, a asumir en última instancia la responsabilidad en su gestión, a establecer su ideario o carácter propio; y cuando se trata de centros privados concertados hay que referirse al derecho de participación de los miembros de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros. Son derechos –los del Titular y los de la comunidad educativa- con idéntica cobertura constitucional que han de ser compatibles, que han de armonizarse.

### 9.1. El derecho del titular a dirigir el centro docente.

9.1.1. Reconocimiento de este derecho en los debates parlamentarios de 1978, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en STC 77/1985 de 27 de junio. Posición doctrinal.

Uno de los puntos más controvertidos en los debates parlamentarios de 1978 – como hemos indicado en páginas anteriores- fue si el derecho a la libertad de creación de centros docentes privados implica también el derecho a dirigirlos. La base constitucional de que la libertad de creación de centros del artículo 27.6 CE incluye el derecho a dirigirlos la encontramos en el artículo 10.2 CE que dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la DUDH y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” y el artículo 96 CE

---

<sup>272</sup> Ibidem FJ 7. Vid. SAN de 19 enero de 1985, ambas sentencias fueron recurridas ante el Tribunal Supremo que desestimó los recursos presentados y confirma los fallos de la Audiencia Nacional la STS de 20 de marzo de 1985 (RJ. 1416); también STS de 18 de marzo de 1985 (RJ. 1413) confirma la sentencia de AN de 10 de diciembre de 1984 que anulaba la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia (MEC) de 22 de julio de 1984; STS de 3 de julio de 1986 (RJ. 4071) que confirma la SAN de 30 de noviembre de 1985 que anulaba la Orden del MEC de 18 de junio de 1985.



que afirma que “los Tratados Internacionales válidamente celebrados y una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.

Y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966<sup>273</sup> establece que<sup>274</sup> “Los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres (...) de escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas,<sup>275</sup> siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza”. Y el párrafo 4 establece que “nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y *dirigir* instituciones de enseñanza”.

Y el Tribunal Constitucional<sup>276</sup> ha manifestado que “con respecto al titular del centro, es forzoso reconocer la existencia de un derecho de los titulares de centros docentes privados a la dirección de los mismos, derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza de los titulares de dichos centros”, y agrega, “aparte de que el acto de creación o fundación de un centro no se agota en sí mismo y que se traduce en una potestad de dirección del titular” y alude al criterio interpretativo del artículo 10.2 CE para, a continuación, afirmar que “este derecho, por otra parte, no se confunde con de fijar un carácter propio del centro, sino por el contrario es más bien una *garantía* de este último, aparte de que tenga otros contenidos”.

Un modelo educativo integral comprende distintos puntos y facetas y el derecho de los padres e instituciones como personas físicas y jurídicas a dirigir y gestionar centros docentes, constituye un aspecto imprescindible de ese modelo.<sup>277</sup> El derecho de dirección y gestión comprende lo que puede denominarse autonomía pedagógica y funcional del centro.

La autonomía rechaza la injerencia excesiva de un poder central, pero al mismo tiempo repele también la total independencia. Autonomía es la capacidad de gobernarse libremente dentro de una zona definida por una normativa posterior. Y de acuerdo con este concepto se entiende que cualquier actividad realizada por la escuela debe estar conforme, o al menos, no ir en contra, de los contenidos y orientaciones fundamentales propios de la misma, previamente establecida.<sup>278</sup>

Establecido el pluralismo de centros y la libertad de creación de centros no estatales, la autonomía presupone la libertad de dirigirlos por la entidad educativa o social respectiva o padres promotores...<sup>279</sup>

### 9.1.2. Regulación en las distintas Leyes Orgánicas.

La LOECE en su Título III “De los centros privados” disponía que “todas las personas físicas o jurídicas podrán crear, gestionar y *dirigir* centros docentes que impartan las diversas enseñanzas que comprende el sistema educativo, acomodándose

---

<sup>273</sup> Ratificado por España en 1977.

<sup>274</sup> Artículo 13-3

<sup>275</sup> Pluralismo de centros que ofrezcan distintas opciones educativas.

<sup>276</sup> STC 77/1985 de 27 de junio, FJ. 20

<sup>277</sup> Ortiz Díaz J., *La libertad de enseñanza...* cit., p. 46 y ss.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 49

en lo esencial a lo que respecto a los centros públicos del correspondiente nivel, ciclo o modalidad se establece en la presente ley (artículo 32). Recogía de forma expresa el derecho a dirigir centros docentes.

Y también la LODE –en su artículo 21.1- se refiere a la “libertad de creación y *dirección* de centros docentes privados” de forma expresa. Introdujo, asimismo, el principio de autonomía de los centros (artículo 15). La LOGSE y sus desarrollos normativos dio un gran impulso a la autonomía pedagógica y organizativa de los centros. El reconocimiento de esta autonomía refuerza la importancia de la programación docente y la actividad investigadora en que aquellos se desenvuelven. Y la LOPEGCD, en coherencia con las dos anteriores se propone consolidar la autonomía de los centros. La LOCE, en su Título V “De los centros docentes” se refiere a la autonomía de los centros (artículo 67), a la autonomía pedagógica (artículo 68), organizativa (artículo 69), y de gestión económica (artículo 70).

### 9.1.3. Contenido esencial. Perspectivas: positiva y negativa.

Este derecho del titular a la dirección del centro tiene un contenido esencial que no puede verse afectado por ninguna limitación que impida su ejercicio a través de facultades decisorias con respecto a materias organizativas esenciales, como por ejemplo, la propuesta del Reglamento de régimen interior...El Tribunal Constitucional precisa este contenido esencial del derecho a la dirección del titular del centro, tanto desde el punto de vista positivo como desde una delimitación negativa.<sup>280</sup>

Desde una perspectiva positiva “implica el derecho a *garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión*, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del profesorado”

Desde el punto de vista negativo, “ese contenido exige *la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección*”. De lo que se desprende que “el titular no puede verse afectado por limitación alguna que - aún respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales- *conduzca* en definitiva a una situación de *imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional*”.

#### 9.1.3.1. Este derecho supone también el mantener los centros en funcionamiento.

Según doctrina del Tribunal Supremo el artículo 27.6 no incluye solo el derecho de cualquier persona a la creación de centros docentes sino también el de mantenerlos en funcionamiento ya que en otro caso “se llegaría a la conclusión de que el derecho constitucional permite crear algo para su sola creación, no para que lo creado funcione y por tanto carece de contenido (...). El derecho a la educación que no es otra cosa sino el derecho a una prestación administrativa, y esa prestación no se da por la mera creación del centro educativo, sino impartiendo, en el centro creado, la enseñanza para la que se creó, es decir, mediante su funcionamiento.”<sup>281</sup>

<sup>280</sup> STC 77/1985 de 27 de junio, FJ. 20 párrafo 2, y que se remite a la doctrina del mismo Tribunal Constitucional recogida en la sentencia 11/1981 de 8 de abril.

<sup>281</sup> STS de 20 marzo de 1985 (RJ. 1416).

### 9.1.3.2. Ejercicio de la dirección del centro por el Titular.

El titular del centro<sup>282</sup> ejerce esta responsabilidad global de la dirección del centro educativo de diversas formas, ya sea directamente ya sea a través de aquellas personas de su confianza que han recibido el oportuno nombramiento y han asumido cargos directivos de nivel inferior en la gestión del centro docente (dirección académica...).<sup>283</sup> La LOCE dispone con carácter general que los centros docentes dispondrán de la necesaria autonomía pedagógica, organizativa y de gestión económica para favorecer la mejora continua de la calidad educativa. Y los centros educativos estarán dotados del personal y de los recursos educativos y materiales necesarios para organizar una enseñanza de calidad (artículo 67 párrafos 1 y 2 ).

### 9.1.4. Alusión a los tipos de centros docentes. Diferencias entre ellos: ATC de 6 mayo de 1987.

Hemos de recordar que nuestro sistema jurídico docente no universitario reconoce tres tipos de centros:<sup>284</sup>

⇒ Centros públicos: de titularidad pública, financiados con fondos públicos.

⇒ Centros privados en sentido estricto: su titular es una persona física o jurídica de carácter privado.<sup>285</sup> No recibe financiación pública, están sometidos al principio de autorización administrativa. La Administración educativa comprueba si cumplen los requisitos mínimos para cumplir el mandato constitucional recogido en el artículo 27.8 CE: “los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo” y parece el mínimo razonable para que las enseñanzas allí impartidas tengan validez oficial y permitan cumplir con el compromiso constitucional de que todos tienen derecho a la educación.<sup>286</sup>

En una sociedad democrática y pluralista, como la nuestra, los centros docentes públicos y los de iniciativa social (privados) no solo no son antagónicos sino que se complementan.<sup>287</sup>

⇒ Centros Concertados o centros privados sostenidos con fondos públicos. Prieto Sanchís los ha definido como “centros de titularidad jurídica privada y de funcionamiento y organización semipública”.<sup>288</sup>

*Pero no es válido afirmar* que los centros privados concertados pueden ser equiparados a los centros de titularidad pública a todos los efectos por el hecho de que ambos tipos de centros son sostenidos con fondos públicos, pues tienen naturaleza jurídica diferente.

---

<sup>282</sup> “Al titular del centro (público o privado) le corresponde su dirección porque es el destinatario del riesgo jurídico que se deriva de la creación y funcionamiento de aquel”, Gómez de las Rocas DSCD núm. 69 de 4 de marzo de 1980, p. 4618.

<sup>283</sup> Riu i Rovira F, *Todos tienen el derecho...* cit., p. 195

<sup>284</sup> Artículo 10 de la LODE y artículo 64 de la LOCE.

<sup>285</sup> Se entiende por titular de un centro educativo la persona física o jurídica que conste como tal en el registro de centros de la correspondiente Administración educativa. (artículo 64-2 LOCE).

<sup>286</sup> Ibán I.C., *Enseñanza...* cit., p. 412

<sup>287</sup> STS de 24 de enero de 1985 FJ. 6 (RJ. 250).

<sup>288</sup> Ibán I.C., *Enseñanza...* cit., p. 413

La diferencia radica –afirma Riu i Rovira- en que la Administración educativa representa la titularidad de los centros públicos mientras que la ley reconoce la titularidad de los centros privados, aunque éstos hayan accedido al régimen de concertos. Y la *Administración no tiene facultades jerárquicas* que justifiquen la asunción de ninguna de las funciones propias de los titulares de los centros privados.<sup>289</sup>

El Tribunal Constitucional ha explicado las características distintivas en los centros concertados, de los órganos de gobierno y participación.<sup>290</sup> El Alto Tribunal sostiene –en Auto de 6 de mayo de 1987- que la participación de los padres en los Consejos escolares de los centros públicos puede ser diferente de la que está establecida para los centros privados concertados, porque la naturaleza de unos y otros es diversa. Subrayó que los centros públicos y los centros privados concertados tienen regímenes jurídicos diferentes en razón de la diversidad de titulares y explicó que este hecho puede justificar diferencias importantes en la composición, competencias y funcionamiento de los órganos de gobierno respectivos según prevé la ley (LODE).<sup>291</sup>

#### 9.1.5. Límites del derecho del titular a la dirección del centro educativo. Posición doctrinal y jurisprudencial.

El derecho del titular a la dirección del centro docentes no es absoluto e ilimitado como no lo es ningún derecho, tiene unos límites<sup>292</sup> que la ley establece.<sup>293</sup>

Unos límites derivan del artículo 27.9 CE como sostiene el Tribunal Constitucional “para el caso de centros con respecto de los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad, -al disponer que los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca- con lo que, a salvo el contenido esencial del derecho en cuestión, *supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo* (en este caso sería el derecho del titular a la dirección del centro) *respecto a dichos centros*”<sup>294</sup>

Otro límite se encuentra en el derecho reconocido en el artículo 27.7 CE que dispone que “Los profesores, padres y en su caso los alumnos intervendrán en la gestión y control de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos”. En este caso lo que interesa son las posibles colisiones que pueden darse entre este derecho del artículo 27.7 CE y el derecho a la dirección del centro que corresponde al titular del mismo.

---

<sup>289</sup> Riu i Rovira F, *Todos tienen el derecho...* cit., p. 181. Y hace la observación que la LODE regula los órganos de gobierno de los centros públicos en el Título II y de los centros concertados en el Título IV, poniendo de manifiesto así, la diversidad existente entre estos dos tipos de centros.

<sup>290</sup> Vid., STC 77/1985, FFJJ. 19 a 28, a las que nos referiremos en páginas siguientes.

<sup>291</sup> ATC de 6 de mayo de 1987 FJ. 2. párrafo 2 (RJ. 541); Recurso de amparo núm. 113/87 promovido por la Confederación Católica de Padres de Familia y Padres de alumnos contra el RD 2376/85 de 18 de diciembre que aprobó el Reglamento de los órganos de gobierno de los centros públicos de EGB, BUP y FP.

<sup>292</sup> “Se trata de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza con independencia de los que se producen por articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador” afirma la STC 5/1981 de 13 febrero, FJ 7, párrafo 2.

<sup>293</sup> Vid., STC 11/1981 de 8 abril, FJ 7-8

<sup>294</sup> STC 77/1985 de 27 de junio FJ. 20 párrafo 3

Para esclarecer las posibles dificultades es necesario examinar sobre qué tipos de centros recae esta intervención:<sup>295</sup> para un sector la intervención solo sería posible en centros financiados totalmente por la Administración pública, excluyéndose los centros simplemente ayudados con fondos públicos (Zumaquero); otro sector doctrinal, y desde otro punto de vista, considera que la participación debe extenderse a todos los centros, también a los centros privados no sostenidos por la Administración, porque esta participación redundaría en beneficio de la enseñanza (Ortiz Díaz y Alzaga).

La posición del Tribunal Constitucional en este tema es la siguiente: “Como es obvio solo en el caso de los centros sostenidos con fondos públicos, atribuye la Constitución un derecho a intervenir en el control y gestión”.<sup>296</sup> Y añade que la fórmula recogida en el artículo 27.7 CE “es extremadamente amplia en cuanto deja a la libre apreciación del legislador no solo la determinación de lo que ha de entenderse por “centros sostenidos con fondos públicos” sino también la definición de los términos, es decir, del alcance, del procedimiento y de las consecuencias que hayan de darse a la intervención en el control y gestión”.<sup>297</sup>

Y el Alto Tribunal en la sentencia 77/1985 de 27 junio, al referirse a los centros parcialmente sostenidos con fondos públicos, se remite a la sentencia de 13 de febrero de 1981 en todo lo mencionado más arriba y manifiesta que “no debe identificarse “sostenimiento” con “financiación total” y no cabe excluir la participación de la comunidad escolar de los centros parcialmente financiados por la Administración”. Y agrega que “además tampoco resulta del artículo 27.7 CE una prohibición al legislador de regular el régimen de participación en cualquier tipo de centros, siempre que, desde luego, se garantice el respeto del contenido esencial de los derechos del titular y demás miembros de la comunidad escolar”.<sup>298</sup>

## 9.2. El derecho de los miembros de la comunidad educativa a participar en el control y gestión de los centros docentes.

El derecho de los miembros de la comunidad educativa a participar en el control y gestión de los centros docentes es un tema vinculado a la autonomía de dichos centros, por lo que nos referiremos en primer lugar a la autonomía de los centros para después hablar de la participación en dichos centros.

### 9.2.1. La autonomía de los centros: regulación en las leyes orgánicas.

Por una parte y en cuanto a la regulación se refiere, es la LODE la que introdujo el principio de autonomía de los centros en su artículo 15 que establece que “en la medida en que no constituya discriminación para ningún miembro de la comunidad educativa, y dentro de los límites fijados por las Leyes, *los centros tendrán autonomía* para establecer materias optativas, adaptar los programas a las características del medio en que están insertos, adoptar métodos de enseñanza y organizar actividades culturales escolares y extraescolares”.

---

<sup>295</sup> Martín Sánchez I., *La libertad de enseñanza...* cit., p. 219

<sup>296</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero FJ. 14

<sup>297</sup> Ibidem, FJ 15

<sup>298</sup> STC 77/1985 de 27 de junio, FJ. 28.

La LOGSE y sus normas de desarrollo reconoce la autonomía pedagógica y organizativa de los centros que refuerza la importancia de la programación docente y la actividad investigadora en que aquellos se desenvuelven.<sup>299</sup>

La LOPEGCD en coherencia con las anteriores se propone consolidar la autonomía de los centros docentes “para definir el modelo de gestión organizativa y pedagógica, que debe concretarse, en cada caso, mediante los correspondientes proyectos educativos, curriculares y en su caso, normas de funcionamiento” (artículo 5).

La autonomía consiste esencialmente en una tarea de concreción de los diferentes aspectos que conlleva la reforma educativa diseñada por la LOGSE. Salguero señala cuatro concreciones básicas:<sup>300</sup>

- Adecuar la oferta de los centros a las necesidades de la comunidad educativa y a su entorno: elaboración del “Proyecto del centro”.
- Concretar las finalidades y objetivos establecidos en las leyes orgánicas (LODE Y LOGSE, hay que añadir la LOCE): “Finalidades Educativas”.
- Realizar adaptaciones curriculares *ad hoc*: “Proyecto curricular del centro”, Proyecto curricular de etapa”, y “Programación de aula”.
- Buscar fórmulas organizativo-procedimentales: “Reglamento de organización y funcionamiento”.

Por otra parte, Ortiz Díaz opina que se ha considerado a la escuela autónoma o libre como “la solución positiva para evitar la actuación odiosa del político que pretende imponer su ideología, la del padre que quiere mediatizar la actuación técnica del profesor o la del profesor que quiera suplantar la responsabilidad de los padres en la educación de sus hijos”.<sup>301</sup>

Para referirnos a la participación de los miembros de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros docentes, hemos de distinguir entre centros privados en sentido estricto y centros privados concertados, aunque , como veremos, la LOECE no realiza tal distinción, pero sí la LODE.

## 9.2.2. Centros Privados.

### 9.2.2.1. En la LOECE: polémica en torno al artículo 34. STC 5/1981 de 13 de febrero.

La LOECE disponía en su artículo 34.2 que “cada centro deberá elaborar su propio Estatuto o Reglamento de régimen interior en el que se establecerá la intervención de los profesores, de los padres de los alumnos, del personal no docentes, y en su caso, de los alumnos, en el control y gestión del centro a través de los correspondientes órganos de gobierno”. Y acto seguido enumera estos órganos: el director (artículo 34.3.a.), el Consejo del centro, como órgano supremo de participación (artículo 34.3.b.), el Claustro de profesores (artículo 34.3.c.) y una Junta económica (artículo 34.3.d.) que tenía competencias para “participar” en la gestión del centro.<sup>302</sup>

<sup>299</sup> Vid., Título Preliminar de la LOGSE: reconoce igualmente a los Centros la autonomía pedagógica que les permita desarrollar y completar el currículo en el marco de su programación docente”. Y el artículo 57.1. Vid. Salguero M., *Libertad de cátedra...* cit., p.126.

<sup>300</sup> Ibidem, p. 127

<sup>301</sup> Ortiz Díaz J., *La libertad de enseñanza...* cit., p. 198

<sup>302</sup> El artículo 34.4 LOECE establecía que “los padres y profesores en el Consejo del centro y en la Junta económica tendrán el mismo número de representantes, y supondrá en conjunto, al menos la mitad de sus miembros”

La LOECE a la hora de regular esta materia, no distinguía entre centros subvencionados y no subvencionados, y obligaba a los padres a adscribirse a una determinada asociación. Así, en esta línea el artículo 18 apartado primero disponía: “En cada centro docente existirá una Asociación de padres de alumnos de la que podrán formar parte todos los padres o tutores de los escolares matriculados en aquel a través de la que ejercerán su participación en los órganos colegiados del mismo. Reglamentariamente se determinará la forma de constatar la representación de la Asociación en los órganos colegiados del centro”.

Y a su vez, remitía a los Estatutos o Reglamento de Régimen Interior de cada centro su composición y funcionamiento. Se olvidaba del aspecto negativo del derecho de dirección del titular del centro, “su contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables que lo despojen de la necesaria protección”.<sup>303</sup>

El Tribunal Constitucional en sentencia de 13 de febrero de 1981<sup>304</sup> declara inconstitucionales los artículos 34.3.d) y 34.2 y 3.b) referidos a los centros subvencionados. Afirma el Alto Tribunal que “el artículo 34 LOECE establece un **sistema único de intervención** de padres, profesores, personas no docentes, y en su caso, alumnos en el control y gestión **de centros docentes privados, con independencia de que éstos estén sostenidos o no con fondos públicos**, aunque en este último supuesto prescribe la existencia de una Junta económica del centro. A pesar de que en el apartado 4 del artículo se establecen algunas directrices a las que ha de acomodarse tanto el Consejo del centros como la Junta económica, *la composición concreta de dichos órganos, y sus atribuciones se dejan a lo que denominan “Estatuto o Reglamento de Régimen Interior” que cada centro deberá elaborar, pero acerca de cuyo modo de elaboración y aprobación no se da precisión alguna.*

Este tratamiento indiferenciado de dos tipos de centros cuyas diferencias son relevantes desde el punto de vista constitucional implica algunas dificultades (...) como **es obvio sólo en el caso de los centros sostenidos con fondos públicos atribuye la Constitución un derecho a intervenir en el control y gestión** y por consiguientes, solo respecto de este género de centros, tiene sentido cuestionar la constitucionalidad de estos preceptos.

Si el resultado del análisis condujera, sin embargo, a negar la adecuación a la Constitución de tales preceptos, la consiguiente declaración de inconstitucionalidad y nulidad solo podría formularse respecto de destinatarios determinados y no en general”.<sup>305</sup>

Más adelante el Tribunal Constitucional considera el precepto inconstitucional y expone las razones jurídicas, afirmando que “en uso de su libertad el legislador respecto de los centros privados sostenidos con fondos públicos –concepto que no define y en el que introduce además un elemento que se presta a equívocos- se limita a hacer una definición general de los órganos (de gobierno) y de sus funciones genéricas, dejando su regulación al “estatuto o reglamento de régimen interior”.

Esta remisión, a lo que el Abogado del Estado denomina una “prescripción autonómica” de la regulación necesaria para hacer posible el ejercicio de un derecho garantizado por la Constitución *no es, en principio, inválida, pero* para ser aceptable requiere que esa “prescripción autonómica” sea efectivamente tal, esto es, una regulación que emane de los propios sujetos titulares del derecho de cuyo ejercicio se

<sup>303</sup> De Esteban y González Trevijano, *Curso de Derecho...* cit., p. 219

<sup>304</sup> Se refiere a este tema en los FFJJ. 13 al 17

<sup>305</sup> Ibidem, STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ. 14

trata, y que se refiera solo a cuestiones de detalle *que no afecten a la reserva de ley (artículo 53.1 y 81 CE). Por ello al remitir al reglamento de régimen interior materias reservadas a la Ley, el precepto es inconstitucional y nulo*”.

El Alto Tribunal “no considera suficientemente garantizado el ejercicio del derecho reconocido en la Constitución (artículo 27.7) mediante la simple remisión de su regulación al Reglamento de régimen interior ya que no se precisa: cuál ha de ser su procedimiento de elaboración y aprobación, ni las atribuciones concretas de los órganos colegiados en los que participan profesores y padres, ni la probabilidad de que en los centros de nueva creación tales cuerpos normativos sean establecidos directamente por el mismo titular, ni las diferencias de apreciación...”<sup>306</sup>

Al referirse a los centros sostenidos con fondos públicos afirma el Tribunal que en el “artículo 34.3.d. utiliza una fórmula imprecisa –intervenir en el control y supervisar la gestión económica del centro-, y para determinar el contenido concreto del derecho habla no solo de centros, sino de “centros o niveles sostenidos con fondos estatales o de otras entidades públicas” (...), pretende individualizar dentro de esos centros, los niveles sostenidos con tales fondos (del Estado) refiriendo solo a ellos el derecho a intervenir en el control y gestión. Esta posibilidad no puede ser considerada “a priori” como constitucionalmente inaceptable, pero *requiere* –para pronunciarse sobre ello- *un grado de definición cuya ausencia en el precepto es un factor adicional para resolver en contra de su adecuación a las exigencias constitucionales*”.<sup>307</sup>

Y concluye el Tribunal manifestando que “**los apartados 2 y 3 b) del artículo 34 son constitucionalmente inobjetables en cuanto referidos a los centros privados no sostenidos con fondos públicos**, pero no reúnen, en cambio, los requisitos mínimos indispensables para entenderlos adecuados a la Constitución, cuando han de ser utilizados como regulación del derecho que ésta otorga a los diversos componentes de la comunidad educativa para intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos.(...) La inconstitucionalidad de los preceptos analizados solo se da, pues, respecto de determinado género de centros de los que únicamente en el apartado 3.d) se hace mención específica. *Procede* pues, **declarar la inconstitucionalidad** pura y simple de este precepto y la inconstitucionalidad *referida solo a los centros privados sostenidos con fondos públicos* de los restantes preceptos del mismo artículo 34, apartados 2 y 3 b).<sup>308</sup>

#### 9.2.2.2. En la LODE.

La LODE teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional distingue y regula los centros privados no concertados -en los artículos 25 y 26- y los centros privados concertados – a los que dedica el Título IV, artículos 47 a 63-, y se refiere a la participación de la comunidad escolar en el control y gestión del centro en los artículos 55 a 61, que han sido modificados en parte por la LOPEGCD como veremos.

Diferencia claramente los centros privados sostenidos con fondos públicos –que llama “centros privados concertados”- y “los centros privados no concertados” o centros privados en sentido estricto.

Con respecto a estos últimos el artículo 25 dispone que “dentro de las disposiciones de la presente ley y normas que la desarrollen, los centros privados no

---

<sup>306</sup> Ibidem, FJ.15.

<sup>307</sup> Ibidem, FJ 16

<sup>308</sup> Ibidem, FJ. 17



concertados gozarán de autonomía para establecer su régimen interno, seleccionar su profesorado de acuerdo con la titulación exigida por la legislación vigente, determinar el procedimiento de admisión de alumnos, establecer las normas de convivencia y definir su régimen económico”.

Y refiriéndose a los órganos de participación afirma que “podrán establecer en sus respectivos reglamentos de régimen interior órganos a través de los cuales se canalice la participación de la comunidad educativa. La participación de los profesores, padres y en su caso, alumnos en los centros concertados se regirán por lo dispuesto en el Título cuarto de la presente ley”(artículo 26).

Así pues, los centros privados no concertados no tienen por qué someterse a las limitaciones establecidas en los artículos 47 y siguientes, tienen un amplio margen de autonomía para definir su organización interna, régimen económico y criterios de participación de la comunidad escolar en la gestión del centro. Ahora nos vamos a referir a los centros privados concertados según la regulación de la LODE y teniendo en cuenta las modificaciones llevadas a cabo por la LOPEGCD.

### 9.2.3. Centros Privados Concertados: precisiones. Derecho de participación de la comunidad educativa.

En principio hay que hacer las siguientes precisiones:<sup>309</sup> 1) Las formas concretas de llevar a cabo esta participación debe establecerse por ley, de acuerdo con los artículos 27.7 y 53.1 CE, no siendo constitucional su regulación por el reglamento de régimen interior del centro como establecía el artículo 34.2 LOECE (STC 5/1981, FJ. 15 y 18); el legislador tiene libertad para establecer el grado de esta intervención, pero respetando los mandatos constitucionales. (STC 77/1985 FJ. 21).

2) Para el ejercicio de este derecho no es requisito necesario que los interesados tengan que asociarse previamente. “El derecho de asociación reconocido en nuestra Constitución en su artículo 22.1 comprende no solo en su forma positiva el derecho de asociarse, sino también en su faceta negativa, el derecho de no asociarse” (STC 5/81, FJ.19). Es cierto que el derecho de participación reconocido por la Constitución en el artículo 27.7 está formulado sin restricciones ni condicionamientos y que la remisión a la ley que haya de desarrollarlo (...) no puede en modo alguno entenderse como una autorización para que pueda restringirlo o limitarlo innecesariamente y como esto es lo que indebidamente hace el artículo 18.1.LOECE al exigir el cauce asociativo, hay que declarar que tal precepto es inconstitucional y que *los padres podrán elegir sus representantes y ser ellos mismos elegidos en los órganos colegiados de gobierno del centro por medio de elecciones directas sin que tal elección haya de realizarse a través del cauce asociativo* (STC 5/1981, FJ. 19).

3) No es preciso que el centro esté totalmente financiado para que la comunidad escolar asuma los derechos de participación que le reconoce el artículo 27.7 CE, esa participación no puede ser constitucionalmente excluida en los centros parcialmente financiados con fondos públicos.<sup>310</sup>

<sup>309</sup> Riu i Rovira, *Todos tienen el derecho...* cit., p. 54; Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza...*cit., p. 220

<sup>310</sup> Fernández Segado, *El sistema constitucional...* cit., p. 363

La LODE refiriéndose a los centros privados concertados dispone que “los profesores, los padres de los alumnos y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de los centros concertados a través del Consejo escolar del centro, sin perjuicio de que en sus respectivos reglamentos de régimen interior se prevean otros órganos para la participación de la comunidad escolar” (artículo 55).

#### 9.2.3.1. Contenido y límites de este derecho de participación. Doctrina del Tribunal Constitucional.

Por una parte, el artículo 27.7 CE establece que los “profesores, padres, y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos con fondos públicos...” y se ha mantenido por un sector que la intervención habría de entenderse referida solo a la gestión económica, ya que por otra parte, el apartado 5 del mismo precepto se regula el derecho de “participación en la programación de la enseñanza”. Ambas intervenciones han de considerarse una variedad del genérico derecho de participación en materia educativa. Así lo entiende el Tribunal Constitucional en sentencia de 27 de junio de 1985, “este derecho a la intervención debe considerarse como una variedad del de participación como se proclama tanto en el preámbulo del proyecto impugnado (hoy LODE) en el que se manifiesta tratarse de una ley que desarrolla el principio de participación establecido en el artículo 27.7 CE como en la sentencia 5/1981 de este Tribunal, se refiere al derecho de participación previsto en el artículo 27 núm. 5 y 7 CE”.<sup>311</sup>

En cuanto al contenido el Alto Tribunal manifiesta que “este derecho (de participación) puede revestir, en principio, las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los centros”.<sup>312</sup>

Si bien la CE deja a la libertad de configuración del legislador la extensión de este derecho, el Tribunal Constitucional ha concretado el límite máximo de este derecho afirmando que “*el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos estaría en el respeto al contenido esencial de los derechos de los restantes miembros de la comunidad escolar y, en este caso del derecho del titular a la creación y dirección del centro docente*”.<sup>313</sup>

Y a su vez el derecho de dirección del titular debe ser compatible con el ejercicio del derecho de la comunidad educativa a intervenir en el control y gestión del centro.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional para determinar si el alcance de las funciones del Consejo escolar, como órgano de participación vulnera el contenido esencial del derecho de creación y dirección del titular del centro, debe tenerse en cuenta estos límites.

---

<sup>311</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 21.

<sup>312</sup> Ibidem, FJ.21. Vid., STC 5/81 FJ 15, cuando declara inconstitucional y nulo el artículo 34-2 LOECE y comenta la “prescripción autonómica” ejercida por los sujetos titulares del derecho, habla de que “se refiera solo a cuestiones de detalle que no afecte a la reserva de ley”.

<sup>313</sup> Ibidem, STC 77/85 FJ. 21.

El titular del centro, además de establecer el carácter propio del centro y por tanto definir su orientación educativa, es responsable último de la gestión del centro escolar, “*el titular asume, en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de estatutos y el nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del profesorado*”.<sup>314</sup>

Y explica el Alto Tribunal que “*teniendo en cuenta que el suscribir un concierto educativo es voluntario, ello no supone la posibilidad de exigir al titular del centro la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, ya que tal sostenimiento (por fondos públicos) viene impuesto a los poderes públicos por la CE, sin que ésta asocie a su prestación la desaparición de los derechos fundamentales del titular, en su mismo contenido esencial*”.

#### 9.2.3.2. El Consejo Escolar. Composición y criterios de funcionamiento.

Los órganos de gobierno de los centros concertados son:<sup>315</sup> el Director, el Consejo escolar; y el Claustro de profesores.

La participación de los distintos miembros de la comunidad escolar en la gestión y control en los centros privados se canaliza a través del Consejo escolar del centro (artículo 55 LODE). Su composición, funcionamiento y competencias viene regulado en los artículos 57 a 61,<sup>316</sup> si bien en su aplicación se ha de tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia.

La composición del Consejo escolar en los centros concertados es la siguiente:<sup>317</sup> el Director;<sup>318</sup> tres representantes del Titular del centro;<sup>319</sup> cuatro representantes de los profesores; cuatro representantes de padres o tutores de los alumnos; dos representantes

---

<sup>314</sup> Ibidem, FJ. 20

<sup>315</sup> Artículo 54-1 de la LODE, modificado por la Disposición final primera de la LOCE.

<sup>316</sup> Algunos de estos preceptos han sido modificados por la Disposición Final Primera, centros concertados de la LOPEGCD en 1995; y conforme a la Disposición Derogatoria única de la LOCE de 2002, ha quedado derogado entre otros, el artículo 57-d) de la LODE.

<sup>317</sup> Artículo 56 LODE, modificado sus apartados 1 y 3 por la Disposición final primera, apartado 3 de la LOPEGCD.

<sup>318</sup> El director de un centro privado concertado no tiene las mismas funciones (artículo 54 LODE) que el director de un centro público, artículo 38 LODE, ubicado en el Título III, que fue derogado por la LOPEGCD. La Disposición derogatoria única, apartado 5 de la LOCE deroga el capítulo II del Título I, el Título II, el Título III y los artículos 35,36,41, 38.1,39,40,41, 42, y 43 del Título IV. **El director del centro público** es el representante de la Administración educativa en el centro, que es su titular; le corresponde garantizar el cumplimiento de las leyes y demás disposiciones vigentes; establecer la jefatura de todo el personal adscrito al centro; dirige y coordina todas las actividades del centro; ostenta la representación del centro; propone a la Administración educativa el nombramiento y cese de los miembros del equipo directivo; autoriza los gastos de acuerdo con los presupuestos del centro (artículo 79 LOCE).

Mientras que el **director del centro privado** dirige y coordina las actividades educativas pero no asume funciones propias de la Entidad titular, excepto cuando ésta las haya delegado de forma expresa. Y las competencias enumeradas anteriormente del director del centro público son funciones que en un centro privado corresponde al titular, como máxima autoridad que es.

El **director de centros concertados** tiene las facultades siguientes: “a) dirigir y coordinar todas las actividades educativas del centro, de acuerdo con las disposiciones vigentes, sin perjuicio de las funciones del Consejo Escolar; b) ejercer la jefatura del personal docente; c) convocar y presidir actos académicos y reuniones de todos los órganos colegiados; visar las certificaciones y documentos académicos del centro; ejecutar los acuerdos de los órganos colegiados en el ámbito de sus facultades; f) resolver los asuntos de carácter grave planteados en el centro en materia de disciplina de alumnos;

de los alumnos, a partir del primer ciclo de la Educación Secundaria Obligatoria; un representante del personal de administración y servicios. En los centros específicos de educación especial se considerará incluido en el personal de la administración y servicios el personal de atención educativa complementaria.

Los centros concertados que impartan Formación Profesional específica podrán incorporar a su Consejo escolar, con voz pero sin voto, un representante del mundo de la empresa designado por las organizaciones empresariales, de acuerdo con el procedimiento que las Administraciones educativas establezcan.

Los criterios básicos para el funcionamiento del Consejo escolar son:<sup>320</sup>

1) El Consejo escolar realiza todas y cada una de sus funciones “en el marco de los principios establecidos en la ley” (artículo 57 LODE), como son las finalidades educativas, los derechos básicos de los alumnos, los derechos de los profesores, derechos de los padres derechos del titular del centro y del director.

2) En el ejercicio de cada una de las funciones el Consejo escolar “desempeña un papel dependiente y subordinado a la iniciativa de otro órgano de gobierno” del centro, que en algunos casos es el equipo directivo y en otros es el Titular (STC 77/1985 de 27 junio, FJ.27, párrafo 4, que se refiere a la programación general del centro).

Con lo que cabe afirmar que el Consejo escolar tiene capacidad de iniciativa (STC 77/1985 FJ. 21) en el sentido de poder presentar sugerencias a los órganos de gobierno del centro, pero para el ejercicio de las funciones recogidas en el artículo 57 LODE, salvo las de control, necesita propuestas concretar preparadas por el órgano de gobierno competente en cada caso.

3) De acuerdo con el principio constitucional de reserva de ley, el Consejo escolar tiene las atribuciones que la ley orgánica establece en el artículo 57 y las Administraciones educativas no pueden asignarle otras funciones diferentes a las indicadas en dicho precepto.

#### 9.2.4. El Derecho del titular a la dirección del centro y el derecho de participación de los miembros de la comunidad educativa. La doctrina del Tribunal Constitucional.

Como ya se ha puesto de manifiesto al referirnos al límite máximo del derecho a la intervención, se ha de respetar el contenido esencial del derecho del titular a la creación y dirección del centro (STC 77/1985, FJ 21); y por otra parte, este derecho del

---

cuantas otras facultades le atribuya el Reglamento de régimen interior en el ámbito académico”(artículo 54-2 LODE con las modificaciones establecidas por la disposición final primera de la LOCE). Las facultades atribuidas son las mismas que en la LODE, pero añade el apartado f) –resolver asuntos de carácter grave...- función que estaba atribuida al Consejo escolar en el artículo 57-d) LODE, párrafo que ha sido derogado por la disposición derogatoria única apartado 2 de la LOCE.

En el proyecto de la LOCE de julio de 2002 se establecía en el entonces artículo 83 que “las Administraciones educativas favorecerán la participación de los directores de centros sostenidos con fondos públicos en órganos de carácter consultivo y participativo”.

<sup>319</sup> El equipo directivo estará formado por el director y las personas que el titular designe como representantes suyos en este órgano de gestión participativa. El Tribunal Constitucional ha manifestado que “el equipo directivo en el que no solo figurará, como resulta evidente, el director del centro –propuesto por el titular- sino, en su caso, y según el reglamento de régimen interior, aquel o aquellos representantes del titular que se prevea en cada centro” (STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 27, párrafo 4 in fine).

<sup>320</sup> Riu i Rovira F., *Todos tienen derecho...* cit., pgs. 235-236

titular debe ser compatible con el ejercicio del derecho de la comunidad educativa a intervenir en el control y gestión del centro, derecho reconocido en el artículo 27.7 CE.

Así pues, si en un principio parte de la doctrina negaba el derecho del titular a la dirección de los centros privados sostenidos con fondos públicos, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que *el problema de los centros concertados no es un problema de codirección, ni mucho menos de traslación de la dirección al Consejo escolar, sino un problema de armonización de dos derechos con idéntica cobertura constitucional*: el derecho del titular a la dirección y el derecho emergente de la comunidad escolar a intervenir en el control y gestión de los centros concertados; éste derecho *limita el derecho a la dirección pero no le elimina*.<sup>321</sup>

Conforme a la doctrina básica del Tribunal Constitucional –afirma Fernández-Miranda-<sup>322</sup> en ningún caso las actuaciones de un actor presente en la relación jurídica educativa podrá poner en situación de indefensión o de imposibilidad de ejercicio del contenido esencial de su derecho de dirección, y ello tanto desde el punto de vista formal, de la distribución de competencias como desde el punto de vista material, referida al contenido de los actos concretos; es decir, que aunque formalmente el órgano tenga competencia para efectuar una determinada actuación, si ésta supone, por ejemplo, una agresión al ideario o impide al titular su preservación y desarrollo, el acto sería ilícito porque el titular “no puede verse afectado por limitación alguna que, aún respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, *conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional*” (STC 77/1985 FJ. 20, párrafo 2 in fine).

La LODE realiza una enumeración de funciones del Consejo escolar en el centro privado concertado (artículo 57), interviniendo así en el control y gestión del centro y que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 27 de junio de 1985 no considera inconstitucional y dedica gran parte de la misma –fundamentos jurídicos del 19 al 28– para explicar su constitucionalidad.

#### 9.2.4.1. Nombramiento y cese del Director.<sup>323</sup>

*Nombramiento.*– Si hay acuerdo entre el Titular y el Consejo escolar no hay problema. Si no hay acuerdo el Consejo debe elegir entre una terna ofertada por el Titular, es decir, la iniciativa de propuesta y consiguiente nombramiento para el cargo corresponde al Titular del centro. El Tribunal Constitucional afirma que “*sobre el nombramiento del director, dado el carácter nuclear de esa figura en el proyecto de ley (hoy LODE) y en la práctica docente, han de proyectarse efectivamente las facultades*

---

<sup>321</sup> Fernández-Miranda A, *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 161

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 162

<sup>323</sup> Artículos 57 a) LODE: “intervenir en la designación y cese del Director del centro de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59”. La redacción del artículo 59 LODE ha sido modificada por la Disposición final primera apartado 7 de la LOCE de 2002, quedando como sigue: “1. El Director de los centros concertados será designado previo acuerdo entre el Titular y el Consejo escolar. El acuerdo del Consejo escolar del centro será adoptado por mayoría absoluta de sus miembros. 2. En caso de desacuerdo, el Director será designado por el Consejo escolar del centro de entre una terna de profesores propuesta por el Titular. El acuerdo del Consejo escolar del centro será adoptado por mayoría absoluta de sus miembros. 3. El mandato del Director tendrá una duración de tres años. 4. El cese del Director requerirá el acuerdo entre la titularidad y el Consejo Escolar del centro”.

*decisorias del Titular* para que quede garantizado el contenido esencial de su derecho a dirigir el centro”<sup>324</sup>

La intervención del Consejo escolar no impide la capacidad decisoria del Titular que queda salvaguardada en la LODE –artículos 57 a), 59, 61- “al habilitarle, ya para designar específicamente al director con el acuerdo del Consejo escolar (artículo 59-1), ya para proponer a este una terna elegida por el mismo, lo que representa *una garantía razonable de que se respetarán sus preferencias*”<sup>325</sup>

El Titular dispone de un mecanismo suficiente para contar con un director de su confianza y afecto al carácter propio del centro.<sup>326</sup>

*Cese del Director.-* Si el Titular considera oportuno el cese del Director lo propondrá al Consejo escolar y este deberá estar de acuerdo.<sup>327</sup> Ello supone efectivamente una limitación a las posibilidades de actuación del Titular al respecto ya que no podría llevar a cabo tal cese sin la aquiescencia del Consejo escolar. Pero como explica el Tribunal Constitucional “el requisito de la conformidad del Consejo escolar debe reputarse como una garantía del mantenimiento de tal estabilidad (se refiere a la estabilidad necesaria del Director, artículo 59.3), de manera que el Titular necesita un requisito adicional, esto es, la conformidad del Consejo escolar, para proceder a la remoción del Director antes del transcurso del periodo de mandato legalmente previsto”.<sup>328</sup>

Fernández-Miranda señala que si la causa del cese no es la mera incompetencia, siempre discutible y donde parece razonable que el Consejo escolar tenga mucho que decir, sino que la causa sea las reiteradas acciones u omisiones que pongan objetivamente en peligro el carácter propio del centro, habrá que reconocerle al Titular la doctrina del respeto al contenido esencial del derecho a la dirección, ya que de otro modo nos encontraríamos ante uno de esos supuestos de indefensión planteados por el Tribunal Constitucional.<sup>329</sup>

#### 9.2.4.2. Selección y despido del profesorado.

El artículo 57.b) de la LODE dispone que “corresponde al Consejo escolar del centro, en el marco de los principios establecidos en esta Ley, intervenir en la selección y despido del profesorado del centro, conforme con el artículo 60”.<sup>330</sup> La intervención

---

<sup>324</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 22, párrafo 1.

<sup>325</sup> Ibidem

<sup>326</sup> Fernández-Miranda A, *De la libertad de enseñanza...* cit., p.162.

<sup>327</sup> Artículo 59.4 LODE: “El cese del Director requerirá el acuerdo entre la titularidad y el Consejo Escolar del centro”. El mandato del director tendrá la misma duración que en los centros públicos (artículo 59.3 LODE modificado por Disposición final primera de la LOPEGCD. Vid., artículo 90 de la LOCE.

<sup>328</sup> STC 77/1985 de 27 junio , FJ. 23

<sup>329</sup> Fernández-Miranda A, *De la libertad de enseñanza...* cit., p.163.

<sup>330</sup> El artículo 60 de la LODE queda redactado así por la Disposición final primera de la LOPEGCD: “1. Las vacantes del personal docente que se produzcan en los centros concertados se anunciarán públicamente. 2. A efectos de su provisión, el Consejo escolar, de acuerdo con el Titular *establecerá los criterios de selección*, que atenderán básicamente a los principios de mérito y capacidad. 3. El Titular del centro junto con el director procederá a la selección del personal, de acuerdo con los criterios de selección que tenga establecido el Consejo escolar del centro. 4. *El Titular del centro dará cuenta al Consejo escolar del mismo de la provisión de profesores que efectúe.* 5. El *despido* de profesores de centros concertados requerirá que se pronuncie previamente el Consejo escolar del centro mediante acuerdo motivado adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros. En el caso de que dicho acuerdo sea

en la contratación y despido del profesorado por parte del Consejo escolar, responde a la lógica del sistema de conciertos ya que “con el fin de garantizar la calidad de la enseñanza, el Estado paga a los profesores y como contrapartida intervienen en su selección o despido”. Esto supone una limitación a la actuación del titular.<sup>331</sup>

#### 9.2.4.2.1. Selección del profesorado.

1) Las plazas vacantes del personal docente que se produzcan en un centro concertado se darán a conocer por convocatoria pública.

El problema que planteaba la LODE en esta materia era la posibilidad de una especie de concurso público sometido a un régimen de derecho Administrativo bajo los principios de mérito y capacidad, lo que podría dar lugar a contratar profesores inadecuados y desafectos al ideario, además del riesgo de impugnaciones masivas tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

El riesgo era de que en caso de conflicto, o bien, entre el Titular del centro y el Consejo escolar en la fijación de los criterios de selección, o bien, entre el Titular con la Comisión de contratación sobre la propuesta de candidatos, terminaría siendo la Administración educativa quien tomara la decisión en base al artículo 61 LODE. Con respecto a esta cuestión la STC 77/1985 de 27 junio ha señalado algunos aspectos a tener en cuenta como son los siguientes:

- La selección de los profesores, en principio, corresponde al Titular del centro, ya que “no cabe duda de que la facultad de seleccionar al profesorado que se estima más idóneo *forma parte del derecho a crear y dirigir centros docentes* que nuestra Constitución consagra”.<sup>332</sup>

- La Ley establece que el Consejo escolar ha de intervenir en el proceso de selección con lo que la facultad decisoria del Titular queda restringida o condicionada. El Alto Tribunal plantea la situación de la siguiente forma: “la Constitución (artículo 27.7) habilita al legislador para *condicionar o restringir* aquella facultad (del Titular) en los términos que considere más oportunos para dar contenido concreto a este derecho de los restantes miembros de la comunidad escolar”-y añade- “el pluralismo político, que la Constitución consagra como valor superior del ordenamiento jurídico español (artículo 1.1), permite *distintas soluciones legislativas* que solo tienen el límite de los derechos constitucionalmente consagrados, de manera que el legislador no podrá nunca privar al Titular de las facultades que la Constitución le otorga, ni de otra, privar a los padres, profesores y, en su caso, alumnos de intervenir en la gestión y control del centro”.<sup>333</sup>

Así la situación, “el legislador ha creído oportuno arbitrar un procedimiento de selección del profesorado que exige normalmente la concurrencia de voluntades entre el Titular del centro de una parte y, de otra, el Consejo escolar,(...) como es evidente, siempre que tal concurrencia de voluntades se produzca. *La facultad del Titular se habrá visto condicionada y restringida en su ejercicio, pero en modo alguno suprimida;*

---

desfavorable, se reunirá inmediatamente la comisión de conciliación a que hace referencia los apartados 1 y 2 del artículo siguiente. 6. La Administración educativa competente verificará que los procedimientos de selección y despido del profesorado se realice de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores y podrá desarrollar las condiciones de aplicación de estos procedimientos”.

<sup>331</sup>Díaz Lema J.M., *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, p.114

<sup>332</sup> STC 77/1985, FJ. 24, párrafo 4.

<sup>333</sup> Ibidem

la alegada inconstitucionalidad del sistema solo existiría si, no habiendo acuerdo, la voluntad del Titular fuera sustituida, privándole así de la facultad de decisión”.<sup>334</sup>

2) Los criterios de selección serán establecidos por el Consejo escolar de conformidad con el Titular del centro atendiendo básicamente a los principios de mérito y capacidad.

Los principios de mérito y capacidad han de entenderse referidos a realizar una actividad concreta en un centro concreto, también en el supuesto de un centro con carácter propio. En la fijación de los criterios para la selección del profesorado no se puede desconocer por nadie, y menos por la Administración en la comisión de conciliación, el carácter propio del centro.<sup>335</sup>

El Consejo escolar acuerda con el Titular, a propuesta de éste, los criterios de selección de profesores (artículo 60.2). Estos criterios de mérito y capacidad pueden ser: la experiencia educativa, la titularidad académica adecuada y la disponibilidad para integrarse en el equipo de profesores de la escuela. Y también el conocimiento y aceptación del carácter propio del centro y de las exigencias que de él se derivan.<sup>336</sup>

3) La selección del personal será realizada por el Titular del centro y el director conforme a los criterios de selección establecidos.

El Titular del centro junto con el Director procederá a la selección del personal, de acuerdo con los criterios de selección que tenga establecido el Consejo escolar (artículo 60.3). El Titular dará cuenta de ello al Consejo escolar.

Si no hay acuerdo se deberá constituir la comisión de conciliación<sup>337</sup> que deberá acordar por unanimidad la solución al conflicto.

En torno a este aspecto, el Tribunal Constitucional sostiene que “como tal comisión ha de adoptar sus acuerdos por unanimidad, la Administración asume en ella unas facultades cogestoras (...) que no son en sí mismas incompatibles con la Constitución, dado que el acogimiento al régimen de concierto es resultado de una libre decisión del Titular del centro, siempre que a merced de ellas no se vea éste (el Titular) privado de las que constitucionalmente le son propias”.

La *regla de la unanimidad* hace imposible que la comisión de conciliación adopte decisiones sin el acuerdo del Titular, y solo se le privaría a éste de sus facultades si en contra de su voluntad, se acordase la contratación (de profesores) o se le impidiese llevarla a cabo”.<sup>338</sup>

Y por otra parte, “la fórmula del apartado 4 del artículo 61<sup>339</sup> implica la imposibilidad de que la Administración sustituya al Titular del centro en el ejercicio de sus facultades propias”.<sup>340</sup> Es decir, veda la posibilidad de que la Administración educativa pueda adoptar medidas provisionales consistentes, por ejemplo, en contratar nuevos profesores o impedir que el Titular lo hiciese o cualesquiera otras que

---

<sup>334</sup> Ibidem, FJ. 24, párrafo 5

<sup>335</sup> Fernández-Miranda A, *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 164.

<sup>336</sup> Riu i Rovira F., *Todos tienen el derecho...* cit., p. 238.

<sup>337</sup> Estará compuesta por un representante de la Administración educativa competente, el Titular del centro o persona en quien delegue y un representante del Consejo escolar elegido por mayoría absoluta de sus componentes entre profesores o padres de alumnos que tengan la condición de miembros del mismo (artículo 61.2 LODE).

<sup>338</sup> STC 77/1985 de 27 junio FJ. 24, párrafo 6

<sup>339</sup> Tras la modificación de la Disposición final primera de la LOPEGCD, es el apartado 7 del artículo 61 que dispone: “La Administración educativa no podrá adoptar en ningún caso medidas que supongan su subrogación en las facultades respectivas del Titular o del Consejo escolar del centro”.

<sup>340</sup> STC 77/1985, FJ 24, párrafo 6



desconociera el carácter propio del centro en los criterios de selección del profesorado, ya que sería inconstitucional.

4) De la provisión del profesorado efectuada dará cuenta el Titular del centro al Consejo escolar.

#### 9.2.4.2.2. Despido de profesores.

La ley exige para el despido de profesores en centros docentes concertados un pronunciamiento previo del Consejo escolar mediante acuerdo motivado adoptado por mayoría absoluta de sus miembros. Si no hay acuerdo se reunirá la comisión de conciliación<sup>341</sup> –que realiza una función cogestora junto a la Administración-. A pesar de ello el Tribunal Constitucional ha sostenido que no sería necesario el pronunciamiento favorable de la comisión si el Titular creyese que hay motivos suficientes para el despido, siempre respetando la legislación vigente.<sup>342</sup> El Alto Tribunal afirma que “el apartado 6 del artículo 60 *no desnaturaliza las facultades del Titular, pues no solo le reconoce la iniciativa del despido, sino que respeta su decisión en el último término*. La exigencia de acuerdo favorable del Consejo escolar y la necesidad de que en caso de pronunciarse éste desfavorablemente se reúna la Comisión de conciliación, responde a la voluntad del legislador de someter el despido a unas instancias conciliadoras previas (...).

El fracaso de estas instancias conciliadoras, sin embargo, no impiden al Titular del centro el proceder al despido una vez agotadas, al objeto que sea la jurisdicción laboral la que decida el conflicto.<sup>343</sup>

#### 9.2.4.3. Régimen disciplinario del alumno.

Conforme al artículo 57 d) la LODE atribuía esta función al Consejo escolar, pero la Disposición derogatoria única, apartado 2 de la LOCE de diciembre de 2002 deroga este apartado. Y la Disposición Final primera, también de la LOCE, atribuye esta facultad de resolver los asuntos de carácter grave planteados en el centro en materia de disciplina de alumnos, al director del centro, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 54, que se refiere a los órganos de los centros concertados (artículo 54.1) y las facultades del director (54.2) y en concreto la facultad a la que nos estamos refiriendo se encuentra mencionada en el apartado f) del artículo 54.2.<sup>344</sup>

---

<sup>341</sup> Artículo 60-6 LODE, modificado por la Disposición final primera de la LOPEGCD, es el artículo 60.5.

<sup>342</sup> STC 77/1985, FJ.25

<sup>343</sup> Ibidem, FJ 25, y se remite a los fundamentos jurídicos 10 y 11 de la STC 5/1981 de 13 de febrero.

<sup>344</sup> En torno a este tema y partiendo de la base de que la LODE atribuía esta función al Consejo escolar, el Tribunal Constitucional afirmaba que, por una parte, “se trata aquí –a salvo la capacidad de iniciativa del Titular al respecto, que no se niega- de la intervención de un órgano colegiado al objeto de introducir mayores garantías en temas como son los de disciplina, que pueden llegar a afectar de forma importante al buen funcionamiento del centro”, y por otra, “no significa un obstáculo al ejercicio de las facultades de dirección del centro ni una merma de su contenido esencial, ya que el *grado de iniciativa que se reconoce implícitamente al Titular para promover la acción disciplinaria es suficiente para garantizar la efectividad* de su poder de dirección y, eventualmente, del derecho a exigir respeto al carácter propio del centro”. Ibidem, FJ. 27, párrafo 2.

#### 9.2.4.4. Aprobación del presupuesto.

El artículo 57 e) de la LODE recoge como función del Consejo escolar la de “aprobar, a propuesta del Titular, el presupuesto del centro en lo que se refiere tanto a los fondos provenientes de la Administración como a las cantidades autorizadas, así como la rendición anual de cuentas”.

El Titular del centro es el responsable de la elaboración del *presupuesto global* del centro, que deberá incluir tanto los fondos públicos de la Administración como las aportaciones de los padres de alumnos previamente autorizadas. Asimismo, el Titular es responsable de la elaboración del *presupuesto correspondiente al nivel concertado* en cuanto a los fondos públicos y cantidades autorizadas, que habrá de proponer para su aprobación al Consejo escolar del centro.<sup>345</sup>

El Tribunal Constitucional sostiene al respecto que, “la intervención del Consejo se reduce a una parte del presupuesto global, esto es a la relativa a los fondos provenientes de la Administración y de la percepción de cantidades autorizadas, respecto a la cual *la aprobación representa una garantía del adecuado fin de los fondos públicos, así como de que las cantidades autorizadas no hagan ilusorio el principio de la gratuidad de la enseñanza.*”

Pero además el presupuesto solo podrá ser aprobado a propuesta del Titular, lo que deja a éste un razonable grado de discrecionalidad –incurso en esta parte del presupuesto- para entender no desnaturalizadas sus facultades directivas; sin que quepa, evidentemente, una confección del presupuesto por el Consejo, al margen del Titular”.<sup>346</sup>

Al acabar el ejercicio económico correspondiente, el Titular del centro preparará la rendición de cuentas y la someterá igualmente a la aprobación del Consejo escolar del centro (artículo 57.e.). Y finalmente, el Titular del centro remitirá a la autoridad educativa competente una certificación del Acta de la reunión del acuerdo del Consejo escolar en la que se habrá aprobado la aplicación de los fondos percibidos en concepto de “otros gastos” a fin de justificar la aplicación de dichos fondos.(RD 2377/1985 de 18 de diciembre, artículo 40).

#### 9.2.4.5. Programación General del centro.

Regulado en el artículo 57 f) de la LODE,<sup>347</sup> ha sido modificado por la Disposición final primera, apartado 5 de la LOCE, quedando redactado de la siguiente manera: “informar la programación general del centro que, con carácter anual, aprobará el equipo directivo”.

Por programación anual debe entenderse las planificaciones y programaciones de las distintas secciones, áreas, departamentos y sectores de actividad.<sup>348</sup> Conforme a lo que disponía la LODE, el equipo directivo, que es el órgano ordinario de gestión del centro, debía promover y coordinar la elaboración de la programación anual y procurar que todos los sectores de actividad de la comunidad educativa participaran activamente

---

<sup>345</sup> Riu i Rovira, *Todos tienen el derecho...* cit., p. 242

<sup>346</sup> STC 77/1985, 27 junio, FJ. 27, apartado 3.

<sup>347</sup> “Corresponde al Consejo escolar del centro, en el marco de los principios establecidos en esta Ley: aprobar y evaluar la programación general del centro que con carácter anual elaborará el equipo directivo”.

<sup>348</sup> Riu i Rovira, *Todos tienen el derecho...* cit., p. 239

en este proceso. Y una vez elaborada la programación anual, la presentaba al Consejo escolar para su aprobación y evaluación.<sup>349</sup> Ahora tras la modificación llevada a cabo por la LOCE, le corresponde el informar la programación general del centro.<sup>350</sup>

#### 9.2.4.6. Reglamento de régimen interior.

Corresponde al Consejo escolar aprobar, a propuesta del Titular, el reglamento de régimen interior del centro (artículo 57.l.).

El Reglamento de régimen interior debe incluir el conjunto de criterios, orientaciones y preceptos que regulan el funcionamiento interno del centro en todos los aspectos que inciden en la acción educativa, como puede ser el modelo de gestión, los estamentos de la comunidad educativa, el campo de acción de cada uno, las relaciones existentes entre ellos.

En los centros privados el Titular ya habrá definido el modelo de gestión y organización de la escuela. Corresponde a éste la responsabilidad de coordinar la elaboración del Reglamento de régimen interior del centro, ya que se trata de una prolongación de su carácter propio. El Titular debe asegurar la continuidad y correcta aplicación del contenido del carácter propio del centro, y uno de los medios para ello es el reglamento de régimen interior.<sup>351</sup>

Una vez elaborado el reglamento, el Titular lo propondrá a la aprobación del Consejo escolar. Este no es competente para modificar el Reglamento por iniciativa propia, pero sí podrá hacer las sugerencias que considere oportunas. El Titular puede proponer al Consejo escolar, asimismo, los cambios en el Reglamento que crea conveniente.

El Tribunal Constitucional sostiene que “si bien el Reglamento resulta de innegable trascendencia, no es menos cierto, que las competencias al respecto del Consejo escolar dejan a salvo *un amplio margen de discrecionalidad* e iniciativa del Titular, ya que *solo sobre las propuestas de éste podrá pronunciarse aquél*; pronunciamiento que no reviste el carácter de un condicionamiento arbitrario impuesto por el legislador, sino más bien el de *garantía del derecho a la educación*”.<sup>352</sup>

Así pues, se puede concluir teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, que si bien no habrá presupuestos ni Reglamento de régimen interior sin el consentimiento del Consejo escolar, y aún cuando cabe hacer sugerencias al Titular, solo podrá pronunciarse a favor o en contra de las propuestas del mismo, sin que, por supuesto, quepa un presupuesto ni un reglamento elaborados unilateralmente por el Consejo escolar.<sup>353</sup>

---

<sup>349</sup> Y el Tribunal Constitucional señalaba que “del apartado f) del artículo 57 no se desprende que se vulnere el derecho a la dirección del Titular del centro, pues como en los demás apartados del artículo, el Consejo desempeña *un papel dependiente y subordinado* a la iniciativa de otros órganos, en este caso, del equipo directivo, en el que no solo figurará el director de centro, sino, en su caso, y según el Reglamento de régimen interior, aquel o aquellos representantes del Titular que se prevea en cada centro. ***El Consejo no podrá sustituir el programa elaborado por el equipo directivo***”. STC 77/1985 de 27 junio, FJ.27, apartado 4.

<sup>350</sup> Vid., artículo 69.1 LOCE.

<sup>351</sup> Riu i Rovira, *Todos tienen derecho...* cit., p. 241.

<sup>352</sup> STC 77/1985, 27 junio, FJ. 27, apartado 5

<sup>353</sup> Fernández-Miranda A., *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 166

#### 9.2.4.7. Actividades y servicios complementarios.

Al Consejo escolar le corresponde proponer, en su caso, a la Administración la autorización para establecer percepciones a los padres de los alumnos por la realización de actividades escolares complementarias;<sup>354</sup> elaborar las directrices para la programación y desarrollo de las actividades escolares complementarias, actividades extraescolares y servicios escolares, así como intervenir, en su caso, en relación con los servicios escolares, de acuerdo con lo establecido en las Administraciones educativas;<sup>355</sup> y aprobar a propuesta del titular, las aportaciones de los padres de los alumnos para la realización de actividades extraescolares y los servicios escolares cuando así lo hayan determinado las Administraciones educativas.<sup>356</sup>

Así pues el Consejo escolar tiene facultades decisorias en el ámbito de las actividades educativas complementarias y de las actividades extraescolares organizadas por el centro para los alumnos del nivel concertado. Como en los demás temas de su competencia el Consejo escolar debe contar con las aportaciones y propuestas de los otros órganos de gobierno del centro para poder ejercer dichas facultades (artículo 57 h) y k), STC 77/1985 FJ.27).

El Tribunal Supremo en torno a esta cuestión ha afirmado que “no existe obstáculo en admitir que los centros concertados de carácter privado, en la medida que gozan de esta última cualidad comparten el derecho de creación y dirección reconocido a los centros docentes privados por el artículo 21.1.de la LODE, aunque con las limitaciones impuestas en primer lugar, por el artículo 51 de la misma ley, en orden a la gratuidad de la enseñanza, del carácter no lucrativo de las actividades tanto docentes como complementarias o extraescolares y de servicios, a la autorización necesaria para el cobro de cantidades en concepto de actividades complementarias y de servicio y a su opción voluntaria..., y en segundo término, por las derivadas del artículo 57 del citado texto a través de las facultades de intervención y control atribuidas al Consejo escolar del centro”.<sup>357</sup>

#### 9.2.5. El pago de los salarios del profesorado en los centros concertados.

El pago de los salarios del profesorado en los centros privados concertados será realizado por la Administración educativa correspondiente, que será la encargada de abonar mensualmente dichos salarios como pago delegado y en nombre del titular. A tal fin, el titular del centro, en su condición de empleador en la relación laboral, facilitará a la Administración las nóminas correspondientes, así como sus eventuales modificaciones (artículo 76.5 LOCE y en el mismo sentido, el artículo 34.1 del RD 2377/1985 de 18 de diciembre). Se tiende a que gradualmente se equiparen a los salarios de los profesores de la enseñanza pública; así esta recogido en la Ley al disponer que “las cantidades correspondientes a los salarios del personal docente harán posible que gradualmente la remuneración de aquel sea análoga a la del profesorado estatal de los respectivos niveles” (artículo 76.4 LOCE).

Si bien la Administración asume el pago de salarios en los centros concertados, la condición de empleador o empresario corresponde al Titular del centro por lo que no existe relación laboral entre el profesorado y la Administración educativa, sino entre el

---

<sup>354</sup> Artículo 57 g) LODE, modificado por la Disposición final primera, punto 5 de la LOPEGCD

<sup>355</sup> Ibidem, artículo 57 h) también modificado

<sup>356</sup> Ibidem, artículo 57 i) modificado por la LOPEGCD

<sup>357</sup> STS de 18 de noviembre de 1988 FJ. 3 (RJ. 8775).

profesorado y el titular del centro, siendo competente la jurisdicción del orden social para la resolución de reclamaciones.

El Tribunal Supremo<sup>358</sup> confirma “la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de las reclamaciones salariales del personal docente de los centros concertados en las que se encuentra involucrada la Administración educativa” y precisa, “como obiter dictum, que ello no supone que el poder público asuma la posición de empleador o empresario en las relaciones de trabajo de dicho personal docente. Esta doctrina debe reafirmarse con valor de “ratio decidendi”, y a favor de ella cuentan las siguientes razones: a) el artículo 49 de la LODE<sup>359</sup> declara expresamente que es el “titular del centro” el que ostenta la condición de empleador en la relación de trabajo; b) las facultades que definen el poder de dirección del empresario en la relación de trabajo (selección de personal, organización de trabajo, especificación de cometidos laborales, “ius variandi”, disciplina etc.) corresponden efectivamente en el desenvolvimiento o ejecución de la misma al titular del centro y no a la Administración educativa; y c) el cálculo de subvenciones puede hacerse por referencia a salarios o a otros gastos de personal, sin que por ello tales subvenciones se desvirtúen o desnaturalicen”.

Por otra parte, el artículo 76.6 de la LOCE –similar al artículo 49.6 de la LODE– limita la responsabilidad de la Administración cuando establece: “La Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje del incremento global de las cantidades correspondientes a salarios a que hace referencia el apartado 3 de este artículo.”<sup>360</sup> Esta delimitación encuentra su fundamento en que no puede tener más alcance que el de condicionar el quantum de dicha obligación.<sup>361</sup>

Una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de julio de 2000<sup>362</sup> condena al pago del complemento de jefatura de estudios, con carácter solidario al centro –como empresa principal obligada al pago de salarios– y a la Administración codemandada –como obligada al pago delegado en virtud del concierto–. Su argumentación es la siguientes: “aunque la Administración no asume ninguna posición empresarial en el ámbito de la relación laboral entre el titular del centro y sus profesores, si queda obligada al pago delegado del salario por cuenta de aquel. Ahora bien, esta obligación de pago delegado no es de carácter ilimitado (...). El problema esencial que plantea es dilucidar si el complemento retributivo que se abona a los jefes de estudios de acuerdo con el convenio colectivo, debe considerarse incluido en el apartado a) que se refiere a las “cantidades correspondientes a salarios del personal docentes, o en el apartado c) que comprende determinados conceptos, también salariales, pero de carácter más variable”.

El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de febrero de 1996<sup>363</sup> afirma que como ha declarado numerosas sentencias<sup>364</sup> en los casos de conciertos educativos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y el Ministerio de Educación, ambas entidades responden conjunta y solidariamente frente a los profesores del centro, de las

---

<sup>358</sup> En sentencia de 22 de diciembre de 1993 FJ.4 (RJ. 9981), donde se remite a su vez a la sentencia de 3 de febrero de 1993 (RJ. 2250).

<sup>359</sup> Ha sido derogado por la LOCE, el artículo 76.5 LOCE, lo recoge expresamente.

<sup>360</sup> Que se refiere a las distintas cantidades que comprende el módulo económico.

<sup>361</sup> STS de 16 de julio de 1993, FJ.4 párrafo 2 (RJ. 5684)

<sup>362</sup> FJ. 3 y 4, (RJ. 3549)

<sup>363</sup> RJ. 1306

<sup>364</sup> Vid. SSTS de 22 de diciembre de 1993 (RJ. 9981), 3 de julio de 1995 (RJ. 6585), 18 de mayo de 1994 (RJ. 3849) 27 junio, 3 de octubre, 18 de julio y 30 de noviembre de 1994 (RRJJ. 2748, 4082, 3174), 8 de marzo de 1995 (1266), 20 de enero de 1997 (RJ. 124).

deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos, basándose para ello en lo que dispone los artículos 47, 49.5, y 51 de la LODE y 34 y siguientes de Reglamento de 1985.

En otra ocasión el Alto Tribunal pone de manifiesto que de la jurisprudencia, de la legislación legal y reglamentaria “se infiere que la Administración responde de manera solidaria con el centro educativo de que en cada caso se trate de los salarios, entendidos estos como toda retribución que compense una prestación de trabajo, del personal laboral al servicio de tales centros educativos, en tanto concertados, en calidad de pago delegado y en nombre de la entidad o persona que sea titular de tal centro docente; y en el bien entendido de que, que sea la Administración la obligada a la materialización del pago de tales retribuciones al profesorado y con cargo y cuenta de las consignaciones y cantidades previstas en el Concierto, no supone que ello la configure como empleadora o co-empleadora de tal profesorado, pues del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores sólo cabe deducir que el único y legal empresario del cuerpo docente de un centro educativo es el titular del mismo, sin que, desde luego, quepa hablar de cesión de trabajadores, lo que, por obvio no hace ni que sea argumentado.

Es el centro educativo, por tanto, en cuanto titular de la empresa, quien ostenta la cualidad de empleador del profesorado; y es la Administración educativa, en consecuencia, la que, en virtud del concierto, abona los salarios en pago delegado y con cargo y por cuenta de tal concierto, de donde se sigue que el abono de tales salarios no constituye más que un puro y neto acto de ejecución del concierto”.<sup>365</sup>

### 9.3. El derecho del Titular a establecer el ideario o carácter propio del centro.

Este derecho no está recogido de forma expresa en la Constitución, pero no se trata de un derecho introducido por la Ley sino de un derecho con directa cobertura constitucional. Así el Tribunal Constitucional reconoció este derecho afirmando que “el derecho de los titulares de los centros (artículos 21.1 y 22 LODE) forma parte de la libertad de creación de centros en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a estos de un carácter y orientación propios”.<sup>366</sup>

Tanto la LOECE (artículos 15, 18, 34), la LODE (artículo 22), LOPEGCD (artículo 6.3), LOCE (artículos 73, 68-5) han regulado este derecho.

En opinión de Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, el ideario es el nexo o punto de convergencia que hace posible el ejercicio de dos derechos: el de creación de centro y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos.<sup>367</sup>

La libertad para establecer el ideario o carácter propio no es absoluta sino que está limitada por el respeto debido a los demás derechos fundamentales de los miembros de la comunidad escolar, el respeto a los principios constitucionales de libertad, igualdad, justicia, pluralismo,... y por el hecho de que la enseñanza debe servir a determinados valores –principios democráticos y de convivencia-.

El ideario o carácter propio ha sido definido por Ortiz Díaz como un sistema coherente de ideas o principios generales destinados a engendrar y desarrollar un proyecto de enseñanza. Y en cuanto a su alcance el ideario no se circunscribe exclusivamente a los aspectos morales y religiosos sino también a otros aspectos:

<sup>365</sup> STS de 10 de noviembre de 2000, FJ. 3, punto 3, párrafos 2 y tres, (RJ. 330).

<sup>366</sup> STC 5/1981, 13 febrero, FJ. 8, párrafo 1.

<sup>367</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 196

pedagógicos, culturales, lingüísticos, deportivos, científicos, conforme con la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1981 de 13 de febrero.

A este tema, conflictivo en la etapa de la transición, y dada su importancia, nos referiremos ampliamente en el capítulo siguiente.

#### 10. LA IGLESIA CATÓLICA COMO TITULAR DE CENTROS DOCENTES. ALUSIÓN A OTRAS IGLESIAS, CONFESIONES Y COMUNIDADES RELIGIOSAS NO CATÓLICA.

Cuando se ha hablado de los sujetos titulares de un centro docente, nos hemos referido en general a las personas físicas, jurídicas, nacionales y extranjeras. Ahora nos vamos a referir en concreto a la Iglesia católica como titular de centros docentes.

Ello se explica en base a dos razones:<sup>368</sup> una, puramente práctica, el indiscutible dato que gran parte de los centros privados existentes en España tienen por titular a entes de la Iglesia católica. Y a su vez, ese elevado número de centros docentes de titularidad eclesiástica se explican por dos motivos –afirma Ibán– de una parte, el dato histórico de la secular desatención del Estado hacia la enseñanza, que provocó, y le debe ser agradecido, el práctico monopolio del sistema educativo por parte de la Iglesia. Junto a ello un dato actual: la vocación de la Iglesia de estar presente en ese ámbito, pues es sabedora de que el mejor modo de delinear la sociedad futura es actuando sobre las futuras generaciones de adultos.

Y la segunda razón es de carácter normativo que conecta con el artículo 27.6 CE y artículo 27.3 CE, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

##### 10.1. AEAC: principios generales y derechos reconocidos en el Acuerdo.

Entre el Estado Español<sup>369</sup> y la Santa Sede se firman unos Acuerdos el 3 de enero de 1979,<sup>370</sup> entre los que se encuentra el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales (AEAC).

Este Acuerdo recoge como *principios generales*:<sup>371</sup>

1. Libertad civil en materia religiosa (artículo 16 CE) que, por ser de todos, afecta primordialmente a los padres, alumnos, profesores, al Estado y a la Iglesia.
2. La igualdad jurídica ante la Ley que excluye la discriminación y la situación privilegiada.
3. La necesidad de coordinación de derechos y cooperación con la Iglesia en materia educativa.

Y los *derechos* recogidos en el AEAC de 1979 son, entre otros:

- 1) El derecho a abrir centros docentes propios como consecuencia del derecho de libertad escolar, pero sometido a la legislación que en su día establezca el Estado, en cuanto al modo de realizar las actividades docentes, ámbito de autonomía, el valor de estudios y carreras cursados. Así el artículo IX dispone que “Los centros docentes de

<sup>368</sup> Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa...* cit., p. 54; Ibán I.C., *Enseñanza...* cit., pgs. 411 y ss.

<sup>369</sup> Estado aconfesional conforme al artículo 16 CE y neutral en materia religiosa.

<sup>370</sup> Ratificados el 4 de diciembre de 1979 y publicados en el BOE el 15 de diciembre de ese mismo año.

<sup>371</sup> Corral Salvador C., *Acuerdos Iglesia-Estado en España*, ed. B.A.C., Madrid, 1999, p., 279

nivel no universitario, cualquiera que sea su grado y especialidad, establecidos o que se establezcan por la Iglesia, se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer sus actividades”.

Si tenemos en cuenta la definición de centros docentes públicos y privados y concertados que realiza el artículo 64.2 LOCE, los centros docentes creados por las Ordenes e Instituciones religiosas de la Iglesia católica son centros privados y le son de aplicación las normas de centros privados en general.<sup>372</sup> Los Titulares de centros privados tienen el derecho a dirigirlos (artículo 21.1 LODE) y a establecer su carácter propio (artículo 73 LOCE).

2) El Derecho a abrir centros de formación para los propios ministros de culto, en cuanto constituye una de las facultades comprendidas en la libertad religiosa.

Así el artículo VIII establece que “La Iglesia católica puede establecer Seminarios Menores diocesanos y religiosos, cuyo carácter específico será respetado por el Estado. Para su aplicación como centros de Educación General Básica, de Bachillerato Unificado polivalente o de Curso de Orientación Universitaria,<sup>373</sup> se aplicará la legislación general, si bien no se exigirá ni número mínimo de matrícula escolar, ni la admisión de alumnos en función del área geográfica de procedencia o domicilio de familia”.<sup>374</sup> La explicación de no exigirse estos dos requisitos se encuentra en que se trata de seminarios menores a los que acuden alumnos con “vocación religiosa”<sup>375</sup>, posiblemente futuros ministros de culto.

10.2. El derecho a establecer centros docentes en el ordenamiento canónico. Acepciones y clasificación de escuelas católicas. Datos estadísticos en la Comunidad Autónoma de Madrid.

El Código de Derecho Canónico reconoce el derecho que tiene la Iglesia a establecer y dirigir escuelas de cualquier materia, género y grado (canon 800). Y lo reafirma<sup>376</sup> por *derecho natural*, en cuanto sociedad humana que quiere seguir prestando su oficio de educación tal y como lo ha venido haciendo desde siglos en pro de la sociedad; y por *derecho positivo*, en cuanto comunidad religiosa fundada por Cristo para transmitir y hacer vivir el evangelio, sirviéndose de la escuela.

Puede fundar y dirigir centros no solo para la educación religiosa sino todo tipo de centros docentes.

Los centros docentes que la Iglesia reconoce son las escuelas católicas, que son aquellas que dirige la autoridad eclesiástica pública competente o una persona jurídica eclesiástica pública o que la autoridad eclesiástica reconoce como tal mediante documento escrito (canon 803, párrafo 1).

---

<sup>372</sup> El Capítulo I De los principios generales (artículos 63 a 70) del Título I De los centros docentes; así como el Capítulo III De los centros privados y Capítulo IV De los centros concertados del mismo Título I de la LOCE. Los artículos de la LODE que estén vigentes, los artículos 21 (los titulares de centros privados), 23 (autorización), 24 (facultades académicas y requisitos mínimos), 25 (centros privados no concertados) y 26 (órganos de participación en los centros privados). Y las disposiciones reglamentarias que los desarrollan.

<sup>373</sup> Con respecto a las denominaciones de centros, niveles educativos, vid., protocolo final del AEAC

<sup>374</sup> Vid., la Disposición final segunda de la LODE, y canon 234 del Código de Derecho Canónico (CIC).

<sup>375</sup> Niños que aceptan formalmente la hipótesis de una vocación, dice la Iglesia.

<sup>376</sup> Corral Salvador C., Acuerdos... cit., p. 311



La escuela católica tiene dos acepciones:<sup>377</sup> 1) en sentido doctrinal: por escuela católica se entiende la que imparte una educación imbuida del espíritu cristiano y aquella en que la formación y educación se funda en los principios de la doctrina católica (cánones 802-803).

2) No serán jurídicamente escuelas católicas, aunque se acomoden en sus enseñanzas a la doctrina católica, las fundadas por el Estado, las Corporaciones públicas o civiles o las personas privadas, aunque se trate de católicos. Serán solo las que cumplen los siguientes requisitos: acomodación a la doctrina católica y el reconocimiento de la autoridad eclesiástica.

Por su titularidad pueden ser:

- Escuelas o Centros Diocesanos (episcopales o parroquiales). En la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM) existen 25 centros en total, de los que 3 son de titularidad parroquial.
- De Persona Jurídica Eclesiástica Pública (Órdenes o Congregaciones religiosas o Institutos de vida consagrada), en la CAM existen un total de 238 centros, de los que 192 centros se encuentran en Madrid-capital, y 46 centros en los pueblos de la Comunidad de Madrid. Y pertenecen a 127 Congregaciones, Órdenes religiosas... distintas.
- De Personas –físicas o jurídicas-, previo reconocimiento de la Autoridad Eclesiástica (Fundaciones, Asociación Civil, Obra Social, Cooperativas...), en Madrid-capital existen 31 centros y 10 centros en los pueblos de la CAM.<sup>378</sup>

Hay en España un total de 2698 centros no universitarios católicos; Universitarios 196 centros; y de Estudios eclesiásticos 86 centros.<sup>379</sup>

### 10.3. Los Seminarios menores.

El derecho de la Iglesia a establecer Seminarios menores es una manifestación de la libertad religiosa, y pone de manifiesto que cualquier intromisión del Estado en esta materia pudiera ser interpretada como “manifestación de jurisdiccionalismo o de una confesionalidad que no tendría cabida en nuestro ordenamiento. Un mínimo realismo hace comprender que las cosas no son así: en principio los Seminarios se establecen para formar futuros sacerdotes, pero no todo seminarista llega a serlo; de otra parte nuestro sistema educativo establece la obligatoriedad de la enseñanza en ciertos niveles; ignorar esta realidad, no tener en cuenta en medida alguna a los seminarios, llevaría a una de estas dos consecuencias:

- o se obligaría, en buena medida a duplicar los estudios de los seminaristas –en el seminario y en el centro docente ordinario- ya que los estudios eclesiásticos carecerían de validez.
- o bien se incumpliría el mandato de escolarización obligatoria.<sup>380</sup>

---

<sup>377</sup> Ibidem,

<sup>378</sup> Información extraída de la Guía de Centros Educativos Católicos. Consejo General de la Educación Católica. F.E.R.E. 2002.

<sup>379</sup> Ibidem.

<sup>380</sup> Iban I.C., *La enseñanza...* cit., p. 429

### 10.3.1. Regulación en el Código de Derecho Canónico, en el AEAC de 1979 y en la LODE.

Los Seminarios Menores como centros docentes eclesiásticos no universitarios de enseñanza eclesiástica y no eclesiástica –profana-, está regulado en el canon 234 que dispone: “Consérvense donde existen y fórmense los seminarios menores y otras instituciones semejantes, en los que, con el fin de promover vocaciones, se dé una peculiar formación religiosa, junto con la enseñanza humanística y científica; e incluso es conveniente que el Obispo diocesano, donde lo considere oportuno, provea a la erección de un seminario menor o de una institución semejante”.

Según nota de la Sagrada Congregación para la Educación Católica de 7 de junio de 1976, “el Seminario Menor no está creado para cultivar las vocaciones ciertas –la edad de los alumnos no lo admite- sino para estudiar los signos de una vocación posible (...). El Seminario Menor admite a los niños que aceptan formalmente –ellos y su familia- la hipótesis de una vocación” que necesita ser protegida y fomentada en un clima adecuado de formación.

El Seminario Menor se distingue del Mayor, en que se exige un germen de vocación, no la vocación adquirida; y se distingue de un simple colegio católico en que es una institución vocacional por definición.

Se imparte una formación genérica y una específica –eclesiástica-, reguladas en el ordenamiento civil y en el canónico, lo que exige un recíproco compromiso: para el Estado el de respetar el carácter específico; para la Iglesia el de aplicar la legislación general civil a la enseñanza humanística y científica.<sup>381</sup>

Así el artículo VIII del AEAC afirma que para su clasificación como centro de Educación Primaria, Educación Secundaria, Bachillerato se aplicará la legislación general, si bien –como excepción- no se exigirá ni el número mínimo de matrícula escolar, ni la admisión de alumnos en función del área geográfica de procedencia o domicilio de la familia, como ya hemos visto.

La Disposición Final Segunda de la LODE establece que “se autoriza al Gobierno para adaptar lo dispuesto en esta Ley a las peculiaridades de los centros docentes de carácter singular y que estén acogidos a convenios entre el Ministerio de Educación y Ciencia y otros Ministerios, o cuyo carácter específico esté reconocido por acuerdos internacionales de carácter bilateral”. Como es el caso de los Seminarios Menores.

### 10.3.2. Régimen jurídico y económico.

Es la O.M. de 28 de febrero de 1994 la que se refiere a la autorización como centros privados de los Seminarios Menores Diocesanos y Religiosos y dispone que “podrán obtener autorización, como centros docentes privados de Educación Primaria y de Educación Secundaria Obligatoria, Bachillerato y Ciclos Formativos de Grado Medio” (artículos 1, 2, 6, 13).

La autorización está sometida al cumplimiento de una serie de requisitos mínimos, a la normativa general de enseñanzas mínimas y del currículo de los distintos niveles educativos y a las titulaciones académicas correspondientes.

---

<sup>381</sup> Corral Salvador C., Acuerdos... cit., p. 308

Con respecto al currículo, la Orden de 11 de enero de 1996 adapta el currículo y el horario de la Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato al carácter propio de los Seminarios Menores Diocesanos y Religiosos de la Iglesia Católica (artículos 1, 2, Anexo I-IV).

En cuanto al régimen económico de los Seminarios Menores, está regulado en la O.M. de 28 de febrero de 1994, en los artículos 7, 8, 9, conforme al artículo XIII del AEAC, los alumnos tendrán derecho a las subvenciones, becas, beneficios y otras ayudas determinadas. Los Seminarios recibirán una subvención del Estado por alumno y se consideran asimilados a las Fundaciones benéfico docentes.<sup>382</sup>

### 10.3.3. Alusión a los Convenios celebrados entre la Iglesia y las distintas Comunidades Autónomas.

Entre los convenios celebrados entre la Iglesia y las Comunidades Autónomas cabe mencionar el Convenio entre la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y las Diócesis de la Provincia Eclesiástica de Toledo en materia de enseñanza religiosa católica y su profesorado, Seminarios Menores Diocesanos y Religiosos y Colegios católicos, en los niveles no universitarios de 17 de septiembre de 2001,<sup>383</sup> se refiere a los Seminarios Menores en los artículos 10 a 12, recogiendo la normativa por la que ha de regirse: “1. La Junta de Comunidades de Castilla La Mancha aplicará lo previsto en el RD 1004/1991 y la OM de 28 de febrero de 1994 que lo desarrolla, sobre la peculiaridad y requisitos mínimos para el establecimiento de Seminarios diocesanos y de religiosos previsto en el artículo VIII del AEAC. 2. En dichos centros se aplicará lo previsto en la OM de 11 de enero de 1996 que adapta el currículo y el horario de la ESO y el Bachillerato al carácter propio de los mismos”(artículo 10).

Los Seminarios Menores expresarán la condición de tales en su ideario y la harán pública en el proceso de admisión del alumnado (artículo 11.1). Según el AEAC, los Seminarios Menores que por disposición administrativa se encuentren autorizados como centros docentes privados para impartir Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria percibirán una subvención por alumno de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha (artículo 11.2).

El acceso al sistema de becas para el alumno de los Seminarios Menores se ajustará a las mismas condiciones y derechos que determina la convocatoria general para el resto del alumnado. En el caso del alumnado de los Seminarios las ayudas de residencia convocadas por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y gestionadas por la Consejería de Educación y Cultura, se tramitarán sin tener en cuenta la proximidad del centro al domicilio familiar basándose en el nivel de cumplimiento de los requisitos económicos (artículo 12).

Y el Convenio General de Cooperación entre la Comunidad de Madrid y la Provincia Eclesiástica de Madrid, sobre enseñanza religiosa católica de 22 de marzo de

---

<sup>382</sup> Vid. Capítulo VIII de este trabajo, epígrafe 9: “Los centros concertados asimilados a las fundaciones benéfico-docentes.

<sup>383</sup> Firmado en Toledo por el Excmo. Sr. D. José Bono Martínez, Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha y el Emmo. y Rvdo. Sr. D. Francisco Álvarez Martínez, Cardenal Primado Arzobispo de Toledo, en representación propia y de los Obispos de la Diócesis de la Provincia Eclesiástica de Toledo. Por resolución de 21 de septiembre de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación se dispuso su publicación. B.O.C.M. de 28 de septiembre de 2001.

1999<sup>384</sup> dispone que de conformidad con el AEAC los alumnos de los Seminarios Menores de la Provincia Eclesiástica de Madrid, recibirán subvenciones para la gratuidad de la enseñanza y becas de residencia y transporte. Estos centros podrán tener planes de estudios acordes con su finalidad, previamente autorizados por la Consejería de Educación y Cultura (artículo 17.2).

10.4. Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas no católicas: el derecho a establecer centros docentes. LOLR de 1980 y los Acuerdos de 1992.

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR), que desarrolla el artículo 16 CE, dispone en su artículo 6, párrafo 2 que “ las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general”.

Y entre estos fines y derechos que comprende la libertad religiosa y de culto – garantizada por la Constitución- se encuentra el derecho de recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento (artículo 2.1.c.) y derecho a divulgar y propagar su propio credo (artículo 2.2.).

Por mandato constitucional el Estado ha de tener en cuenta las creencias de la sociedad española y podrá establecer Acuerdos o Convenios de cooperación con la Iglesia y demás confesiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.3 CE. Para ello dichas Confesiones han de cumplir una serie de requisitos mínimos establecidos en el artículo 7 de LOLR que afirma que “El Estado establecerá Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el registro y que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales”.

Hasta el día hoy se han firmado tres Acuerdos de Cooperación, en 1992, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (AFEREDE), aprobado por Ley 24/1992 de 10 noviembre; Acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas de España (AFCI), aprobado por Ley 25/1992 de 10 de noviembre; y Acuerdo con la Comisión Islámica de España (ACIE), aprobado por Ley 26/1992 de 10 noviembre.<sup>385</sup>

En el artículo 10, párrafo 6 de los distintos Acuerdos, con una redacción muy similar, se reconoce “el derecho a crear y dirigir centros docentes”. Así se dispone: “**Las Iglesias pertenecientes a la FEREDE podrán establecer y dirigir centros docentes** de los niveles educativos que se mencionan en el número uno<sup>386</sup> de este artículo, así como centros universitarios y seminarios de carácter religioso y otras instituciones de estudios

---

<sup>384</sup> Firmado en Madrid por el Sr. D. Alberto Ruiz Gallardón, Presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid, y el Emmo. Rvdo. Sr. D. Antonio María Rouco Varela, en representación propia y de los Obispos de la Diócesis de la Provincia Eclesiástica de Madrid y debidamente autorizado por la Santa Sede. Se hizo público por resolución de 22 de junio de 1999, BOCAM de 29 de junio de 1999.

<sup>385</sup> Los tres Acuerdos publicados en el BOE de 12 de noviembre de 1992. Con respecto a los Islámicos hay que decir que el Acuerdo se denomina Acuerdo con la Comisión Islámica de España, si bien en este tema existe la CIE –la Comisión Islámica de España- y la FEERI –Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas-.

<sup>386</sup> Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria.

eclesiásticos con sometimiento a la legislación general vigente en la materia (artículo 10-6 AFEREDE).

“Las comunidades pertenecientes a la *Federación de Comunidades Israelitas* podrán establecer y dirigir centros docentes de los niveles educativos que se mencionan en el número uno<sup>387</sup> de este artículo, así como centros universitarios y seminarios de carácter religioso con sometimiento a la legislación general vigente en la materia (artículo 10,6 AFCD).

*La Comisión Islámica de España, así como las Comunidades pertenecientes a la misma, podrán establecer y dirigir centros docentes* de los niveles educativos que se mencionan en el número uno<sup>388</sup> de este artículo, así como centros universitarios y seminarios de carácter religioso con sometimiento a la legislación general vigente en la materia ( artículo 10.6 ACIE).

En la actualidad no existe ningún centro establecido por la FEREDDE como tal Federación, ya que agrupa una gran variedad de Iglesias. Existen centros docentes evangélicos o de la Iglesia Adventista del Séptimo día y ésta también tiene un Seminario. Existen dos colegios judíos en España, cuya titularidad corresponde a la Comunidad judía correspondiente, la de Madrid y la de Barcelona. Y no existe centros docentes cuyo titular sea la Comunidad Islámica de España como tal, ni la UCIDE ni la FEERI, pero sí hay centros educativos extranjeros autorizados en España con ideario o carácter propio islámico.

---

<sup>387</sup> Ibidem

<sup>388</sup> Ibidem

## IV. DERECHO A LA CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES CON IDEARIO O CARÁCTER PROPIO.

### 1. INTRODUCCIÓN.

En el sistema educativo español existen centros docentes públicos, que han de ser neutrales y centros privados que pueden ser orientados ideológicamente en un determinado sentido; esto último es posible conforme a lo dispuesto en el artículo 27.6 CE: “se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”. Es decir, se reconoce el derecho a crear centros docentes, derecho que comprende además del derecho a dirigirlos, el derecho a establecer un ideario educativo.

El derecho a fijar un ideario o carácter propio del centro no lo recoge de forma expresa la Constitución, pero es un derecho con directa cobertura constitucional dado que la Carta Magna reconoce la libertad de enseñanza y posibilita el pluralismo de centros docentes y el ideario es un instrumento al servicio del pluralismo educativo, es el eje que posibilita la articulación del sistema del pluralismo educativo, ya que es el medio que define el carácter propio del centro docente.<sup>389</sup> Por tanto la cobertura constitucional genérica del derecho a establecer un ideario educativo está comprendida en el principio de libertad de enseñanza (artículo 27.1 CE),<sup>390</sup> y de forma más específica y concreta el ideario educativo es una consecuencia de la libertad de creación de centros docentes que se reconoce a las personas físicas y jurídicas en el artículo 27.6 CE.<sup>391</sup>

Y por otra parte, el ideario es el nexo o punto de convergencia que hace posible el ejercicio de dos derechos: el de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos. El ideario pone en conexión oferta y demanda educativa e integra dialécticamente la libertad de enseñanza activa y la libertad pasiva de elección educativa. Hay pues implicadas dos partes en el problema de la fijación del ideario: el fundador que realiza una oferta educativa y los padres y alumnos que se adhieren precisamente a esa oferta.<sup>392</sup>

Pero este derecho ha estado rodeado de polémica, como veremos más adelante; y así, esta interpretación de derecho con cobertura constitucional fue negada por algunos sectores hasta las sentencias del Tribunal Constitucional 5/1981 de 13 de febrero sobre la LOECE y 77/1985 de 27 junio sobre la LODE que ejercieron, una función interpretativa y pacificadora tanto en el ámbito jurídico como político y social, la primera de las sentencias mencionadas, y una función interpretativa aclaratoria y de conservación de la ley, la segunda.

---

<sup>389</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción ... cit.*, p. 55; Lorenzo Vázquez P., *En torno al “carácter propio” de los centros docentes*, Persona y Derecho, Humana Iura, núm. 4, 1994, p. 41.

<sup>390</sup> “El ideario es la expresión plástica del principio de libertad de enseñanza tal y como queda definido y explicado en todas las Declaraciones de Derechos Humanos de los organismos internacionales”, García Pérez, DSCD núm. 69 de 4 marzo de 1980, p. 4608; y De la Vallina Velarde, *Ibidem*, p. 4624.

<sup>391</sup> Lorenzo Vázquez P., *En torno al “carácter propio” ...cit.*, p. 42

<sup>392</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...cit.*, pgs. 196-197.

El Tribunal Constitucional reconoció el derecho a la fijación del ideario y estableció unos límites: “El derecho a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los derechos, principios y declaraciones de la Constitución, forma parte de la libertad de creación de centros...”<sup>393</sup>

La polémica tenía lugar por dos razones:<sup>394</sup> 1) Unos grupos políticos veían connotaciones negativas en el término “ideario”. Identificaban al ideario –derivado de ideología- con dogmatismo;<sup>395</sup> la explicación de ello podría ser el uso partidista de este término y la experiencia inmediata y concreta relativa al enfoque de la enseñanza durante el régimen político de Franco.

2) En la LOECE –Ley que en sus artículos 15, 18 y 34 reconoció el derecho a la fijación de un ideario educativo y reguló su articulación con el resto de los derechos constitucionales- el respeto al ideario iba a actuar como límite a la libertad de cátedra de los profesores y a la actividad de las Asociaciones de padres de alumnos.

Otro inconveniente era que, ante un posible conflicto entre ideario y libertad de cátedra, hubo una tendencia a reducir su contenido a los aspectos religiosos y morales, considerando el ideario del centro como un instrumento para facilitar a los padres el derecho del artículo 27.3 CE. En este sentido Suárez Pertierra manifestó que “no tiene sentido, ni la Constitución estaba pensando en ello al mencionar la libertad de enseñanza, proteger el derecho al ideario por sí mismo, sino en función directamente del derecho constitucional de los padres a elegir la formación religiosa y moral que a sus hijos se imparta”.<sup>396</sup>

Así pues, el derecho a establecer el ideario es una faceta del derecho a la libertad de creación de centros docentes, que es a su vez, una manifestación de la libertad de enseñanza, o dicho de otra forma, el núcleo central de la libertad de enseñanza. Y un elemento determinante, también a tener en cuenta, es la financiación de los centros. Si uno de estos dos elementos –libertad de creación de centros y financiación- se descuidase la libertad de enseñanza padecería, o bien porque con la falta de apoyo legislativo nunca podría desempeñar la función social que está llamada a realizar, articulando una oferta educativa plural, o bien quedaría reducida, por falta de recursos, a una mera fórmula sin contenido real.<sup>397</sup>

Otaduy Guerin subraya que en este tema se han de tener en cuenta argumentos pedagógicos, políticos y jurídicos,<sup>398</sup> concretando el aspecto ideológico porque es importante una unidad de criterio en la línea pedagógica a seguir por el centro, combinándolo con su regulación jurídica; el aspecto político, porque es conveniente conocer el debate político sobre el ideario para entender su polémica y complejidad, tanto histórica como en el momento de la transición; y el aspecto jurídico, viendo la

---

<sup>393</sup> STC 5/81 de 13 febrero, FJ. 8

<sup>394</sup> Otaduy Guerin J. Presentación, *Ius Canonicum*, núm. 77, Universidad de Navarra, 1999, p. 13; Martí Sánchez J.M., *Factor religioso y enseñanza en España*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 2000, pgs. 433-434.

<sup>395</sup> Vid., Debates parlamentarios.

<sup>396</sup> Suárez Pertierra G., *Reflexiones acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario del centro educativo*, Anuario de Derechos Humanos, 1983, p. 642.

<sup>397</sup> Martí Sánchez J.M., *Factor religioso...cit.*, pgs. 434-435; Rodríguez Coarasa C., *La libertad de enseñanza en España*, Ed., TécnoS, Madrid, 1998, p. 238 y ss.; Lozano B. *La libertad de cátedra*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, UNED, pgs. 254-255.

<sup>398</sup> Y este es el esquema que seguiremos porque consideramos muy acertado para comprender, de forma completa, esta cuestión del ideario.

regulación que han ido realizando las distintas leyes que han desarrollado el artículo 27 de la Constitución.

## 2. EL IDEARIO O CARÁCTER PROPIO.

### 2.1. Aspectos Pedagógicos de la acción educativa.

Otaduy distingue cuatro códigos normativos que pueden regular la actividad de la comunidad educativa:<sup>399</sup>

#### 2.1.1. *El proyecto educativo.*

El proyecto educativo que es un documento pedagógico. Ha sido definido como “el instrumento para la planificación a medio plazo que enumera y define las notas de identidad del mismo, establece el marco de referencia global y los planteamientos educativos que lo *definen* y *distinguen*, formula *las finalidades educativas* que pretende conseguir y expresa la estructura organizativa del centro.

Su objetivo es dotar de coherencia y personalidad propia a los centros.<sup>400</sup> El proyecto educativo se puede considerar como un eslabón entre el contenido del carácter propio del centro y el de planificaciones y programaciones de las diversas secciones, áreas, departamentos y sectores de la actividad, es decir, la programación anual.<sup>401</sup>

#### 2.1.2. *El Reglamento de régimen interior.*

El Reglamento de régimen interior que es el documento administrativo.<sup>402</sup> Este reglamento debe incluir el conjunto de criterios, orientaciones y preceptos que regulan el funcionamiento interno del centro, en todos los aspectos que inciden en la acción educativa, como el modelo de gestión, con descripción completa de los órganos de gobierno unipersonales y colegiados, los estatutos de la comunidad educativa...<sup>403</sup>

Corresponde al Titular la responsabilidad de coordinar la elaboración del Reglamento de régimen interior del centro, ya que se trata de una prolongación de su carácter propio.<sup>404</sup>

El Titular debe asegurar la continuidad y correcta aplicación del contenido del carácter propio del centro y uno de los medios para ello es el Reglamento de régimen interior.<sup>405</sup>

#### 2.1.3. *Los programas.*

Los programas que son los documentos didácticos, también denominado proyecto curricular.<sup>406</sup> Se refiere a los aspectos didácticos-metodológicos y criterios de evaluación.

---

<sup>399</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción...* cit., p. 56

<sup>400</sup> Artículo 1 del apartado II de la Resolución de 27 de julio de 1995 de la Dirección General de Planificación del Sistema Educativo sobre Organización y Funcionamiento de los Centros de la Comunidad Autónoma de Andalucía. BOJA núm. 110. En Salguero M. *Libertad de Cátedra y Derechos de los Centros Educativos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997, nota 111, p. 275

<sup>401</sup> Riu i Rovira F., *Todos tienen derecho...* cit., p. 239

<sup>402</sup> En la Resolución mencionada habla de Reglamento de Organización y funcionamiento.

<sup>403</sup> Riu i Rovira F., *Todos tienen derecho...* cit., p. 241

<sup>404</sup> Si se trata de centros privados concertados, vid., Capítulo III, epígrafe 9.2.4.6. de este trabajo, p.86

<sup>405</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 20, párrafo 2.



Se entiende por currículum el conjunto de objetivos, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada uno de los niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo.<sup>407</sup> Y hay que tener en cuenta que, en relación con los objetivos, contenidos y criterios de evaluación del currículum, *el gobierno fijará las enseñanzas comunes* que constituyen los elementos básicos del currículum, con el fin de garantizar una formación común a todos los alumnos y la validez de los títulos correspondientes. A los contenidos de las enseñanzas comunes les corresponde en todo caso el 55% de los horarios escolares en las Comunidades Autónomas que tengan otra lengua cooficial, y el 65% en el caso de aquellas que no la tengan.<sup>408</sup>

Las Administraciones Educativas competentes establecerán el currículum de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo que deberá incluir las enseñanzas comunes en sus propios términos.<sup>409</sup>

#### 2.1.4. *El ideario.*

El ideario que es el documento ideológico, el código ideológico del centro docente que orienta la tarea educativa. Es el signo mediante el cual cada escuela manifiesta su identidad, su espíritu educativo propio.<sup>410</sup>

Los padres eligen una escuela por cómo es, por las convicciones religiosas o filosóficas que la inspiran, por el proyecto educativo, pedagógico y de pensamiento que la caracteriza. Si esto no existiera, no habría libertad de elegir, y esa libertad es la que

---

<sup>406</sup> El artículo 2 de la Resolución de 27 de julio de 1995, antes mencionada, afirma que “los elementos que configuran el proyecto del centro como instrumento para la planificación a largo plazo son: las finalidades educativas del centro, el proyecto curricular del centro y el reglamento de organización y funcionamiento”.

<sup>407</sup> Artículo 8.1. LOCE

<sup>408</sup> Artículo 8.2. LOCE.

<sup>409</sup> Artículo 8.3 LOCE. Los aspectos didácticos-metodológicos y criterios de evaluación están recogidos por el legislador en la LOCE en el artículo 1. letra l); artículo 10.5 para Educación Preescolar; artículo 13.2 para Educación Infantil; artículo 16.5 para Educación Primaria; artículo 24.1 para Educación Secundaria Obligatoria; artículo 35.8 para Bachillerato, así como el artículo 34.3. de la LOGSE para Formación Profesional.

Por otra parte ha surgido la polémica en algunas Comunidades Autónomas acerca de la potestad del Gobierno de dictar las enseñanzas comunes. Así el Ejecutivo catalán duda de la constitucionalidad de tales artículos ya que en su opinión las enseñanzas comunes deberían ser aplicadas por las Comunidades Autónomas. Lo considera así también la Comunidad Balear para la que la LOCE impide la adaptación de la enseñanza a la realidad de las características culturales, lingüísticas, geográficas, demográficas y sociales de cada Comunidad Autónoma. Asturias afirma que esta ley sustrae competencias o quedan relegadas a meras consultas, en aspectos como las titulaciones, modalidades de Bachillerato y la promoción de curso. Y la Consejería de Educación y Cultura de Castilla-La Mancha, afirma que se invade competencias en lo relativo a la Educación con necesidades educativas especiales, la ejecución de la enseñanza no universitaria y la organización de los estudios. Vid. Periódico El Rotativo, Universidad San Pablo CEU, de 3 de mayo de 2003, p. 19.

El Informe del Ministerio de Administraciones Públicas (Dirección General de Política Autonómica), a los efectos del artículo 24.3. de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno sobre el proyecto de RD por el que se establece las Enseñanzas Comunes de la Educación Primaria, y tras citar jurisprudencia constitucional recaída en materia de enseñanzas mínimas -las SSTC 87/1983 y 88/1983-, ha señalado que “en principio el Estado se encuentra habilitado para dictar la regulación proyectada, al amparo del artículo 149.1.1ª y 30ª de la Constitución, si bien, en la medida en que el proyecto reproduce algunos preceptos de la LOCE posteriormente impugnados en recursos de inconstitucionalidad, previsiblemente dichos artículos del proyecto suscitarán también controversia competencial...” Vid., Dictamen del Consejo de Estado de 12 de junio de 2003, Núm. 1.614/2003, apartado séptimo.

<sup>410</sup> Ortiz Díaz J., *La libertad de enseñanza...*cit., p.201.

garantiza la fijación de un ideario que ni es política, ni es ideología ni es partidista, sino que es sencillamente coherencia de pensamiento para establecer, para fundar, para dirigir y para llevar adelante una escuela.<sup>411</sup>

#### 2.1.4.1. Concepto de ideario.

Ideario es un concepto que no se define en la Ley, ni se determina claramente su alcance, aunque sí se le impone algunas claras limitaciones y se le somete a algunas exigencias, siempre dentro de un marcado laconismo.<sup>412</sup>

Entre la doctrina existe una gran variedad de definiciones. Así J.M. Moreno lo define como “un sistema coherente de ideas o principios generales destinados a engendrar y dirigir un proyecto de enseñanza”.<sup>413</sup>

Ortiz Díaz afirma que “es un conjunto de principios básicos y fundamentales que sintetizan la orientación última que define un centro educativo ante los padres, los alumnos, los profesores y ante la sociedad en general”.<sup>414</sup>

Según Salguero es “un marco ideológico de referencia que conlleva una determinada orientación axiológica preestablecida, expresada en un proyecto educativo coherente”, y pone de manifiesto que todos los conceptos de ideario giran en torno a la idea de cosmovisión o singularidad ideológica plasmada en un proyecto docente.<sup>415</sup>

Herrero y Rodríguez de Miñón afirma que “el ideario supone unos valores procedentes de la visión, más o menos completa, más o menos coherente, que se tenga sobre el mundo y el Hombre y comprende, además unos principios y objetivos educativos derivados de esos valores.”<sup>416</sup>

El ideario no se agota en la plasmación de determinados valores o principios sino que además, se le dota de una eficacia jurídica obligatoria del centro docente.<sup>417</sup>

Ortiz Díaz hace hincapié en lo que no es un ideario y afirma que no se trata de un medio de presión sobre el profesorado sino que -tanto para éstos como para los padres- es una forma práctica, adecuada, real y efectiva para que la elección de centro se realice con conocimiento de causa y con las debidas garantías.

Y tampoco es un “ghetto” ideológico ni un obstáculo a la convivencia, sino que facilita ésta porque se sabe a qué atenerse y se eliminan suspicacias y desconfianzas.<sup>418</sup>

Otros autores como Suárez Pertierra, y con motivo de la regulación del ideario en la LOECE, señalan que el derecho a la igualdad y no discriminación se ve dificultado cuando se exige a los profesores un compromiso previo, y de valor sucesivo, de adhesión al ideario del establecimiento, y añade que incluye una discriminación porque puede ser utilizado en términos de negativa de empleo.<sup>419</sup> Y Embid Irujo matiza que un ideario no podrá ser nunca una explicación monolítica excluyente de los problemas de

---

<sup>411</sup> García Pérez en DSCD núm. 69 de 4 de marzo de 1980, p. 4609.

<sup>412</sup> Martínez López-Muñiz J.L., *Requisitos y efectos jurídicos del carácter propio de los centros educativos*, Ius Canonicum núm. 77, Universidad de Navarra, 1999, p. 15.

<sup>413</sup> Moreno G., JM, *Ideario y proyecto educativo de los centros de enseñanza*, Revista Razón y Fe núms. 944-945, 1976, p. 167 y ss.

<sup>414</sup> Ortiz Díaz J., *La libertad de enseñanza...cit.*, p. 202. Y el Documento de la FERE “Líneas concretas de participación en nuestros centros”, Madrid, 1978, p. 7 y ss.,

<sup>415</sup> Salguero M. *Libertad de Cátedra... cit.*, p. 198.

<sup>416</sup> Herrero Rodríguez de Miñón M., DSCD núm. 74 de 13 de marzo de 1980, p. 4962.

<sup>417</sup> Expósito E. *La libertad de cátedra*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 242.

<sup>418</sup> Ortiz Díaz J., *La libertad de enseñanza...cit.*, pgs. 203 y 34.

<sup>419</sup> Suárez Pertierra G., *Reflexiones acerca de...cit.*, p. 637.

la concepción del mundo y del Hombre puesto que ni la Constitución contiene tal tipo de valor ni la ciencia es uniforme en su interpretación.<sup>420</sup>

Por lo que cabe concluir que el ideario se refiere a aquellos aspectos fundamentales que caracterizan y definen la forma de impartir la enseñanza en un centro educativo, que le diferencian de los demás centros, y que informan a los padres a la hora de elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos, contribuyendo con ello al pluralismo externo de centros docentes

#### 2.1.4.2. Tipos de ideario.

J.M. Moreno<sup>421</sup> realiza en 1976 un estudio sobre las clases de ideario que pueden darse: a) *el ideario monobásico* en el que la fuente única de conocimiento válido es la ciencia. El ideario resulta del análisis del dato real y considera al centro de enseñanza como una comunidad educativa con actitud democrática; b) *el ideario bibásico* cuya fuente de conocimiento es la ciencia y la filosofía y un ejemplo puede ser el ideario marxista, insiste en la formación humana de los educandos, prescindiendo de la clase de humanismo que se trate de inculcar; c) *el ideario tribásico* que tiene como fuente de conocimiento la ciencia, la filosofía y la revelación o concepción trascendente del mundo, del Hombre y de su destino y un ejemplo es la educación católica, insiste en la formación religiosa de la juventud y adopta el humanismo cristiano.

*Desde el punto de vista pedagógico* el mismo autor pone de manifiesto la relación que el ideario tiene con conceptos como pluralismo, libertad y coacción. Así,

· Pluralismo implica la conciencia de que la Humanidad pertenece a diferentes razas, lenguas, culturas y edades y expresa el consenso sobre la absoluta necesidad de convivencia pacífica y respetuosa de todos los grupos humanos, sean mayoritarios o minoritarios. Y ello supone esforzarse obligatoriamente por asimilar las pautas de las demás culturas, lenguas y razas.

Si partimos que todo centro educativo tiene derecho a elaborar su propio ideario y diseñar, de acuerdo con él, su propio proyecto educativo; y si pluralismo se opone a uniformidad, pluralismo en pedagogía no puede ser sino la libre y armoniosa coexistencia de todo tipo de centros a nivel público y a nivel privado.

· La libertad de enseñanza entendido como libertad de centros de diferente proyecto e ideario.

· Coacción, entendida como el hecho o la pretensión de imponer el mismo tipo de ideario y de proyecto a todos los centros. Pero el artículo 16 de la Constitución de 1978 reconoce y garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto. Y ello supone inmunidad de coacción tanto frente al Estado como frente a terceros.

En cuanto a otras clases de ideario, se pueden señalar los siguientes:

- Idearios patentes, aquellos idearios coherentes con otros idearios y aceptables en una sociedad pluralista y democrática. Y los idearios latentes o no confesados, y son los más peligrosos porque en el imperio de lo oculto es donde está el peligro.<sup>422</sup>

- Ideario confesional y ateo.

- Ideario pluralista, cuando se piensa que lo mejor es educar dando entrada a un conjunto de corrientes de pensamiento. Y el ideario neutro en el que se prefiere una

---

<sup>420</sup> Embid Irujo A., *Las libertades...* cit., p. 325

<sup>421</sup> Moreno G., *Ideario...* cit., pags. 168-174

<sup>422</sup> Herrero Rodríguez de Miñón M., DSCD núm. 74 de 13 de marzo p. 4962

educación aséptica y al margen de cualquier línea inspiradora, y esto también sería un ideario.<sup>423</sup>

Desde otro punto de vista, pero haciendo también referencia al pluralismo, en los debates parlamentarios de 1978 –con motivo de la redacción del actual artículo 27 CE– el diputado Sr. Barrera Costa se refirió al “pluralismo pedagógico” que existió desde principios del siglo XX hasta la guerra civil en un Patronato escolar de Barcelona, y existió gracias a las subvenciones municipales. Este sistema se fundamentaba en el pluralismo –y, matizaba, no precisamente ideológico– sino en cuanto concepciones pedagógicas y en cuanto a la forma de enseñanza, y tenían, por ejemplo, la escuela del mar, la escuela de bosque, en la que el medio natural se utilizaba como soporte del método educativo y tenían escuelas de todo tipo en las que los educadores podían hacer no solamente experimentos educativos, sino que podían desarrollar sus concepciones dentro de unas normas y dentro de unas garantías.

Y de la misma manera que esto funcionó muchos años, con monarquía y con república y funcionó muy bien, añade el Sr. Diputado, que en su opinión esto podría funcionar en un sistema de escuela pública en el cual se asegurase el pluralismo ideológico.<sup>424</sup> Recordemos que en los Debates parlamentarios y con referencia al pluralismo escolar se distinguían dos posiciones ideológicas confrontadas: un modelo de pluralismo interno propio de la escuela ideológicamente neutra y un pluralismo externo de centros ideológicamente caracterizados.

Autores como Isaacs David<sup>425</sup> comenta que en una organización educativa sus titulares tienen un pensamiento o unas convicciones que pueden entenderse como principios operativos que identifican al centro –el carácter propio– y pone como ejemplo si una persona entiende que los educandos necesitan recibir una atención personalizada y coordinada con el fin de poder desarrollar sus capacidades y cualidades personales al máximo, es probable que organice algún tipo de sistema tutorial con que este tipo de atención sea posible.

Y así, si una persona entiende que los jóvenes de hoy día necesitan saber tres idiomas a fin de conseguir un puesto de trabajo, es posible que realice las operaciones necesarias para crear y organizar un centro educativo plurilingüe, que cuente con profesores plurilingües, que introduzca cada lengua en el momento determinado, que establezca una o varias lenguas para la comunicación habitual en el centro, etc...<sup>426</sup>

## 2.2. Aspectos Políticos: el ideario en los Debates Parlamentarios.

El tema del ideario se abordó a nivel parlamentario con motivo del debate de la LOECE. Es la primera Ley que regula y menciona expresamente el derecho a fijar un ideario educativo y su articulación con el resto de los derechos constitucionales de los miembros de la comunidad escolar en los artículos 15,18, y 34.

Se llevó a cabo un debate amplio, analizando cada uno de los argumentos a favor y en contra del ideario, en todos sus aspectos: semántico, histórico, didáctico,

---

<sup>423</sup> Fernández Galiano Fernández, DSS núm. 56 de 27 de mayo de 1980, p. 2553.

<sup>424</sup> Barrera Costa, DSCD núm. 106 de 7 de julio de 1978, p. 4033

<sup>425</sup> Isaacs David, *Posibilidades y limitaciones del carácter propio de los centros educativos concertados en la realidad*, Ius Canonicum, núm. 77, Universidad de Navarra, 1999, pgs. 44-45.

<sup>426</sup> Este segundo supuesto es lo que la LOCE de diciembre de 2002 denomina centros con especialización curricular en base a su autonomía pedagógica (artículo 66.1).

pedagógico, económico; todo ello en un ámbito constitucional, pues ya había sido aprobada y promulgada la Constitución de 1978, donde se reconocía –utilizando una fórmula general- el derecho a crear centros y no se aludía de forma expresa al ideario del centro. Fue un debate en que se hicieron multitud de afirmaciones de toda índole, que debían ser justificadas, argumentadas, asentadas sobre datos, sobre razonamientos ya que de no ser así –como afirma el senador Fernández Galiano- no puede tener más valor que el puramente retórico.<sup>427</sup>

Debate que se desarrolló con una cierta crudeza ya que se partía de dos ideas muy distintas, enfrentadas, que se remontaban, fundamentalmente, a la historia más inmediata anterior.<sup>428</sup> Sagaseta Cabrera lo describe de la forma siguiente: “cuando la izquierda ha estado combatiendo la palabra *ideario* se sabía perfectamente a cual se refería, al ideario de la propiedad privada, al ideario de la competitividad, al ideario de la insolidaridad humana, al ideario del autoritarismo, al ideario de los que tienen todos los medios de producción en sus manos, mientras la inmensa mayoría de los ciudadanos son explotados”.<sup>429</sup>

El debate parlamentario también se caracterizó porque ambas partes dieron sus argumentos y explicaciones y todos buscaban la tolerancia y convivencia en el pluralismo político y por ende también en el pluralismo educativo.<sup>430</sup>

Herrero y Rodríguez de Miñón afirma que el ideario es un principio de pluralidad y libertad porque existen límites a esos idearios, porque el ideario, con uno u otro nombre, está reconocido en el mundo libre al que pertenecemos, porque en la Constitución y en esta ley (LOECE) existen suficientes garantías de que ese ideario en manera alguna va a contravenir los derechos de los ciudadanos, sino que va a servir a los derechos de los mismo y de las Comunidades.<sup>431</sup>

Solé Tura tiene una concepción distinta de pluralismo, afirma que la libertad de creación de centros docentes no debe coartar el pluralismo sino supeditarse al mismo, ser cauce para la expresión del mismo. El pluralismo como un enfrentamiento de círculos completamente cerrados, de círculos que adoctrinan para contemplar a los demás ciudadanos no como ciudadanos que comparten ese pluralismo sino como adversarios a los que hay que derrotar. Concepción ésta que considera retrógrada, que no permite progresar, que cierra puertas al progreso y lo hace precisamente en nombre del principio rector de proteger por encima de todo el interés privado que no entiende de formación, ni de educación como un servicio público, sino como un negocio particular, hecho en función de su propio y exclusivo beneficio.<sup>432</sup>

---

<sup>427</sup> Fernández Galiano, DSS núm. 56 de 27 de mayo de 1980, p. 2567.

<sup>428</sup> Oscar Alzaga, DSCD núm. 72, de 11 de marzo de 1980, p. 4820. Aunque también se menciona épocas como la de la Inquisición, Pérez Ruiz, DSCD núm. 69 de 4 marzo de 1980, p. 4620.

<sup>429</sup> Sagaseta Cabrera, DSCD núm. 74 de 13 de marzo de 1980, pgs. 4982-4983.

<sup>430</sup> “La mera existencia de un sector de enseñanza privada en el pasado no significaba que se reconociera la libertad de enseñanza, mientras que, a partir de estas leyes, existirá la posibilidad real de que todos los españoles opten por el tipo de educación que deseen para sus hijos”. Ministro de Educación, Otero Novas, DSCD núm. 69 de 4 de marzo de 1980, p. 4598.

<sup>431</sup> DSCD núm. 74 de 13 de marzo de 1980, p. 4967. Y Alzaga menciona a Doña Jimena Menéndez Pidal -cuando ésta dice “Así como a una familia se acercan en amistad los que sienten con ella concordancia, el espíritu de una institución es el que atrae a las personas por el deseo de compartirlo. Luego será, en el labor de cada hora, cuando el arte de hacer se les irá comunicando”- para afirmar que ese espíritu educativo, que puede ser singular en cada institución, es el que queremos recoger para que los centros de enseñanza sean vivos en ese ideario educativo propio del centro”. DSCD núm. 72 de 11 de marzo de 1980, p. 4823.

<sup>432</sup> Solé Tura, DSCD núm. 72, de 11 de marzo de 1980, pgs. 4819-4820.

Para la derecha y centro derecha el ideario es el anuncio público de una manera de pensar, el anuncio de algo que sirve para no engañar a nadie, para que todos conozcan cuales son las directrices programáticas del centro.<sup>433</sup>

Para que el sistema escolar sea democrático, esto es, respetuoso con la pluralidad social, debe dar cabida a cualquier tipo de educación que acate los principios constitucionales, sin otro tipo de limitaciones. Debe hacer posible, tanto la escuela internamente pluralista para aquellas personas que por cualquier razón así lo deseen, como la pluralidad de escuelas identificadas cada una por un tipo de educación internamente homogénea y coherente que les confiera en cada caso su carácter propio.<sup>434</sup>

Mientras que la posición de los socialistas era la siguiente, “aceptaban y reconocían que los centros privados tuvieran un carácter propio que los identificara, pero lo que no entendían es que eso se interpretara en los términos de un contenido ideológico, de proselitismo y adoctrinamiento”.<sup>435</sup>

Y para los comunistas el artículo 34 LOECE pretendía garantizar ideológica y económicamente la supervivencia de los patronos privados, no dando cumplimiento al artículo 27 CE sino que trata de primar simplemente a los patronos y de violentar las propias convicciones.<sup>436</sup>

La diputada Vitró Castells señala que “en la medida que en nuestro país los padres van a los centros privados por falta de puestos públicos, decir que el ideario es la garantía de la libertad de elección es, pura y simplemente, mentir a los padres que se ven obligados a llevar a los niños a los centros privados. Por otro lado, este ideario raya la inconstitucionalidad en el tema de la libertad de cátedra, en el tema de la libertad de expresión y docencia...”<sup>437</sup>

Podría decirse que el ideario es uno de esos vocablos que, sin saber a veces por qué, se magnifican, se mitifican, se da a los mismos un contenido semántico casi sacral y esotérico y acaban en palabras mágicas a las que se dan un valor que en realidad no tienen y hay que proceder a su desmitificación como pone de manifiesto el senador Fernández Galiano.<sup>438</sup>

En estos debates hubo contrastes que consideraban precisos, no solo desde el punto de vista histórico sino también de la realidad de esa época, 1980, para esclarecer o tal vez puntualizar los aspectos más relevantes. Se realizó un análisis amplio, como hemos visto, y se hizo referencia –en algunos momentos de forma despectiva y sin argumentos razonados- al *término ideario*, a sus antecedentes, así se dijo que “el término inexistente en nuestro ordenamiento jurídico y por tanto indefinido; sin que exista apoyatura en la Constitución o en los Tratados internacionales; como si el ideario fuera la suprema plasmación en lo educativo del principio de “laissez faire” de la economía liberal, porque si por ideario se entiende el carácter propio de un centro que se diga y especifique”.<sup>439</sup> O también, ideario, esa palabreja que, en opinión de Puig Olivé, cuando existe tiene un contenido retrógrado, de cosa estancada, cerrada, pétrea... que suscita el más rígido inmovilismo.<sup>440</sup>

---

<sup>433</sup> Gómez de las Rocas, DSCD núm. 74 de 13 de marzo de 1980, p. 4976 y utiliza para explicarlo una metáfora: “es como el rótulo de una botella para que no nos sirvan vino “peleón” cuando queremos de “cariñena”.

<sup>434</sup> Otero Novas, Ministro de Educación, DSCD núm. 69 de 4 de marzo de 1980, p. 4596

<sup>435</sup> Gracia Navarro, DSCD núm. 69 de 4 de marzo de 1980, p. 4603

<sup>436</sup> Gómez de las Rocas, DSCD núm. 74, de 13 de marzo de 1980, p. 4975.

<sup>437</sup> DSCD núm. 69, de 4 marzo de 1980, p. 4628.

<sup>438</sup> DSS núm. 56 de 27 mayo de 1980, pgs. 2552-2553.

<sup>439</sup> Gracia Navarro, DSCD núm. 69 de 4 de marzo de 1980, p. 4602

<sup>440</sup> Ibidem, Puig Olive, p. 4613.

También se dijo que era contrario a la Constitución y desde el punto de vista intelectual el término ideario producía un profundo rechazo al Sr. Peces Barba y una profunda desconfianza, era como “una especie de valladar para defenderse”. Señala como *antecedente del ideario*, desde su punto de vista, un texto de 1913 del Sr. Vázquez de Mella, tribuno tradicionalista que decía: “que había pedido la separación de creencias en católica para los católicos; disidente para los disidentes; atea o libre pensadora para los libre pensadores y ateos”, y agrega que “la consecuencia natural era la separación del presupuesto”.

Lo identifica con la Iglesia afirmando que “el ideario no ha venido de los centros privados laicos, ni ha venido tampoco de los centros privados de las demás Iglesias, sino que han sido los centros privados vinculados a la Iglesia católica los que quieren esa defensa, esa seguridad del ideario”.<sup>441</sup>

Y se señala que la realidad social es que la juventud pasa de idearios, que no está dispuesta a que le metan en la cabeza unos principios de los cuales pasan.<sup>442</sup>

Frente a ello se utilizan argumentos tales como “negar la propia identidad del centro, negar que cada uno de los centros docentes en virtud del derecho que se reconoce a toda persona física o jurídica, pueda expresar un sistema de valores, un sistema de principios y creencias, es negar la propia identidad del centro, es negar la escuela misma”, así lo entiende el diputado De la Vallina Velarde, “los padres envían a sus hijos a un centro docente privado en base al modelo o tipo de educación que imparte y tienen el derecho a no ser engañados, a no ser defraudados”<sup>443</sup>

El ideario lo eligen los padres para sus hijos y eligen aquel ideario que cuadra con sus creencias y con lo que desean para sus hijos. Los niños no quedan inermes sino protegidos precisamente por la libertad y el derecho de sus padres, afirma Aizpun Tuero, en su opinión “todo está en función de que se acepte o no el principio fundamental de que los padres tienen el derecho preferente de elegir el tipo de educación que se da a los hijos”<sup>444</sup>

Y a fin de que existiera claridad Herrero y Rodríguez de Miñón agrega que el ideario es lo que la Institución Libre de Enseñanza denominaba “el espíritu educativo propio”, es decir, es el carácter propio de un centro que da sentido a su establecimiento, explica su perduración y garantiza frente a terceros el tipo de educación que en él se va a proporcionar.<sup>445</sup>

Con respecto al ideario y su articulación con los demás derechos reconocidos en el artículo 27 CE, por los partidos de izquierda se alegaba que el ideario era la variable más importante entre aquellas que inciden en el funcionamiento de la institución escolar ya que en el ideario subyace las posibilidades máximas de discriminar en lo educativo porque:

- 1) puede esconder la ideología del propietario del centro y la posibilidad de alterar o condicionar aspectos exclusivamente técnicos, didácticos y pedagógicos de la organización escolar; la distribución de las actividades escolares y hasta la orientación escolar;
- 2) comporta la intolerancia y la ruptura del derecho a la intimidad, limitación de los agentes educativos, los profesores, en el centro y hasta fuera de él;

---

<sup>441</sup> Peces Barba, DSCD núm. 72, de 11 de marzo de 1980, pgs. 4812-4813.

<sup>442</sup> Pérez Ruiz, DSCD núm. 69 de 4 de marzo de 1980, p. 4620

<sup>443</sup> Argumento similar utilizará el Tribunal Constitucional.

<sup>444</sup> Sres. De la Vallina Velarde y Aizpun Tuero, DSCD núm. 72 de 11 de marzo de 1980, p. 4832.

<sup>445</sup> DSCD núm. 74, de 13 de marzo de 1980, p. 4962.

- 3) condiciona los fines y actividades de la asociación de padres;
- 4) el ideario va estrechamente unido al tema de la financiación y rechazan la pretensión de que con el dinero de todos se imponga la ideología de unos pocos.<sup>446</sup>

Es una excusa para que los padres no participen, no cogestionen en el funcionamiento de la escuela.<sup>447</sup>

Solé Tura pone el énfasis en que la primera limitación sería el derecho de libertad de cátedra o de expresión docente, “si unos particulares a los que no se les pone ninguna condición pueden limitar el ejercicio de un derecho fundamental aprobado en la Constitución, es que estamos cometiendo uno de los más graves errores que se pueden cometer y en base a ese ideario que se sitúa al mismo nivel que la Constitución, que no está en ningún texto internacional, que no existe como tal palabra “ideario” en ningún texto jurídico.<sup>448</sup>

Gómez de las Rocas criticó la posición socialista diciendo que no era sencillo saber donde termina la convicción de cada grupo político y donde comienza las necesidades tácticas, y matiza y concreta algunas actitudes de este grupo político:

- 1) considera inexacta y obsesiva la identificación de centros privados con centros religiosos ya que desconoce tradiciones importantes como la Institución Libre de Enseñanza y experiencias de cooperativismo y autogestión;
- 2) el hecho de identificar colegios privados con colegios de élite sería la consecuencia a la que se llegaría ante la ausencia de subvenciones para los centros privados.<sup>449</sup> Se ha de tender a la aproximación de todas las clases sociales desde la escuela;
- 3) hay una cierta confusión, que produce perplejidad, sobre la dualidad escuela pública/escuela privada, que no es alternativa sino que es una necesidad conjunta;
- 4) la confusión entre dirección de centros y participación en la gestión de los mismos. Participar es tomar parte y si queremos que todos los estamentos participen ha de ser a costa de que todos ellos se limiten y tengan conciencia de su obligada parcialidad que no representan al todo.<sup>450</sup>

Con respecto a los profesores, manifiesta que no parece excesivo que al personal docente que trabaja en un centro caracterizado por un ideario, se le exija que no realice la competencia ilícita que supone utilizar las competencias docentes que este centro le proporciona para atacar al ideario que caracteriza a ese mismo centro docente y el ideario pretende que sea un marco de respeto adecuado al nivel de compromiso de la enseñanza que se está impartiendo o la actividad que se está haciendo.<sup>451</sup>

El Tribunal Constitucional cuando se pronunció sobre el tema recogió en sus resoluciones argumentos similares a los mencionados en estos debates.

---

<sup>446</sup> Gracia Navarro, DSCD num. 74 de 13 de marzo de 1980, pgs. 4955-4958

<sup>447</sup> Puig Olive, DSCD núm. 69 de 4 de marzo de 1980, p. 4613

<sup>448</sup> Solé Tura, DSCD núm. 72 de 11 marzo de 1980, p. 4811.

<sup>449</sup> La subvención no puede ser instrumento de inhibición de la libertad, sino precisamente de poner la libertad al alcance de todos. Herrero y Rodríguez de Miñón, DSCD núm. 74 de 13 marzo de 1980, p. 4965.

<sup>450</sup> DSCD núm. 69 de 4 de marzo de 1980, p. 4617. También agrega que con dinero del erario público se financian muchas empresas ideológicas que no comparten muchos españoles, empezando por las empresas políticas, representadas dignamente en esta Cámara. Ibidem, p. 4616.

<sup>451</sup> Ibidem, p. 4965.



## 2.3. Aspectos Jurídicos

### 2.3.1. Referencias constitucionales: genérica y específica.

La Constitución no regula expresamente el derecho a establecer un ideario, pero sí que viene implícitamente regulado en el artículo 27 CE a través de dos referencias – una genérica y otra específica- a las que nos referiremos. Es un derecho que tiene cobertura constitucional como ha afirmado el Tribunal Constitucional en las sentencias sobre la LOECE y la LODE.

En los debates parlamentarios, Gómez de las Rocas manifestó que “no puede haber libertad de enseñanza si no hay libertad de idearios. Un ideario, su posibilidad y su necesidad está fundado en la tolerancia de todas las ideas, la tolerancia de todas las escuelas, por aquello de que nadie enseña como depositario de toda la verdad. No habrá ideario sin límite y es ocioso recordar la necesidad de que la Constitución sea respetada. La Constitución es el manantial de este derecho implícito de la libertad de enseñanza, pero también es la frontera de todas las limitaciones implícitas para evitar que los demás no puedan hacer ejercicio de la misma facultad”.<sup>452</sup>

La cobertura constitucional *genérica* se encuentra en el principio de libertad de enseñanza que recoge el artículo 27.1 CE.

De forma más *específica* el ideario educativo es una consecuencia de la libertad de creación de centros docentes que se reconoce a las personas físicas y jurídicas del artículo 27.6 CE.

Así lo establece el Tribunal Constitucional<sup>453</sup> “el derecho que el artículo 34 LOECE reconoce a los titulares de los centros privados para establecer un ideario educativo propio dentro del *respeto a los principios y declaraciones de la Constitución*, forma parte de la libertad de creación de centros, en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a estos de un carácter u orientación propios.

Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que en otro caso no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (artículo 38) consagra”.<sup>454</sup> Ambas libertades protegen realidades muy diversas y por eso resulta necesario que se constitucionalice de diferente manera.<sup>455</sup>

Herrero y Rodríguez de Miñón se refirió a ello cuando dijo que “sin ideario o carácter propio carece de sentido la libertad de creación de centro docente, puesto que un centro docente que renuncia a todo carácter propio, a todo proyecto educativo que le caracterice como tal, realmente merecería el nombre de mera empresa educativa, que no es despectivo, pero que aquí ha sido utilizado por los grupos de izquierda en tono despectivo”.<sup>456</sup>

En el supuesto que el titular no haya plasmado en un texto la dirección educativa que pretende impartir a la enseñanza docente, no puede plantearse el conflicto entre

---

<sup>452</sup> DSCD núm. 74 de 13 de marzo de 1980, p. 4976

<sup>453</sup> STC 5/1981 de 13 Febrero, FJ. 8, párrafo 1.

<sup>454</sup> Artículo 38 CE: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso, de la planificación”.

<sup>455</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción...* cit., p. 70

<sup>456</sup> DSCD núm. 74 de 13 de marzo de 1980, p. 4962

libertades –explica Embid Irujo- porque en realidad el titular del centro no ha ejercido su libertad de enseñanza en toda la riqueza constitucional que posee sino únicamente la potestad de fundar un centro. Su empresa docente solo es una empresa a estos efectos y la libertad del profesor no se encuentra limitada por la del titular. Los posibles conflictos que surjan serán meramente laborales y por problemas laborales, debiendo resolverse con criterios ajenos al ordenamiento educativo.<sup>457</sup>

También el Tribunal Supremo manifestó que “en función del derecho fundamental de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones es donde encuentra *justificación* el derecho que tienen los centros privados a establecer un ideario educativo.<sup>458</sup> Y en este sentido el ideario ha de considerarse el nexo o punto de convergencia que hace posible el ejercicio de esos dos derechos: el de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos.<sup>459</sup>

### 2.3.2. El derecho a establecer el ideario como derecho autónomo.

El derecho del titular a fijar el ideario del centro es un derecho autónomo, y como tal, se diferencia del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos; no tiene carácter instrumental respecto a este último derecho, esta diferencia no excluye, sin embargo, la indudable relación que existe entre ambos derechos: hay interacción, pero no instrumentalidad.<sup>460</sup>

Por otra parte, el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado en el artículo 27.3 CE es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral.<sup>461</sup>

En contra de considerar el derecho a establecer un ideario como derecho autónomo se manifestó Tomás y Valiente en su voto particular sobre el motivo primero de la mencionada sentencia –al que se adhieren tres magistrados más- diciendo que “puesto que los padres tienen el derecho fundamental recogido en el artículo 27.3 CE el ideario de cada centro privado cumple una función instrumental en relación con tal derecho, función que consiste en informar a los padres de qué tipo de educación moral y religiosa se imparte a los alumnos de este centro, para que aquellos puedan escogerlo con pleno conocimiento de causa para sus hijos”<sup>462</sup>.

## 3. EL IDEARIO EN LAS SUCESIVAS LEYES ORGÁNICAS.

### 3.1. L.O.E.C.E.

La Ley Reguladora del Estatuto de Centros Escolares de junio de 1980 fue el primer desarrollo legislativo del artículo 27 CE, y fue derogada por la Disposición derogatoria primera de la LODE. Regula de forma expresa el derecho a establecer un

---

<sup>457</sup> Embid Irujo A, *Las libertades...* cit., p. 268

<sup>458</sup> STS de 24 enero de 1985 (RJ. 250).

<sup>459</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, Artículo 27... cit., p. 196

<sup>460</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ. 8, párrafo 3

<sup>461</sup> *Ibidem*

<sup>462</sup> Voto particular, FJ. 7, párrafo 3. En este mismo sentido se pronuncia Suárez Pertierra, *Reflexiones...* cit., p. 64

ideario en un centro docente y su articulación con los derechos de los demás miembros de la comunidad educativa.

Como hemos visto, dio lugar a un intenso debate parlamentario, en el que entre otros argumentos cabe señalar los siguientes: “viene a ser este Proyecto como una coraza legislativa que se apresta a defender los intereses insolidarios de los propietarios de los centros privados, sin que se establezca siquiera una mínimamente rigurosa distinción entre los que serán sostenidos con los fondos públicos y los estrictamente privados, y todo ello se defiende en nombre de Europa (...). Se silencia que en la mayoría de estos países no se ha comenzado a financiar la enseñanza privada hasta que no se ha garantizado un sistema público educativo de verdadera calidad”.<sup>463</sup>

Las razones por las que el partido comunista rechazaba el proyecto era: 1) por la protección legislativa que se da a la enseñanza privada, asegurándole, además, la subsistencia económica e ideológica; 2) por la limitación de las posibilidades de una práctica democrática real en los centros; 3) por impedimentos al crecimiento del sistema público dentro de un clima de pluralismo.<sup>464</sup>

Pero “lo grave” –afirmó el Sr. Peces Barba– es el ideario y no el Reglamento de régimen interior (artículo 15) al regular la libertad de cátedra de los profesores.<sup>465</sup>

Esta Ley fue objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional. Y se refiere a los distintos sujetos de la comunidad educativa y sus derechos de la forma que a continuación exponemos.

#### 3.1.1. El Titular del centro docente.

La LOECE atribuía a los Titulares de los centros privados el derecho a establecer un ideario educativo propio, disponiendo que “se reconoce a los Titulares de los centros privados el derecho a establecer un ideario propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución (artículo 34.1). Lo reconoce de forma expresa así como el respeto a los principios democráticos.

#### 3.1.2. Los profesores.

El artículo 15 establecía que “los profesores, *dentro del respeto* a la Constitución, a las leyes, al reglamento de régimen interior y, en su caso, *al ideario* educativo propio del centro, tienen garantizada la libertad de enseñanza. El ejercicio de tal libertad deberá orientarse a promover, dentro del cumplimiento de su específica función docente, una formación integral de los alumnos, adecuada a su edad, que contribuya a educar su conciencia moral y cívica, en forma respetuosa con la libertad y dignidad personales de los mismos”. Habla de libertad de enseñanza refiriéndose a la libertad de cátedra de los profesores y considera el ideario como límite de este derecho.

#### 3.1.3. Asociación de padres de alumnos.

Se refería a la asociación de padres de alumnos<sup>466</sup> en el artículo 18.1, en los siguientes términos: “en cada centro docente existirá una asociación de padres de

---

<sup>463</sup> Fernández Galiano, DSS, de 27 de mayo de 1980, p. 2550.

<sup>464</sup> Vintro Castells, DSCD núm. 69 de 4 marzo de 1980, p. 4817

<sup>465</sup> DSCD núm. 72 de 11 de marzo de 1980, p. 4817

<sup>466</sup> Ubicado en el Título I que comprende todo tipo de centros, por lo que se refiere tanto a centros públicos como privados.

alumnos de la que podrán formar parte todos los padres o tutores de los escolares matriculados en aquél *a través de la que ejercerán su participación* en los órganos colegiados del mismo. Reglamentariamente se determinará la forma de constatar la representación de la asociación en los órganos colegiados del centro”.

En el recurso de inconstitucionalidad contra la LOECE se solicitaba –en el motivo tercero- la declaración de inconstitucionalidad del artículo 18.1 por infracción del artículo 22.1 CE (derecho de asociación), ya que según dicho precepto es necesario la pertenencia de los padres a una asociación para poder ejercer el derecho de participación. Y está ubicado en un lugar en que regula todo tipo de centros, sin embargo, el derecho fundamental de los padres a la intervención en los centros docentes del artículo 27.7 CE afecta sólo a los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, que son los de creación pública y parte de los de creación privada, y a ellos se refiere este conflicto.<sup>467</sup>

El Tribunal Constitucional recuerda que la participación de los padres en la gestión del centro debe hacerse “en los términos que la ley establezca” (artículo 27.7 CE) y la ley en su artículo 18.1 disponía que deberá realizarse a través “de los órganos colegiados” del centro, constituidos oportunamente.<sup>468</sup> Pero la exigencia de asociarse del artículo 18.1 para poder ejercer este derecho a la participación es inconstitucional – afirma el Alto Tribunal-, “es cierto que la ley no impone expresamente a los padres el deber de asociarse, pero también lo es que condiciona el ejercicio del derecho del artículo 27.7 CE a la pertenencia a dicha asociación, “a través de la cual ejercerán su participación...”<sup>469</sup> Ya que el derecho de asociación comprende no solo el derecho de asociarse sino también el de no asociarse, y el ejercicio del derecho de los padres a participar en la gestión del centro no se puede condicionar al uso de cauce asociativo.<sup>470</sup> Por lo que declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del artículo 18.1 LOECE.

El párrafo 2 del mismo precepto 18 disponía que “las asociaciones de padres de alumnos, *respetando* el reglamento de régimen interior y, cuando lo hubiese, *el ideario* del centro, asumirá las siguientes finalidades: a) defender los derechos de los padres en cuanto concierne a la educación de sus hijos; b) elegir a sus representantes y participar activamente....

También fue recurrido y se solicitaba su inconstitucionalidad en base a la limitación que la existencia de un ideario propio impone a la participación de los padres de los alumnos en el control y gestión del centro. El Tribunal Constitucional precisa “como es obvio esta pretendida inconstitucionalidad se daría solo, de existir, en los centros privados sostenidos con fondos públicos, que son los únicos en los que pudiendo estar dotados de un ideario propio, hay también un derecho constitucionalmente garantizado a los padres de alumnos para intervenir en su gestión y control en los términos que la ley establezca”.<sup>471</sup>

*Es claro que al haber elegido libremente para sus hijos un centro con un ideario determinado están obligados a no pretender que el mismo siga orientaciones o lleve a cabo actividades contradictorias con tal ideario, aunque sí pueden pretender legítimamente que se adopten decisiones que no puedan juzgarse, con arreglo a un*

---

<sup>467</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ. 18

<sup>468</sup> Ibidem

<sup>469</sup> Ibidem, FJ. 19

<sup>470</sup> Ibidem.

<sup>471</sup> Ibidem, FJ. 12

criterio serio y objetivo, contrarias al ideario.<sup>472</sup> Por lo que el Tribunal Constitucional declaró su constitucionalidad.

#### 3.1.4. Los padres de alumnos.

Y por último la LOECE se refería al derecho de los padres a elegir el tipo de educación en su artículo 5.1. que disponía “los padres y tutores tienen el derecho a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos o pupilos y a que éstos reciban, *dentro del sistema educativo*, la educación y la enseñanza conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas, a cuyo efecto podrán escoger el centro docente que mejor se acomode a esas convicciones”. Regula de forma expresa el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos y el derecho a escoger centro docente.

Suárez Pertierra señaló una serie de objeciones a la regulación de la LOECE y que concretiza de la siguiente forma:

1) Se impone limitaciones, cargas especiales y dificultades al completo ejercicio del derecho a la libertad religiosa e ideológica. La implantación del ideario pone en peligro el respeto del contenido de este derecho en lo que se refiere a los profesores por la vía de la limitación del cambio de ideas o su abandono, que, en caso de producirse, no podría, cuando menos, exteriorizarse. Y queda limitado el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos acorde con sus propias convicciones, pues el puesto escolar se hace depender de la sumisión de los padres al ideario.

Y con respecto a los alumnos, se establece la posibilidad de su expulsión de los centros con cláusula tan general como lo es la de que “de su permanencia en un Centro puedan racionalmente derivarse daños graves para sí o para sus compañeros” (artículo 39.1 LOECE). Es evidente que entre estas circunstancias jugará un importante papel el elemento ideológico. El caso de expulsión podría convertirse en un supuesto de discriminación por motivos de carácter ideológico.

2) El derecho de igualdad y no discriminación se ve dificultado cuando se exige a los profesores un compromiso previo y de valor sucesivo, de adhesión al ideario del establecimiento.

3) El modo de implantación del ideario por la LOECE lesiona la libertad de cátedra.<sup>473</sup>

#### 3.2. L.O.D.E.

La Ley reguladora del Derecho a la Educación de 1985 responde a planteamientos de izquierda matizados por el Tribunal Constitucional y por el peso de la responsabilidad del poder; potencia el reconocimiento de la libertad de cátedra sin someterla expresamente al carácter propio del centro; establece un minucioso sistema de admisión de alumnos para todos los centros financiados con fondos públicos y lleva al máximo el contenido del derecho de participación de los miembros de la comunidad escolar.<sup>474</sup>

---

<sup>472</sup> Ibidem.

<sup>473</sup> Suárez Pertierra G., *Reflexiones...* cit., pags. 636-637.

<sup>474</sup> Fernández-Miranda A., *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 68

Esta Ley fue objeto también de recurso, en este caso, recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo popular. Fueron impugnados 26 artículos referidos fundamentalmente a la limitación de la libertad de creación de centros docentes, al régimen de conciertos, a las competencias de Consejo escolar en los centros concertados y la restricción que se hacía al ideario del centro. Fue resuelto, como sabemos, por sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985 de 27 de junio que estima parcialmente el recurso.

### 3.2.1. Regulación expresa del ideario. Referencia a la STC 5/1981 de 13 de febrero.

La LODE regula el ideario o carácter propio en los artículos 22 y 52, si bien, también hay que mencionar la Disposición Transitoria cuarta.

El artículo 22 en su redacción inicial disponía: “1. En el marco de la Constitución y con respeto de los derechos garantizados en el Título Preliminar de esta ley a los profesores, padres y alumnos, los titulares de los centros privados tendrán derecho a *establecer el carácter propio* de los mismos.

2. Los titulares que opten por definir el carácter propio de los centros, someterán dicha definición a autorización reglada, que se concederá siempre que aquel respete lo dispuesto en el apartado anterior.

3. El carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa por el titular”.

En primer lugar hay que señalar que utiliza el término “carácter propio” y no “ideario”, recogido en la LOECE. Término que utilizó el magistrado Tomás y Valiente en su voto particular para reducirlo a la formación religiosa y moral, identificando el derecho a la fijación de un ideario y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una determinada formación religiosa y moral.

Término utilizado en Alemania donde se habla de “Charakter” o Peculiaridad (“Eligenart”) o del “cuño” (Ausprägung”) o configuración (“Gestaltung”) de tales o cuales centros docentes. En Francia desde la Ley Debré de 31 de diciembre de 1959 se utiliza, tomándola de su artículo 1, la expresión “caractère propre”. Estos términos se usan con referencia a los centros o establecimientos (no a sus titulares o fundadores) y casi siempre como expresión de su caracterización ideológica o religiosa, matiz este que parece subrayado en España con la expresión “ideario”.<sup>475</sup>

Si bien el Tribunal Constitucional aclara la situación y zanja el problema del término señalando que la expresión “carácter propio” es sinónima del término “ideario” afirma que “por lo que atañe a la no utilización del término ideario y el empleo en su lugar, de la expresión “carácter propio del centro”, no deriva de ello que se venga a excluir la interpretación que el Tribunal ha efectuado, sobre la base del primer término citado, del derecho en cuestión; pues el empleo de un sinónimo o término equivalente – pero distinto del ya utilizado en antecedentes legislativos- queda dentro de la libertad de *configuración del legislador*, y desde luego *no puede servir para expulsar* una interpretación constitucional referida a una misma realidad. Máxime cuando la sentencia de este Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, en su fundamento jurídico octavo viene a hacer equivalente los términos “ideario educativo propio” y de “carácter u orientación propios”.<sup>476</sup>

<sup>475</sup> Voto particular de Tomás y Valiente FJ. 7 en STC 5/1981 de 13 de febrero.

<sup>476</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 8

En segundo lugar, la LODE omite un reconocimiento expreso del deber de respeto al ideario por parte de los profesores (artículo 3 LODE y recogido en el artículo 15 LOECE), de los padres ( artículos 4 y 5 LODE; artículo 18,2 LOECE) y los alumnos (artículo 6 LODE y artículo 37.a. LOECE).

En la LODE el ideario no es considerado expresamente como límite para ningún miembro de la comunidad escolar, ni para el director ni para el Consejo escolar. Parece como si la única preocupación de la ley fuera un planteamiento unilateral de los derechos individuales de cada uno de los miembros de la comunidad escolar. Derecho de los alumnos a la libertad de conciencia y convicciones religiosas y morales (artículo 6.c y 52, apartados 2 y 3), derecho de los profesores a la libertad de cátedra (artículo 3), derecho de los padres a la elección de centro docente (artículo 4.b.) y a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones (artículo 4.c.).<sup>477</sup> Dicho de otra forma, el esfuerzo del legislador con posterioridad a la sentencia de 1981 se orientó no tanto a combatir la existencia del carácter propio sino hacia la ampliación de sus limitaciones y a la acentuación del control sobre sus contenidos por parte de las Administraciones.<sup>478</sup> Y así decía Suárez Pertierra que la única posibilidad de adecuar a los esquemas constitucionales el derecho al ideario consistiría en limitar el contenido de éste.<sup>479</sup>

Es también hasta cierto punto, una reacción histórica contra la LOECE, la cual procedió exactamente igual, aunque en sentido inverso, al no reconocer expresamente límite alguno al ideario y someter explícitamente a él los derechos de todos los demás miembros de la comunidad escolar.<sup>480</sup>

La posición del Tribunal Constitucional en este tema es que “en cuanto que el artículo 22.1. mencione los derechos de los miembros de la comunidad escolar, profesores, padres y alumnos, omitiendo el deber de éstos a respetar el ideario del centro, no tiene por qué suponer ni que tal deber no exista –o no tenga virtualidad limitante- ni que se produzca una inversión de la relación general establecida en ocasiones anteriores por el Tribunal Constitucional en supuestos de conflicto o concurrencia entre los derechos de los citados miembros de la comunidad escolar y los del titular del centro. Sobre el primer aspecto, *la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional o legal o de ambos a la vez, de otro derecho que pueda entrar en colisión con aquél*”.<sup>481</sup>

---

<sup>477</sup> Fernández-Miranda A., *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 84

<sup>478</sup> Otaduy Guerin J. *Carácter propio de los centros educativos y libertad de conciencia*, Ius Canonicum núm. 77, Universidad de Navarra, Pamplona 1999, p. 32.

<sup>479</sup> Suárez Pertierra G., *Reflexiones...* cit., p. 641

<sup>480</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, Artículo 27... cit., p. 200. Díez Moreno planteaba la situación siguiente: si bien la LODE reconoce a los profesores la libertad de cátedra (artículo 3) y posteriormente dispone, en el artículo 22.1 que el carácter propio debe establecerse en el marco de, entre otros, los derechos de los profesores, por lo que en caso de conflicto entre profesores e ideario educativo prevalece aquél, produciéndose la consecuencia inconstitucional de que los alumnos reciban por parte del profesor una enseñanza contraria a las convicciones de sus padres, no obstante haber elegido el centro docente, precisamente, porque su ideario educativo era respetuoso con tales convicciones. Díez Moreno F., *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia constitucional*, en *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas* Vol. II. XII Jornadas de Estudio en Madrid, 27 a 31 de mayo de 1992. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica de Publicaciones. 1993, p. 1260

<sup>481</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 9, párrafo 1.

En tercer lugar la LODE omite el derecho de los padres de elección del tipo de educación para sus hijos y que debe reconocerse por vía interpretativa de este artículo 4.<sup>482</sup>

El apartado segundo del artículo 22 LODE hay que conectarlo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta que se refiere a la autorización del carácter propio y disponía lo siguiente: “1. Los centros docentes privados actualmente autorizados que, en cumplimiento de la legislación anteriormente vigente, hubieren depositado ante la Administración la definición de su carácter propio deberán someter dicha definición a la Administración educativa competente para la autorización reglada prevista en el artículo 22.2. de la presente ley.

2. Si la Administración, en el plazo de tres meses, no hubiese dictado resolución expresa, se considerará otorgada la autorización por silencio positivo. En cualquier caso, el titular deberá comunicar a los miembros de la comunidad educativa la definición del carácter propio del centro”.

La explicación del contenido de este precepto (artículo 22.2) y la Disposición Transitoria (cuarta) es que el legislador creyó encontrar apoyo en el fundamento jurídico octavo, apartado dos<sup>483</sup> de la STC 5/1981 pero el Tribunal Constitucional se estaba refiriendo inequívocamente a la mera verificación de la adecuación del contenido del ideario a las finalidades educativas impuestas por la propia Constitución en un trámite administrativo carente de toda discrecionalidad.<sup>484</sup>

La impugnación del artículo 22.2. del Proyecto se funda en que al segregarse la autorización de creación de centros de la autorización del ideario o carácter propio del mismo, se viene a conferir a la Administración unas potestades que vulneran el principio de reserva de ley y afecta en su esencia al derecho a la libertad de enseñanza.

El Tribunal Constitucional afirma que en el artículo 22.2 no parece que la autorización recaiga exclusivamente sobre la *adecuación* del carácter propio del centro a *los principios* que deben inspirar la educación según el artículo 27.2. CE sino que también versaría sobre *la forma* en que se articula el derecho a establecer ese carácter propio con los derechos de los diversos miembros de la comunidad escolar.

Es evidente que si la autorización está condicionada a que la Administración *verifique* si se da en esa articulación el respeto debido al conjunto de tales derechos, *no puede tratarse de una autorización estrictamente reglada*, como la que prevé para otros supuestos el artículo 23 del Proyecto –análogo al artículo 33 LOECE- y que la *Administración invadiría así la delicada labor de delimitar un conjunto de derechos constitucionales en presencia, labor que solo corresponde a las jurisdicciones competentes.*<sup>485</sup>

En consecuencia, *la exigencia de esa autorización vulnera el derecho a la libertad de enseñanza y a la libertad de creación de centros docentes (artículo 27. 1 y 6) en cuanto que de dicho precepto nace el derecho del titular a establecer el carácter propio sin que pueda admitirse la injerencia de una autorización administrativa que en*

---

<sup>482</sup> Derecho que estaba expresamente reconocido en el artículo 5.1.LOECE. Vid., ut supra, apartado 3.1.4

<sup>483</sup> Que dice que “es precisamente la existencia de estos límites la que hace indispensable que, como señala el Abogado del Estado, el establecimiento de un ideario propio del centro haya de entenderse sometido al sistema de autorización reglada a que la ley (artículo 33) sujeta a la apertura y funcionamiento de los centros privados”.

<sup>484</sup> STC 77/1985 de 27 de junio, FJ. 10, párrafo 2

<sup>485</sup> Ibidem.



realidad *encubriría* el ejercicio de una función jurisdiccional que no le corresponde y que sería incompatible con el respeto a dichos derechos fundamentales.<sup>486</sup>

También por vía de conexión y de acuerdo con el artículo 39.1 de LOTC procede declarar la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Cuarta del Proyecto de la LODE por cuanto exige el mismo tipo de autorización respecto al carácter propio de los centros docentes privados actualmente autorizados que hubieran depositado ante la Administración la definición de su dicho carácter propio.<sup>487</sup>

En cuanto al apartado 3 del artículo 22 LODE que se refiere a poner en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa el carácter propio de centro, hay que tener en cuenta que si se considera el respeto “al contenido esencial” del derecho a establecer el ideario del centro un límite al ejercicio de los derechos de los miembros de la comunidad educativa –padres, profesores y alumnos-, hay que sostener la obligación de la publicidad del ideario.

El Tribunal Constitucional afirma que “dado que el carácter propio ni es secreto, ni podría serlo, se arbitren los medios legales de publicidad –dentro y fuera del registro al que se refiere el artículo 13 del Proyecto de la LODE- que se consideren oportuno para que ese carácter propio pueda ser conocido por las autoridades del Estado –y no solo por los miembros de la comunidad educativa a los que se refiere el artículo 22.3- para que aquéllas puedan velar por la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales.”<sup>488</sup>

En este sentido Martínez López-Muñiz manifiesta que “no le consta que se hayan tomado tales medidas, y de la regulación hecha por el RD 332/1992 de las autorizaciones de los centros docentes, se desprende que no otorga al carácter propio la menor atención.”<sup>489</sup>

Esto nos lleva a recordar que el valor de la doctrina del Tribunal Constitucional no debe apreciarse solamente por lo que tengan los textos y contenidos de sus sentencias sino, además, por el comportamiento posterior de los poderes legislativos y de los poderes normativos del Gobierno en cuanto a su acatamiento.<sup>490</sup>

### 3.2.2. Ideario y centros concertados.

La LODE menciona el carácter propio en el artículo 52 al referirse a los centros concertados y establece: “1. Los centros concertados tendrán derecho a definir su carácter propio de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de esta ley. 2. En todo caso la enseñanza deberá ser impartida con pleno respeto a la libertad de conciencia. 3. Toda práctica confesional tendrá carácter voluntario”.

Artículo que, en opinión de Otaduy cumple una función estratégica ya que no se puede olvidar que una de las ideas-fuerza de la política educativa socialista es la de la publicación de la enseñanza concertada.

Si el soporte económico público no elimina la condición privada de los centros concertados, estos no tienen por qué renunciar a su identidad, basada sobre legítimas preferencias de orden pedagógico u organizativo, o de estilo de enseñanza o también en el plano de la orientación intelectual, moral o religiosa de la acción educativa.

---

<sup>486</sup> Ibidem, FJ. 10, párrafo 3

<sup>487</sup> Ibidem, FJ. 10, párrafo 4

<sup>488</sup> Ibidem, FJ. 10, párrafo 2

<sup>489</sup> Martínez López-Muñiz JL., *Requisitos y efectos jurídicos del carácter propio...* cit., p. 20

<sup>490</sup> Díez Moreno, *La libertad de enseñanza...* cit., p. 1270

Consecuencia de ello es que el carácter propio se presenta como el mayor obstáculo para la publicación de los centros concertados, o mejor dicho, para lograr el despliegue de su efecto más radical que es la neutralidad de la enseñanza”.<sup>491</sup>

Este precepto establece una conexión directa entre enseñanza y libertad de conciencia. Si bien -en opinión de Otaduy- la libertad de conciencia en la LODE no tiene un contenido propio, específico, distinto de lo que sería una protección genérica de las convicciones generales.

La conciencia a que se refiere esta libertad tiende a convertirse en “conciencia religiosa”; respetar la libertad de conciencia sería no inmiscuirse en el mundo interior de las creencias –o increencias- y de las prácticas –o abstenciones- de tipo religioso. *La libertad de conciencia del artículo 52 se configura como un instrumento de control difuso de la actividad de los centros concertados, de moderación del alcance del ideario y de asimilación de estos a los centros públicos.*<sup>492</sup>

### 3.2.3. Alusión al sistema educativo francés.

En Francia, es interesante observar como la Ley Debré, aprobada el 31 de diciembre de 1959, contiene el régimen de las subvenciones públicas a los establecimientos privados de enseñanza. Posibilita que estos centros formalicen contratos con el Estado manteniendo su carácter propio, pero el Estado ejerce poderes de control sobre la enseñanza impartida. Así disponía que “en los establecimientos privados, que han celebrado uno de los contratos previstos (...), la enseñanza colocada bajo el régimen del contrato está sometida al control del Estado. El establecimiento, aún *conservando su carácter propio*, debe dar esta enseñanza en el respeto total de la libertad de conciencia. Todos los niños sin distinción de origen, de opiniones o de creencias tienen acceso a ellos” (artículo 1, párrafo 4).

Es decir, que el carácter propio no tiene nada que ver con la enseñanza dispensada sino con un espíritu del centro que puede ser manifestado en actividades paralelas, en la organización de la actividad docente, en un estilo diferente de enseñanza. Los profesores de los centros bajo contrato de asociación no veían limitada su enseñanza por el carácter propio del centro sino por las reglas y programas de la enseñanza pública.

Y la Ley 1977-1285 de 25 noviembre, conocida como Ley Guermeur obliga a los profesores que presten servicio en un centro que ha celebrado contrato de asociación a respetar *en su enseñanza* el carácter propio del centro, es decir el carácter propio se predicará de la enseñanza impartida y no del centro en sí y los profesores deben asumir una obligación de reserva. De forma tal que se traslada la condición de propiedad del establecimiento a la enseñanza, aspecto éste que será muy discutido por los senadores socialistas.<sup>493</sup> Esta modificación es importante, capital, en algunos aspectos y puede ser

---

<sup>491</sup> Otaduy Guerin, J., *Carácter propio...* cit., p. 32. Y añade: “El Tribunal Constitucional procede a neutralizar la neutralidad, aquella neutralidad mítica vinculada inseparablemente a la recepción del llamado *dinero público*”.

<sup>492</sup> Ibidem, p. 39. Tanto el artículo 22 como el artículo 52.1 han sido derogados por la Disposición Derogatoria Única de la LOCE de 2002.

<sup>493</sup> Embid Irujo A., *Las libertades...* cit., pgs. 55, 58 y 59. Cruz Díaz J., *La Financiación pública de la enseñanza privada confesional en Francia*, en VVAA “La financiación de la Libertad Religiosa”,

base jurídica suficiente para llevar a cabo un control sobre la actividad del profesor que pueda servir como base para el despido en caso de oposición al carácter propio del establecimiento.<sup>494</sup>

El Consejo Constitucional Francés, en la Resolución de 23 de noviembre de 1977, afirmó que “la obligación impuesta a los maestros de respetar el carácter propio del centro *les impone un deber de reserva*, aunque no puede ser interpretado en el sentido de permitir un ataque a su libertad de conciencia”.

### 3.3. L.O.P.E.G.C.D.

La Ley de Participación, Evaluación y Gobierno de los centros docentes<sup>495</sup> de 1995 ha sido calificada por la oposición política en los debates parlamentarios como la “contrarreforma de los propios postulados de la política educativa gubernamental del partido socialista. Uno de esos aspectos es la defensa de la posibilidad de centros educativos autónomos con proyecto educativo o carácter propio”.

#### 3.3.1. Proyecto educativo e ideario.

La aproximación entre “proyecto educativo” y el ideario se hizo notar en el trámite parlamentario de la LOPEGCD. Lo que distanciaba a populares y socialistas era la libertad de elección de centro docente.<sup>496</sup> La idea de un proyecto educativo -cuando éste se hace aproximar al ideario- requiere la libertad de elección de centro para evitar la imposición de dicho proyecto.<sup>497</sup>

El proyecto educativo es la piedra angular de la definición e identidad de los centros públicos<sup>498</sup> y equivale o se identifica con el carácter propio o ideario de los centros privados. Pero el único ideario del que podría hablarse en los centros públicos es del ideario constitucional: conjunto de ideas y valores asumidos por la Constitución, especialmente en el artículo 27.2, conectado con el artículo 10.1 y 2 CE y sus desarrollos normativos.

El proyecto educativo podrá añadir a ese ideario educativo aspectos concretos, prioridades o procedimientos de actuación, podrá hacer una oferta curricular derivada de la autonomía, pero configurar un perfil ideológico homogéneo y diferente en cada centro supondría la quiebra del principio del pluralismo interno y de la neutralidad.<sup>499</sup>

---

coordinado por Alberto de la Hera y Daniel Irastorza, Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos Religiosos, Madrid. 2002, pgs. 317-320.

<sup>494</sup> Ibidem, p. 59

<sup>495</sup> Deroga el Título II de la LODE, apartado 7 de Disposición Adicional 15 de Ley 30/1984 de 2 agosto y el artículo 61, párrafos 2 y 3 de la LOGSE.

<sup>496</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra...* cit., p. 194

<sup>497</sup> Ibidem.

<sup>498</sup> El artículo 1 de la LOPEGCD se refiere a los principios de actuación y dispone que “al objeto de que la actividad educativa se desarrolle atendiendo a los principios y fines establecidos por la LOGSE, los poderes públicos, para garantizar una enseñanza de calidad: a) fomentarán la participación de la comunidad educativa en la organización y gobierno de los centros docentes sostenidos con fondos públicos y *en la definición de su proyecto educativo.*”

<sup>499</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra...* cit., p. 196

A lo que parece que la LOPEGCD tiende es a un afianzamiento del modelo educativo tecnocrático –afirma Salguero- en el sentido de que los centros públicos ofrezcan su propia fisonomía y su específico “etnos comunitario” y en este sentido se podría decir que los centros públicos se incorporan al modelo de centros privados ideológicamente caracterizados.<sup>500</sup>

### 3.3.2. Proyecto educativo y autonomía.

En esta Ley Orgánica una de las ideas esenciales para la definición de la identidad de los centros es la autonomía –pedagógica y organizativa-. Lo regula en el capítulo II del Título Primero, y dispone que “los centros dispondrán de autonomía para definir el modelo de gestión organizativa y pedagógica, que deberá concretarse, en cada caso, mediante los correspondientes proyectos educativos, curriculares y, en su caso normas de funcionamiento”(artículo 5). De proyecto educativo y su contenido se ocupa el artículo siguiente que establece que “los centros elaborarán y aprobarán un proyecto educativo *en el que se fijarán los objetivos, prioridades y los procedimientos de actuación, partiendo de las directrices del Consejo escolar* del centro. Para la elaboración de dichas directrices deberán tenerse en cuenta las características del entorno escolar y las necesidades educativas específicas de los alumnos, tomando en consideración las propuestas realizadas por el Claustro. En todo caso se garantizarán los principios y objetivos establecidos en la L.O.8/ 1985 de 3 julio del Derecho a la Educación” (artículo 6. 1)

Su párrafo segundo afirma que “las Administraciones educativas establecerán el marco general y colaborarán con los centros, para que estos hagan *público* su proyecto educativo, así como aquellos otros aspectos que puedan facilitar información sobre los centros y orientación de los alumnos y a sus padres o tutores, y favorecer, de esta forma, una mayor implicación del conjunto de su comunidad educativa”.

### 3.3.3. Ideario y centros concertados.

De los centros privados concertados y el carácter propio se ocupa el párrafo tercero de este artículo 6 disponiendo que “*el proyecto educativo* de los centros privados concertados *podrá incorporar el carácter propio* a que se refiere el artículo 22 de la LODE que en todo caso deberá hacerse público”. Se remite a la LODE y subraya su publicidad como requisito esencial.<sup>501</sup>

## 3.4. L.O.C.E.

### 3.4.1. Regulación específica del derecho a establecer el ideario en un centro docente privado. Los centros concertados.

La actual Ley Orgánica de Calidad de la Educación de 2002 se refiere a los centros privados en el capítulo III del Título V, regulando el carácter propio de dichos centros en el artículo 73 que dispone que “1. Los Titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos, respetando, en todo caso, los principios constitucionales y los derechos reconocidos a profesores, padres y

---

<sup>500</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>501</sup> La LOCE deroga el capítulo II del Título I (artículos 5,6,7) conforme recoge la Disposición Derogatoria Única, apartado 5.

alumnos. 2. El carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa por el titular del centro. La elección del centro por las familias y alumnos comportará la aceptación del carácter propio de éste”.

La redacción de este artículo en el anteproyecto de Ley de 12 de mayo de 2002, el entonces artículo 65, era diferente en el apartado primero que establecía que “los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos respetando, en todo caso, los derechos reconocidos a profesores, padres y alumnos”, y omitía “el respeto a los principios constitucionales”. Alusión que es recogida en el proyecto de Ley 121/000104 de julio de 2002.<sup>502</sup> El párrafo segundo del entonces artículo 65, es similar al del actual artículo 73 de la LOCE.<sup>503</sup>

El contenido del primer párrafo es similar al artículo 22.1.LODE, se reconoce el derecho del Titular del centro privado a establecer el carácter propio del mismo, y como no se trata de un derecho ilimitado y absoluto se establece unos límites, que vienen constituidos por el respeto a los principios constitucionales y los derechos reconocidos a los miembros de la comunidad educativa.<sup>504</sup>

Afirma la publicidad del carácter propio del centro que corresponde al titular, que deberá encargarse de ponerlo en conocimiento de padres, alumnos y profesores. Y agrega que la elección del centro por las familias *comportará la aceptación* del carácter propio de éste. Utiliza el término *comportará*, sinónimo de conllevará, llevará consigo, que indica una conducta, un proceder determinado, en este caso, de aceptación del carácter propio.<sup>505</sup>

Y sinónimo de aceptación es admisión, conformidad, tolerancia. Este precepto se refiere a centros privados en sentido estricto y hay que conectarlo con el artículo 2, párrafos 2, 3.b) y 4 (derechos y deberes de los alumnos) –el apartado 4, letra c) se refiere al respeto a las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo-; artículo 3, párrafos 1 y 2.d) (derechos y deberes de los padres); artículos 56 LOCE y 3 de la LODE (funciones y derechos de los profesores).

Cuando se trate de centros privados concertados el artículo 68.5 LOCE, dispone que “el proyecto educativo de los centros concertados *deberá incorporar* el carácter propio al que se refiere el artículo 73 de la presente ley”. Se remite a lo establecido en este tema para los centros privados.

Conforme a lo visto hasta ahora, se parte del hecho que hay centros donde elegir, centros públicos, centros privados en sentido estricto con ideario, y centros privados concertados. Cabe preguntarse que ocurriría si en un determinado lugar no hay centros donde elegir o los que hay ya tienen cubierto todos los puestos escolares.

---

<sup>502</sup> B.O.C.G. Congreso de los Diputados, núm. 104-1, de 31 de julio de 2002

<sup>503</sup> En el Dictamen de la Comisión del Senado (B.O.C.G., Senado, núm. 92 (g) de 9 de diciembre de 2002) es el artículo 73 el que regula el carácter propio de los centros privados, y a partir de aquí no hay modificación en el precepto, ni en el contenido ni en el número.

<sup>504</sup> Vid., artículos 2, 3 y 56 de la LOCE, artículo 3 de la LODE.

<sup>505</sup> “Al haber elegido libremente para sus hijos un centro con un ideario determinado están obligados a no pretender que el mismo siga orientaciones o lleve a cabo actividades contradictorias con tal ideario...” STC 5/1981 de 13 febrero, FJ. 12. Vid. ATC núm. 333/1997 de 13 de octubre, FJ. 4, párrafo 4 in fine.

3.4.2. Estudio social y demográfico ante la posibilidad de que no exista pluralidad de centros entre los que elegir, o bien que exista tal pluralidad, pero que tengan cubiertas todas las plazas educativas.<sup>506</sup> Referencia a la STC 5/1981, voto particular.

Con este estudio las finalidades que se perseguían eran fundamentalmente: 1) saber dónde estaba creciendo la población de Madrid; 2) en qué medida se ven atendidas las necesidades escolares en esas zonas donde se concentra esta nueva población; 3) apreciar la valoración que se hace de la escuela concertada de religiosos en estos nuevos barrios.

Tras el estudio detallado de la investigación realizada, la FERE llegó a las siguientes conclusiones.<sup>507</sup>

1.- Con respecto a la dinámica urbana de la CAM, la población crece y se mueve, experimentará un crecimiento de cerca de un cuarto de millón de habitantes en los próximos 15 años,<sup>508</sup> pero la evolución demográfica es dispersa y heterogénea. Se prevé que el municipio reduzca su porcentaje en un 50% en beneficio de los municipios no metropolitanos y las coronas metropolitanas del oeste y el norte.<sup>509</sup>

2.- Refiriéndose a la oferta docente existente: la CAM tiene una oferta educativa concertada muy importante, y particularmente de centros docentes de Instituciones Religiosas -es la Comunidad Autónoma con más centros concertados, después del País Vasco y de Navarra- pero el mapa de dicha oferta es estático y deja grandes zonas de concentración de población reciente sin ninguna atención educativa concertada católica.

3.- Acerca de los sondeo por muestra de las opiniones y actitudes de los padres y madres de niños y jóvenes en edad escolar sobre posibles ofertas educativas se llegó a la conclusión que los centros docentes católicos gozan de un cierto prestigio entre la mayor parte de los padres y madres de estos nuevos barrios donde apenas existe presencia de este tipo de colegios.<sup>510</sup> Tienen mejor valoración en los aspectos como disciplina y peor en aspectos de creatividad, y llama la atención la identificación que determinada población sigue estableciendo entre la oferta docente católica y determinados posicionamientos ideológicos y políticos de carácter regresivo.

Y añaden que la escuela católica debe hacer un esfuerzo por *informar acerca de su verdadero carácter*, de la creatividad que en ella desarrolla, de la formación en valores que imbuye toda su actividad formativa.

Y demandan de las Administraciones Públicas –locales, autonómicas y estatales- el establecimiento de mecanismos y medidas globales que faciliten el acomodo de instituciones y entidades de religiosos y religiosas de la enseñanza en el nuevo mapa de población de la Comunidad Autónoma de Madrid.<sup>511</sup>

---

<sup>506</sup> Se trata de un interesante estudio sobre la compleja realidad social y demográfica en la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM), solicitado por la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza (FERE) y que fue realizado por un equipo de investigación sociológica (EDIS) de la Facultad de Sociología de la Universidad Pontificia de Comillas.

<sup>507</sup> *Dinámica urbana y servicios educativos en Madrid y su área de influencia (Desafíos y Oportunidades)*, Estudio realizado por un equipo de investigación sociológica (EDIS) Facultad de Sociología de la Universidad Pontificia de Comillas, FERE, Madrid, 2000, pgs. 215-216. ABC de 19 de septiembre de 2000.

<sup>508</sup> Llegando a cinco millones doscientos sesenta mil habitantes.

<sup>509</sup> Pueden llegar en el 2011 al 50% de la población.

<sup>510</sup> Un 59% los valoran como buenos o muy buenos; un 57,9% enviarían sus hijos a estos colegios.

<sup>511</sup> Sus conclusiones son las siguientes: una tesis: Madrid se mueve; una antítesis: la escuela concertada tiene dificultades para moverse; una síntesis: eliminar obstáculos y situar la escuela concertada de religiosos más allá donde su compromiso con la necesidad social y demográfica se lo exija.

Conviene observar como la conclusión a que llega este estudio –la falta de presencia de centros concertados confesionales en la nuevas poblaciones de la CAM- es, a sensu contrario, similar a la situación planteada por Tomás y Valiente en su voto particular,<sup>512</sup> hace veinte años. Es decir, entonces se incidía en la falta de centros docentes públicos, ahora en la falta de centros concertados con ideario confesional, siendo el hábitat las nuevas poblaciones de la CAM.

Tomás y Valiente planteó un eventual problema de un determinado habitat –en clave rural, pueblo, barrio urbano- donde solo hubiera centros privados dotados todos ellos con el mismo ideario y no hubiera centros públicos. Es evidente que aquellos padres que no compartieran ese ideario educativo –que ya no sería una oferta concurrente con otras, sino una imposición sin alternativa- no podrían ejercer de forma “real y efectiva” (artículo 9.2.CE) el derecho que les reconoce el artículo 27.3 CE.

Afirma que no es un supuesto imaginario en base a dos razones: la desigual distribución, al menos de ciertos enclaves urbanos, de los centros públicos y la mayoritaria distribución de los centros privados a una determinada orientación religiosa.

Y si se trata de centros financiados por los poderes públicos y un nivel educativo obligatorio, los padres no solo no podrían ejercer su derecho a elegir para sus hijos una determinada formación religiosa y moral (artículo 27.3 CE) sino que se verían obligados a enviarlos a un centro financiado con fondos públicos –y por ello en alguna medida con su personal contribución- cuyo ideario no compartían. Menciona la sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976 que señala que “en razón al peso del Estado moderno, este propósito –el del pluralismo educativo- debe realizarse sobre todo por medio de la enseñanza pública”.

### 3.4.3. La autonomía de los centros: centros con especialización curricular.

La LOCE siguiendo la línea establecida en el artículo 6 de la LOPEGCD, habla de autonomía pedagógica,<sup>513</sup> autonomía organizativa<sup>514</sup> y reconoce la autonomía en la gestión económica de los centros de acuerdo con las normas vigentes, y que es de forma muy similar a como lo hacia la LOPEGCD.

Se refiere también a los centros docente con especialización curricular de la forma siguientes: 1. Los centros docentes en virtud de su autonomía pedagógica y de organización podrán ofrecer proyectos educativos que refuercen y amplíen determinados aspectos del currículo referidos a los ámbitos lingüístico, humanístico, científico, tecnológico, artístico, deportivo y de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (artículo 66.1) y podrá añadir a su denominación específica la especialización para la que hayan sido autorizados (artículo 66.3). 2. La autorización de una especialización curricular podrá incorporar, en su caso, la ampliación de los horarios para desarrollar los correspondientes proyectos de especialización (artículo 66.2). 3. Los centros docentes deberán incluir en su proyecto educativo la información

---

<sup>512</sup> STC 5/1981 de 13 febrero, FJ. 21-22

<sup>513</sup> Define lo que entiende por autonomía pedagógica, que “se concretará, con carácter general, mediante las programaciones didácticas, planes de acción tutorial y planes de orientación académica y profesional y, en todo caso, mediante proyectos educativos” (artículo 68.1).

<sup>514</sup> Artículo 69.1 dispone que “se concretará en la programación general anual y en los reglamentos de régimen interior. La programación general anual será elaborada por el equipo directivo, previo informe del claustro de profesores”.

necesaria sobre la especialización correspondiente, con el fin de orientar a los alumnos y a sus padres (artículo 66.3). 4. El proyecto educativo deberá incorporar los aspectos específicos que definan el carácter singular del centro (artículo 68.3). 5. Los centros docentes harán público su proyecto educativo y facilitarán a los alumnos y a sus padres cuanta información favorezca una mayor participación de la comunidad educativa (artículo 68.4). 6. Las Administraciones educativas prestarán un especial apoyo a los centros sostenidos con fondos públicos que cuenten con alguna especialización curricular (artículo 66.5).

Podemos afirmar que el derecho a establecer el ideario o carácter propio en un centro docente ha sido objeto de regulación en las distintas leyes, donde se reconoce este derecho de forma expresa y con el límite fundamental del respeto a los principios constitucionales, así como a los derechos de los miembros de la comunidad escolar. Se trata de un derecho que tiene carácter constitucional y no meramente legal como determina el hecho de que forma parte del derecho a la creación de centros docentes.

#### 4. SUJETOS DEL DERECHO A ESTABLECER EL IDEARIO.

##### 4.1. Titularidad.

El derecho a establecer el ideario o carácter propio del centro viene atribuido por ley a los titulares del centro privado (artículo 73.1 LOCE).<sup>515</sup> Y son titulares de un centro educativo la persona física o jurídica que conste como tal en el Registro de centros de la correspondiente Administración educativa (artículo 64.2 LOCE).<sup>516</sup>

Gómez de las Rocas definía al Titular como el destinatario de los riesgos y venturas de una actividad. Responde quien dice o decide quién responde; responsabilidad y decisión son inseparables.<sup>517</sup>

Este derecho es lo que Ortiz Díaz denomina “derecho fundacional” en un sistema de libertad de enseñanza, porque el ideario es condición de libertad.<sup>518</sup>

Es un derecho autónomo como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional<sup>519</sup> y el Tribunal Supremo.<sup>520</sup> Y el derecho de los titulares de los centros a su efectiva dirección es una garantía de este derecho, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional que “confirma la garantía constitucional del derecho de los titulares de los centros a su efectiva dirección como derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza de los titulares. En dichos casos, que no se confunde con el de fijar un carácter propio del centro sino que por el contrario es más bien una garantía de éste último, aparte de que tenga otros contenidos”.<sup>521</sup>

Ahora bien, el establecer el ideario es un derecho pero no un deber. El ideario es potestativo, implica la posibilidad de que no se ejerza este derecho, y por tanto puede haber centros privados sin ideario. Sirve de pauta para el ejercicio del derecho de elegir

---

<sup>515</sup> En el mismo sentido lo disponía el artículo 34 LOECE y artículo 22.1 LODE.

<sup>516</sup> Vid., artículos 6.1 y 8.3 LOECE; artículo 22.1 LODE.

<sup>517</sup> DSCD núm. 74 de 13 de marzo de 1980, p. 4977.

<sup>518</sup> Ortiz Díaz J., *La libertad de enseñanza...* cit., p. 203

<sup>519</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ. 8

<sup>520</sup> STS 24 de enero de 1985, FJ. 6.

<sup>521</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 20.



centro docente distinto de los establecidos por los poderes públicos ya que el pluralismo y la libertad de enseñanza impiden la posibilidad de un monopolio docente del Estado.<sup>522</sup>

#### 4.2. Posibilidad de modificar el ideario: criterios seguidos por el Tribunal Constitucional y la doctrina.

La atribución de este derecho al Titular del centro privado no plantea ningún problema pero no ocurre lo mismo en el supuesto de la modificación del ideario, que podría darse por cambio de criterio del titular inicial, por transmisión de dicha titularidad o por modificación de contenido de las enseñanzas organizativas, pedagógicas etc... que de alguna forma afecten al ideario inicial.

Sobre este aspecto Tomás y Valiente en su voto particular en STC 5/1981 se pronunció en los siguientes términos: “aunque la fijación del ideario es un derecho reconocido por el artículo 34 de la LOECE a los titulares de los centros privados, *éstos no podrán alterarlo a su arbitrio*, pues una vez establecido el ideario *pasa a ser un elemento objetivo y propio de la institución escolar* y su arbitraria modificación o sustitución por el titular conllevaría una conducta fraudulenta en relación con los padres, que habiendo elegido tal centro para la educación de sus hijos en función de o, al menos, con conocimiento de, un determinado ideario, vieran después sometidos a los alumnos a una educación ideológicamente diferente, y con los profesores que aceptaron trabajar en un centro cuya orientación ideológica no les pareció impedimento para incorporarse a él, pero tal vez no se sintiera en la misma disposición respecto a la nueva ideología del centro”.<sup>523</sup>

Martínez López-Muñiz puntualiza que “ello no debe llevar a negar el derecho del titular de transferir el centro a otro sujeto, que pasaría a ser el nuevo titular. Y a que el mismo o los que adquiriesen su misma situación cambien el carácter propio o ideario del centro *en momento y forma oportunos*, garantizándose el debido respeto –pero no necesariamente una absoluta intangibilidad- a los vínculos jurídicos contraídos anteriormente con profesores y alumnos o sus padres, de conformidad con los principios generales del derecho y con las peculiaridades de la actividad de la enseñanza en forma escolarizada”.<sup>524</sup>

En este caso se está hablando de modificación del ideario por titulares de centros privados,<sup>525</sup> y éstos, a su vez, pueden ser: centros privados en sentido estricto y centros privados concertados o sostenidos con fondos públicos.

Siendo centros privados en el sentido establecido en el artículo 34.1. de la LOECE, Tomás y Valiente en su voto particular entendió que “el ideario educativo de un centro deber ser *permeable* a las convicciones ideológicas de todos los sujetos protagonistas, junto con el titular, de la comunidad escolar: profesores, padres y eventualmente alumnos, quienes, siempre junto con aquel, deberán intervenir en la toma de decisiones que impliquen la aplicación del ideario a situaciones concretas o que expresen la interpretación, acaso evolutiva, del mismo.”<sup>526</sup>

---

<sup>522</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra...* cit. p. 199

<sup>523</sup> FJ. 8 del voto particular de Tomás y Valiente en STC 5/1981 de 13 de febrero.

<sup>524</sup> Martínez López-Muñiz, *Requisitos y efectos...* cit., p. 23

<sup>525</sup> Recordemos que la LOECE sólo distinguía entre centros públicos y privados.

<sup>526</sup> FJ. 8 del voto particular de Tomás y Valiente en STC 5/1981

Opinión que no comparte parte de la doctrina, como Martínez López-Muñiz que opina que una cosa es que el Titular deba, por prudencia y eficacia, tener en cuenta el parecer de unos y otros, y otra muy distinta que pese sobre él deber alguno que restrinja su plena libertad –y su correspondiente y exclusiva responsabilidad- sobre el ideario y su aplicación, en todo momento.<sup>527</sup>

Fernández-Miranda y Sánchez Navarro plantean la cuestión de quién es el sujeto competente para modificar el ideario en los centros financiados con fondos públicos ya que ni las leyes reguladoras de este derecho –LOECE, LODE, LOPEGCD, LOCE- ni el Tribunal Constitucional condicionan el ejercicio del derecho del Titular, ni el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de ocuparse del tema.

En su opinión, como vimos al principio de este capítulo, el tema ha de plantearse a partir de la idea de que el ideario es el nexo o punto de convergencia de dos derechos: el de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos. Así pues hay dos partes en la fijación del ideario: el fundador que realiza la oferta educativa y los padres y alumnos que se adhieren a esa oferta; la modificación también puede afectar a los profesores que imparten sus enseñanzas con el respeto al ideario que han aceptado al incorporarse al centro.

Y consideran que la modificación del ideario durante el año escolar debe resultar de la *convergencia unánime* del Titular, los profesores y los padres, pues la decisión de una mayoría no puede modificar el derecho adquirido por quienes comenzaron un curso adhiriéndose a un ideario preciso. Y las modificaciones entre cursos escolares deberían contar con la adhesión de la comunidad escolar.

Sería oportuno –añaden- prever, por vía legal, una cláusula de conciencia similar a la contemplada para los periodistas, informadores en el artículo 20.4 CE, para aquellos profesores que sientan lesionadas sus convicciones morales por el cambio en el ideario.<sup>528</sup>

Martínez López-Muñiz afirma que la conclusión del voto particular de Tomás y Valiente le parece excesiva, desproporcionada; no hay por qué negar en estos casos el derecho al establecimiento y mantenimiento del ideario o carácter propio. Ello es perfectamente compatible con que en esos supuestos recaiga sobre los centros privados de que se trate “la obligación de *tomar las medidas necesarias* para garantizar la atención y el trato diferenciado –sin discriminaciones- que corresponda” para garantizar el derecho a recibir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con las convicciones de los responsables, padres o tutores, del educando.<sup>529</sup>

Pero este tema de la modificación del ideario no sería completo si no se tiene en cuenta las características y requisitos del ideario, cuestión a la que nos vamos a referir a continuación.

---

<sup>527</sup> Martínez López-Muñiz, *Requisitos y efectos...* cit., p. 24.

<sup>528</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., pgs. 196-197. En el mismo sentido, es decir que se requiere el “respaldo de todos los miembros de la comunidad escolar, titulares, padres y profesores” se pronuncian De Esteban Alonso y González Trevijano en *Derecho Constitucional...* cit., p. 220.

<sup>529</sup> Martínez López-Muñiz, *Requisitos y efectos...* cit., p. 24.

## 5. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DEL IDEARIO.

La formulación del ideario ha de ser pública, sintética e inequívoca, para que pueda ser conocida y comprendida por los padres de los alumnos y por cualquier persona eventualmente interesada.<sup>530</sup>

Por lo que las características fundamentales que ha de reunir el ideario o carácter propio de un centro docente son las siguientes:

### 5.1. Público.

El ideario ha de ser público. Es decir, ha de constar de forma expresa en cualquier tipo de publicidad, de promoción. No puede haber un ideario oculto, debe encontrarse externamente formalizado para servir de referencia objetiva a los padres al elegir el tipo de educación y para ordenar el ejercicio de los derechos de los profesores, padres y alumnos.<sup>531</sup>

El Tribunal Constitucional ha afirmado que “el carácter propio ni es secreto ni podría serlo y deben arbitrarse los medios legales de publicidad...que se consideren oportunos para que ese carácter propio pueda ser conocido por las autoridades del Estado...para que puedan velar por la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales”.<sup>532</sup>

Este requisito estaba regulado en el artículo 22.2 LODE, y artículo 6.3 LOPEGCD<sup>533</sup>, y también en el RD 366/1997 de 14 de marzo que regula el régimen de elección del centro educativo, se refiere a los procedimientos a utilizar que consideren más oportunos, en su artículo 5 que dispone: 1. Todos los centros sostenidos con fondos públicos deberán informar del contenido de su proyecto educativo y, en su caso, de su carácter propio a los padres o tutores y a los alumnos mayores de edad que soliciten plaza en dichos centros, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la LOPEGCD de 1995. En consecuencia, en uso de su autonomía, los centros educativos adoptarán *los procedimientos que consideren más adecuados para facilitar esa información a las familias*. 2. Para ayudar a esa elección, las Direcciones Provinciales del Ministerio de Educación y Cultura proporcionarán una información objetiva sobre los centros educativos sostenidos con fondos públicos.

El RD 732/1995 de 5 mayo que regula los derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia<sup>534</sup> reconoce el derecho de los alumnos antes de formalizar la matrícula a ser informado sobre el proyecto educativo o sobre el carácter propio del centro (artículo 16.2.a.).

Y la LOCE establece que “el carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa por el titular del centro” (artículo 73.2).<sup>535</sup>

---

<sup>530</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, voto particular de Tomás y Valiente, FJ.8, párrafo 1

<sup>531</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción de...* cit., p.57

<sup>532</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 10.

<sup>533</sup> “El proyecto educativo de los centros privados concertados podrán incorporar el carácter propio a que se refiere el artículo 22 LODE, *en todo caso deberá hacerse público*”.

<sup>534</sup> Deroga el RD 1543/1988 de 28 de octubre que regula la misma materia.

<sup>535</sup> Utiliza una fórmula genérica, similar a la recogida en el artículo 22 de la LODE, derogado por Disposición Derogatoria única, párrafo 3 de la LOCE.

## 5.2. Sintético.

El ideario ha de ser sintético. Es decir, concreto, un resumen o compendio del actuar del centro. Si el ideario es un conjunto de principios básicos y fundamentales que sintetizan la orientación última que define un centro educativo, necesariamente tienen que tener un carácter esquemático que debe marcar exclusivamente las metas últimas que informe la tarea educativa.<sup>536</sup>

Ortiz Díaz lo definía como pequeña constitución del centro escolar.<sup>537</sup> Se ha de ceñir a las metas o valores últimos que informan la tarea educativa y hacen reconocible el centro.<sup>538</sup>

## 5.3. Inequívoco.

El ideario ha de ser inequívoco, o lo que es lo mismo, que no dé lugar a confusión; ha de ser redactado de forma clara y concisa, con el respeto absoluto al Texto Constitucional y a las directivas educativas que él comporta.<sup>539</sup>

Así, “existen algunos principios o declaraciones constitucionales que, por constituir los fundamentos de la regulación constitucional de nuestro sistema educativo, vinculan de manera directa y específica a los titulares de los centros privados a la hora de establecer el ideario del centro” (STC 5/1981, voto particular FJ.9). Son los recogidos en el artículo 27.2 CE.

La primera finalidad es el pleno desarrollo de la personalidad humana, plenitud que es imposible sin libertad y todo ideario educativo que coarte o ponga en peligro el desarrollo pleno y libre de la personalidad de los alumnos, será nulo por opuesto a la Constitución. Asimismo el alumno debe ser educado en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos fundamentales, por lo que el Estado no podría permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos. El artículo 27.2 CE es garantía de que esto no podrá ocurrir en nuestro ordenamiento.

El principio de tolerancia ha de informar todas las relaciones entre los diferentes componentes de la comunidad escolar, pues la coherencia de una labor educativa consiste en transmitir al educando aquello que los educadores practican. Por eso la Constitución exige el respeto a esos mismos principios constitucionales en relación con la creación y consiguiente organización de los centros privados (artículo 27.6 CE).<sup>540</sup>

## 5.4. Estable.

El ideario ha de ser estable ya que proporciona al centro la continuidad y la coordinación de las diversas actuaciones personales dentro del centro y de éste de cara al exterior.<sup>541</sup> El ideario ha de ser estable porque una vez establecido pasa a ser un elemento objetivo propio de la institución escolar y para permitir una acción educativa eficaz;<sup>542</sup> así como para evitar *un fraude* respecto de los padres de los alumnos y de los

---

<sup>536</sup> Otaduy Guerin G., *La extinción...* cit., p. 58

<sup>537</sup> Ortiz Díaz J., *La libertad de enseñanza...* cit., p. 204.

<sup>538</sup> Martí Sánchez JM., *Factor religioso...* cit., p. 438

<sup>539</sup> Sentencia Magistratura de Barcelona de 3 de julio 1978; Embid Irujo A., *Las libertades...* cit., p. 269

<sup>540</sup> *Ibidem*, FJ. 10.

<sup>541</sup> Otaduy Guerin G., *La extinción...* cit., pgs. 57-58

<sup>542</sup> Lorenzo Vázquez P., *En torno al carácter ...* cit., p. 47.

profesores que eligieron un determinado centro en base al ideario del mismo y que debido a una arbitraria modificación o sustitución del mismo se verían sometidos a una educación u orientación ideológica diferente.<sup>543</sup>

En relación con la estabilidad del ideario podría plantearse problemas en los centros privados financiados con fondos públicos. En estos centros el derecho a la fijación del carácter propio por parte del Titular podría quedar limitado al momento de la creación del centro, pues en el devenir de la vida del mismo el carácter propio real dependerá del acuerdo entre el Titular y el Consejo escolar; y en último término, si el acuerdo no se produce, de la Administración.<sup>544</sup> En este sentido resulta perfectamente imaginable que los profesores y el director no coincidan en sus concepciones ideológicas y religiosas con las del titular, y en consecuencia el carácter propio real del centro no tendrá por qué ser el del titular, produciéndose en este punto una “publicación de los centros concertados”.<sup>545</sup>

Hay que recordar que el Tribunal Constitucional confirma la garantía constitucional del derecho de los Titulares de los centros a su efectiva dirección como derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza. Este derecho del titular a la dirección del centro tiene un contenido esencial que no puede verse afectado por limitación alguna que impida su ejercicio a través de facultades decisorias.<sup>546</sup> Desde el punto de vista positivo, implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión; desde el punto de vista negativo ese contenido esencial exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables o que lo despojen de la necesaria protección.<sup>547</sup>

Si la Constitución habilita al legislador para condicionar o restringir aquella facultad en los términos que considere oportunos para dar contenido concreto al derecho recogido en el artículo 27.7, correspondiente a los restantes miembros de la comunidad escolar, la facultad del titular se habrá visto condicionada y restringida pero *en modo alguna suprimida*.<sup>548</sup>

Y en el supuesto de centros privados en sentido estricto, no se debe cambiar el ideario o carácter propio sin cumplir una serie de requisitos que garanticen una cierta estabilidad en el tiempo.

También hay que señalar los requisitos generales del ideario de un centro docente, aunque a ellos nos referiremos más adelante al hablar de los límites, que son los siguientes:

- El ideario ha de respetar los principios constitucionales y los derechos reconocidos a los profesores, padres de alumnos y a los alumnos (artículo 73.1 LOCE).<sup>549</sup>
- Ha de pasar la autorización administrativa correspondiente que deriva de los límites de la libertad de creación de centro docente y consiste en un control por parte de la Administración del ajuste del ideario o carácter propio a los principios establecidos en estos límites a la libertad de creación de centros. Tal control administrativo *no consiste en negar o cuestionar el derecho del titular a fijar el ideario* sino solo en controlar el ajuste señalado. No se trata de una autorización reglada.

---

<sup>543</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, voto particular de Tomás y Valiente, FJ. 8.

<sup>544</sup> Lorenzo Vázquez P., *En torno al carácter ...* cit., p. 47, y en *Libertad religiosa...* cit., p. 70

<sup>545</sup> Ibán I.C., *La enseñanza...* cit., p. 417

<sup>546</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 20.

<sup>547</sup> Ibidem, FJ.20

<sup>548</sup> Ibidem, FJ. 24.

<sup>549</sup> Anteriormente así lo disponía el artículo 22.1 LODE y artículo 34.1 LOECE.

En la práctica pueden darse supuestos de centros docentes que teniendo un ideario confesional cambien –por diversas causas- y pasen a ser centros sin ideario, o bien que un centro privado laico pase a ser centro con ideario confesional.

Es ilustrativo de esta segunda posibilidad el caso que pasamos a exponer.

#### 5.5. Supuesto de cambio de ideario durante el curso escolar.

Los hechos acaecieron en el curso escolar 1995/1996. El Sr. Martínez Ruiz, titular del Colegio privado “Hispano Inglés” de Pozuelo de Alarcón (Madrid), colegio laico o aconfesional, con un programa educativo de atención a todas las creencias o ideologías, y de especialización curricular lingüística –el idioma inglés- pretendía mejorar el centro: aumento de plazas de las 350 iniciales a 800 plazas, mejorar el polideportivo y hacer laboratorios de prácticas. Todo ello suponía un riesgo económico, por lo que aceptó la oferta de compra de “Lumen Dei”, Asociación religiosa, registrada como congregación religiosa en el Ministerio de Justicia.<sup>550</sup>

La venta se produjo el 29 de diciembre de 1995, sin informar a nadie, ni a las autoridades administrativas, ni a los distintos miembros de la comunidad educativa: profesores, padres, alumnos. Hay cambio de Titular y cambio de proyecto educativo y de ideario o carácter propio del centro educativo. Sólo después de las navidades, tras la vuelta a clase –el día 9 de enero de 1996- el Titular del centro, Sr. Martínez, envía unas cartas a los padres y profesores para informarles del cambio producido. El argumento utilizado es que efectivamente el colegio había sido vendido, pero que había un compromiso de los actuales propietarios de mantener la línea educativa.<sup>551</sup>

Los problemas que planteó esta situación son los siguientes:

· Uno.- Hay una venta, por lo que se produce un cambio de titularidad del centro y no se solicita ante la Autoridad Administrativa competente el cambio de titularidad – incumpléndose el principio de autorización administrativa<sup>552</sup>- hasta el 11 de enero de 1996. Al Ministerio de Educación y Cultura no le constaba ninguna solicitud de cambio de titularidad.

Ante las denuncias de los padres de alumnos hubo una inspección del Ministerio de Educación (MEC) que comprueba que se trata de una situación ilegal.

· Dos.- Comprobados los hechos el MEC dicta una resolución y obliga al Titular, Sr. Martínez Ruiz, a seguir siendo el titular, en caso contrario, revocaría la autorización administrativa de apertura y funcionamiento del centro y lo cerraría, de conformidad

---

<sup>550</sup> Creada por el jesuita Rodrigo de Molina en 1968, aprobada por 56 Obispos de 10 países, entre ellos España, EEUU, Perú...En Madrid está autorizada desde 1976, al contrario que en Barcelona que no fue reconocida por el Obispado.

<sup>551</sup> Mientras una profesora de inglés había sido sustituida por un cura, que a partir de entonces impartiría la clase de inglés. Este proceder sorprendió a padres y alumnos. De todo ello se hicieron eco los distintos medios de comunicación: ABC de 13 de enero de 1996, y 13 de febrero de 1996; EL PAIS de 12, 13, 16, 20, 27 y 30 de enero de 1996 y 17 de junio de 1997.

<sup>552</sup> Artículo 23 LODE: “La apertura y funcionamiento de los centros docentes privados se someterán al principio de autorización administrativa, la cual se concederá siempre que reúnan los requisitos mínimos que se establezcan con carácter general, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de esta Ley. La autorización se revocará cuando los centros dejen de reunir estos requisitos”. Vid. STS de 16 mayo de 1989 FJ. 4 (RJ. 3967) que se refiere a cuando se producen una modificación en los requisitos mínimos es como si se tratara de una nueva apertura y funcionamiento del centro.

con la Ley. El RD 332/1992 de 3 de abril sobre autorización de centros docentes no universitarios para impartir enseñanzas de régimen general, establece como causas de modificación de la autorización del centro, entre otras, “por cambio de titularidad del centro” (artículo 13.1.g.); y en todo caso, la extinción de la autorización surtirá efectos desde el inicio del curso académico siguientes (artículo 16.3).

· Tres.- Se trata de una venta de centro docente a mediados del curso escolar, de la que no se informó a los miembros de la comunidad escolar: profesores, padres y alumnos, incumpléndose lo dispuesto en el artículo 22.LODE: “1. En el marco de la Constitución, y *con respeto de los derechos garantizados* en el Título Preliminar de esta Ley a profesores, padres y alumnos, los titulares de los centros privados *tendrán derecho* a establecer el carácter propio de los mismos. 2. El carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa por el titular”.<sup>553</sup>

Una de las razones por las que no se autoriza un cambio de titularidad hasta que no finalice el curso escolar es para que los nuevos propietarios no impongan su proyecto educativo, y en este caso su ideario confesional, que ni los padres habían elegido libremente, ni al que los profesores se habían adherido libremente. Además de que “cualquier modificación en las enseñanzas autorizadas, aún cuando se realice con carácter experimental, deberán ser aprobadas por el MEC a propuesta de la Dirección General de Centros Escolares e inscribirse en el Registro de Centros (artículo 8.2 del RD 332/1992 de 3 de abril).

El resultado – tras ser informados padres, alumnos y profesores- fue la anulación de 12 matrículas, si bien hubo 6 nuevos alumnos y una baja de un profesor.<sup>554</sup>

· Cuarto.- Cambio de titularidad que suponía también cambio de ideario o carácter propio, de ser un centro laico pasa a ser un centro confesional, muy distinto al elegido por los padres para sus hijos, derecho reconocido y garantizado en el artículo 27.3 CE.<sup>555</sup>

En este caso el ideario no es estable, uno de las características necesarias – además de ser público, concreto y claro-. La venta fue rápida, en medio del curso escolar, aprovechando las vacaciones de navidad, en privado, sin notificación a padres ni a profesores y produciéndose un cambio radical de ideario: de centro laico, caracterizado por clases de inglés, con niños que no eran católicos y no estaban bautizados, pasa a ser un centro cuyo propietario es una Asociación de Derecho Eclesiástico.

El efecto inmediato es que los padres se sintieron defraudados porque sus hijos iban a recibir una educación que ellos no habían elegido.<sup>556</sup> Se cumple en este supuesto lo antes comentado, que se precisa una garantía de la estabilidad del ideario para que

---

<sup>553</sup> Artículo derogado por la Disposición derogatoria única de la LOCE, apartado 3. El artículo 73 LOCE de 2002 es de contenido similar, pero hay aspectos distintos: “1. Los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos, respetando, en todo caso, los principios constitucionales y los derechos reconocidos a profesores, padres y alumnos. 2. El carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa por el titular del centro. La elección del centro por las familias y alumnos comportará la aceptación del carácter propio de éste”.

<sup>554</sup> La causa era el término del contrato (obsérvese que se estaba a mediados de curso).

<sup>555</sup> Así como los artículos 4.b) y c) LODE; artículo 6 c)LODE; artículo 3 LODE, artículo 5.1.b) de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en el campo de la enseñanza de 1960; así como el artículo II-2 AEAC de 1979.

<sup>556</sup> ABC de 13 de enero de 1996

permita una acción educativa eficaz y para evitar un fraude respecto de los padres de los alumnos y de los profesores que eligieron un determinado centro en base al ideario del mismo y su línea educativa.<sup>557</sup>

El representante del “Lumen Dei” reconoció<sup>558</sup> ante los padres que “eran conscientes de que no podían cambiar de la noche a la mañana el proyecto educativo del centro” y en concreto –habría que añadir- el ideario o carácter propio del centro, de lo que alumnos y padres protestaban. En este sentido definió el Lumen Dei como una “organización que predica el evangelio, que acata la disciplina que predica el Papa, que predica la verdad íntegra pero también tienen interés en que los niños se formen científicamente”.<sup>559</sup>

El MEC decidió realizar inspecciones cada quince días a fin de vigilar que los miembros de la organización religiosa no participaran en las actividades educativas del centro durante el curso escolar 1995/1996.

· Cinco.- La repercusión que lo acontecido produjo en los miembros de la comunidad educativo fue que los padres de alumnos se constituyen en asociación –recordemos que se trata de un colegio privado y no hubo asociación de padres de alumnos hasta entonces- a fin de denunciar la situación ante la autoridad competente –la Subdirección Territorial del MEC- manifestando que no habían sido respetados sus derechos y se sentían defraudados y engañados.

Un portavoz del Lumen Dei, Sr. Perteguer; señaló que su intención era de no participar en ninguna actividad del centro, “aunque permanecerían en el mismo” en calidad de propietarios, informando sobre el proyecto educativo para el curso 96/97.<sup>560</sup>

El Claustro de profesores manifestó a los medios de comunicación que les habían “asegurado su puesto de trabajo hasta fin del curso académico”, aunque no se pronunciaban respecto de las quejas de los alumnos y padres de alumnos sobre la repentina presencia de curas en las aulas hablando a los niños del demonio o el pecado original “porque no conocían el ideario del Lumen Dei”.<sup>561</sup>

Respecto de los alumnos, habría que decir -según los medios de comunicación- estaban sorprendidos, unos con miedo y otros sin entender.

· Sexto.- El cambio de titularidad solo se podría formalizar cuando terminara el curso escolar y antes de autorizar al nuevo titular el MEC tendría que hacer la investigación pertinente, pidiendo informes al Ministerio de Justicia. Y para que una institución católica abra un centro de enseñanza necesita el visto bueno de la Diócesis y en la fecha de los hechos a los que nos estamos refiriendo, el Lumen Dei no lo había solicitado ante el Arzobispado,<sup>562</sup> no se les había dado la “autorización necesaria para erigir centros educativos católicos”.

Es decir, para hacerse cargo de un centro docente católico, además de los trámites administrativos, es preciso cumplir los requisitos que establecen las normas de derecho canónico para estos casos. El canon 803 del Código de Derecho Canónico (CDC) dispone que “se entiende por escuela católica aquella que dirige la autoridad eclesiástica competente o *una persona jurídica eclesiástica pública*, o que la autoridad

---

<sup>557</sup> STC 5/1981 de 13 febrero, voto particular de Tomás y Valiente, FJ.8.

<sup>558</sup> Según información publicada en los medios de comunicación, EL PAIS de 12 de enero de 1996.

<sup>559</sup> Ibidem, y ABC de 16 y 29 de enero de 1996.

<sup>560</sup> EL PAIS de 16 de enero de 1996.

<sup>561</sup> Ibidem.

<sup>562</sup> Ibidem, de 21 de enero de 1996.



eclesiástica reconoce como tal mediante documento escrito”. En este caso, se trata de una persona jurídica eclesiástica pública.

En la actualidad el centro educativo tiene como denominación “Colegio Hispano”, su titular es la Asociación de Derecho Eclesiástico Lumen Dei, ubicado en Pozuelo de Alarcón, parte del profesorado de entonces continúa y su director es el Sr. Perteguer Muñoz.<sup>563</sup>

En el supuesto comentado podemos comprobar que si es importante el cambio de titularidad en este caso influyó, de forma esencial, el cambio de ideario o carácter propio, que repercute de forma directa en la línea educativa y pedagógica del centro. Proyecto educativo e ideario no habían sido elegidos libremente ni por los padres de los alumnos ni por los profesores y de lo que no tenían información alguna.

## 6. CONTENIDO DEL IDEARIO.

La Ley no especifica el contenido y alcance del ideario o carácter propio. Podría decirse que existen dos concepciones perfectamente diferenciadas sobre el alcance o extensión del ideario, una de carácter restringido y otra de carácter amplia.

### 6.1. Concepción del carácter restringido del ideario.

Es la seguida por Tomás y Valiente en el voto particular de la sentencia de 1981<sup>564</sup> y autores como Suárez Pertierra, Nogueira, Expósito, según la cual el ideario solo podría referirse a los aspectos morales y religiosos, “el ideario de un centro hace referencia a su carácter propio, pero no a cualesquiera de sus características, tales como las de índole pedagógica, lingüística, deportivas u otras semejantes sino que, muy en concreto el ideario es la expresión del carácter ideológico propio de un centro. El ideario de cada centro docente privado cumple una función instrumental con respecto al artículo 27.3 CE, que consiste en informar a los padres de qué tipo de educación moral y religiosa se imparte a los alumnos en este centro, para que aquellos puedan escogerlo con pleno conocimiento de causa para sus hijos.

El ideario afecta positiva y directamente a la esfera educativa, en cuanto que indica que sólo se dará en el centro una determinada formación moral y religiosa con exclusión de cualquier otra, pero solo afecta a la esfera de la enseñanza de un modo negativo y limitativo, restringiendo la libertad de cátedra de los profesores”.<sup>565</sup> En suma, el ideario o carácter propio afecta a las actividades educativas ajenas a la escolaridad obligatoria y a la atmósfera general del establecimiento.<sup>566</sup>

Esta postura es la misma que la adoptada en el recurso de inconstitucionalidad contra la LOECE por los socialistas que afirmaban que el ideario sólo podía referirse a los aspectos morales y religiosos. Para ellos la libertad de creación de centros docentes se limitaba a reconocer la actividad y fijación de una orientación propia en aspectos religiosos y morales en los que cada centro pueden tener su propia orientación que debe

---

<sup>563</sup> Información facilitada por la Inspección de Educación, Área de Madrid Oeste, Collado Villalba.

<sup>564</sup> STC 5/1981 de 13 febrero, voto particular FJ.7.

<sup>565</sup> *Ibidem*.

<sup>566</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra...* cit., p. 200.

ser respetado por los profesores con un deber de discreción, evitando en caso de discrepancia el ataque frontal.<sup>567</sup>

A este carácter propio debe ser referido y limitado el ideario sin que puedan introducirse en éste otros que son manifestaciones del poder de dirección del titular del centro, pero que ya no condicionan la libertad de enseñanza de los profesores. Por lo que Suárez Pertierra llega a la conclusión de que “no tiene sentido, ni la Constitución está pensando en ello al mencionar la libertad de enseñanza, proteger al ideario por sí mismo, sino en función directamente del derecho constitucional de los padres a elegir la formación religiosa y moral que a sus hijos se impartirá”.<sup>568</sup>

## 6.2. Concepción amplia del ideario.

Una concepción amplia del ideario o carácter propio, es la seguida por el Tribunal Constitucional, quien no está de acuerdo con los argumentos de los recurrentes y afirma que “tratándose de un derecho autónomo (no instrumental) el derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a la exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas en otros lugares, en el artículo 27.2 CE y en el artículo 13.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y cuando se trate de centros que hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las mismas materias, número de horas lectivas, etc... *el ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad.*<sup>569</sup> Hay que entender que el derecho del titular implica en este punto la posibilidad de ofrecer un proyecto educativo completo, dentro de la institución escolar.<sup>570</sup>

Para el Tribunal Constitucional el derecho a establecer un ideario no es instrumental con respecto al derecho de los padres a escoger el tipo de formación religiosa y moral para sus hijos, esta diferencia no excluye, sin embargo, la indudable relación que existe entre ambos derechos: hay interacción pero no instrumentalidad, porque el derecho a establecer un ideario es más amplio.<sup>571</sup>

El contenido del carácter propio del centro puede incluir las características básicas del tipo de educación que el centro ofrece y las líneas más relevantes de su organización y funcionamiento, como puede ser la concepción de la comunidad educativa y de las relaciones en el seno de la escuela y con el entorno sociocultural, los criterios pedagógicos, el modelo de gestión...<sup>572</sup> Dicho de otra forma, el carácter propio abarca o puede abarcar en rigor a todos los elementos definitorios del contenido permanente de la concreta convocatoria y oferta educativa en que consiste la libertad de creación de cualquier centro escolar. Su determinación corresponde, en consecuencia, en exclusiva, a quien, al tomar esa decisión creadora, asume la titularidad del centro y por lo mismo la responsabilidad sobre esa determinada forma organizativa, ideológica y

---

<sup>567</sup> Fernández-Miranda A., *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 81; Otaduy Guerin J., *La extinción...* cit., p. 71

<sup>568</sup> Suárez Pertierra G., *Reflexiones acerca...* cit., p. 642.

<sup>569</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero FJ. 8 párrafo 4 y STC 77/1985 de 27 junio FJ. 8 in fine.

<sup>570</sup> Martín Sánchez I. *La libertad de enseñanza...* cit., p. 225.

<sup>571</sup> Fernández-Miranda A. *De la libertad de enseñanza...*cit., p. 82; Lorenzo Vázquez P. *Libertad Religiosa...*cit., p. 67.

<sup>572</sup> Riu i Rovira F. *Todos tienen derecho ...* cit., p. 197.

funcional de ejercerse colectivamente la libertad de enseñanza y el derecho a la educación en libertad.<sup>573</sup>

El carácter propio es más que el conjunto de principios que configuran el tipo de educación que se quiere promover, porque el centro también necesita definirse en relación con otros estamentos relacionados con él. Concretamente se tratará de pensar sobre cual va a ser la postura del centro respecto a los padres, a los profesores, a los antiguos alumnos y al entorno inmediato.<sup>574</sup>

Un dato que destacó el Tribunal Constitucional es que el ideario gravitará principalmente “en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza” siendo su incidencia menor “en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan un estrecho margen a las diferencias de idearios”.<sup>575</sup>

A ello se refiere el Auto del Tribunal Constitucional<sup>576</sup> que recoge el supuesto de un centro privado no concertado en el que se castiga a un alumno por proferir palabras malsonantes a dos profesoras y una alumna, por ello fue trasladado desde su clase – donde seguía octavo de EGB a las dependencias de jardín de infancia del colegio, ubicado en otra calle-, durante los más de cuatro meses que estuvo en el parvulario, el alumno recibió una enseñanza individualizada. Los padres presentaron demanda solicitando indemnización correspondiente al daño moral sufrido por el menor con motivo de la humillante sanción que le fue impuesta. El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona desestimó la demanda en sentencia de 28 septiembre de 1994: “no existe base alguna para considerar que en la decisión del colegio haya habido incumplimiento de sus obligaciones de enseñar, el castigo que se le impuso fue precisamente *en cumplimiento de las obligaciones de educación y formación humana de los alumnos, que se recogen en el ideario del colegio*”.<sup>577</sup>

Recurrida en apelación la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso en sentencia de 11 de enero de 1996 señalando que “la sanción impuesta por el colegio ni es antijurídica ni es injusta en el obrar, ya que la misma es acorde con las sanciones previstas en el ideario del centro, que la actora conocía o debía conocer, ...”.<sup>578</sup>

En opinión del Ministerio Fiscal “la medida adoptada por el colegio no tenía como finalidad castigar o sancionar al menor sino educarle, como se acredita por la continuidad en la instrucción que se le proporcionó durante el tiempo que duró la medida correctora. El centro educativo, en su actuación, no ha de ceñirse a contemplar la persona del alumno, sino la entera comunidad educativa...”.

El Tribunal Constitucional manifiesta que “ambas resoluciones constataron que la conducta del alumno ofrecía una base razonable para que se adoptase la sanción y, sobre todo, pusieron el acento en que con la misma se pretendía garantizar la educación y formación del entero alumnado, acomodándose así al régimen previsto en el ideario del centro docente”.<sup>579</sup>

---

<sup>573</sup> Martínez López-Muñiz JL., Requisitos y efectos... cit., p. 16.

<sup>574</sup> Isaacs D., *Posibilidades y limitaciones...*cit., p. 45; Martí Sánchez JM. *Factor religioso...* cit., p. 440.

<sup>575</sup> STC 5/1981 FJ. 10.

<sup>576</sup> ATC 333/1997 de 13 de octubre

<sup>577</sup> FJ. 4

<sup>578</sup> FJ. 2

<sup>579</sup> ATC 333/1997, FJ. 4, párrafo 4 in fine.

## 7. LÍMITES DE ESTE DERECHO: DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El derecho del Titular de un centro privado a establecer un ideario educativo forma parte del derecho de libertad de creación de centros. El ideario se extiende a todos los aspectos de la actividad del centro y es el que define a éste como empresa ideológica.

El ideario también tiene sus límites y él mismo sirve de límite a los demás derechos de los distintos miembros de la comunidad educativa. Tiene los mismos límites que el derecho de creación de centros docentes, derecho de libertad,<sup>580</sup> ya que los derechos de Titular no tienen un carácter absoluto y deben armonizarse con los derechos de los demás, quedando a salvo su contenido esencial. Y conforme a lo dispuesto en el artículo 27.6 CE se considera límite “el respeto a los principios constitucionales”.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional “la libertad de creación de centros docentes como manifestación específica de la libertad de enseñanza ha de moverse en todos los casos dentro de *límites más estrechos de los de la pura libertad de expresión*. Mientras que la libertad de expresión está limitada por el respeto a los demás derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia (artículo 20.4.CE), la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional del *respeto a los principios constitucionales* (artículo 27.6 CE) que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España...) no consagra derecho fundamental y la muy importante derivada del artículo 27.2 CE de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc...) que *no cumplen una función meramente limitativa sino de inspiración positiva*.<sup>581</sup>

Suárez Pertierra señala que aunque el Alto Tribunal no lo ha entendido de este modo, la única posibilidad de adecuar a los esquemas constitucionales el derecho al ideario consistiría en limitar el contenido de éste, y para ello realiza unas puntualizaciones:

1) El respeto al ideario no implica –para ninguno de los miembros de la comunidad escolar- identificación con el carácter propio del establecimiento. Y del mismo modo el ideario nunca puede permitir la imposición obligatoria de prácticas personales –o pretender impedir las- que no estén conformes con las convicciones del sujeto. 2) La fijación de un ideario no permite discriminar en la función docente. No es legítima la indagación de las convicciones del sujeto ni limitar la libertad de expresión y de cátedra. 3) La aplicación del ideario en la actividad de gestión diaria no puede llevarse a cabo en perjuicio de la participación de los sectores interesados.<sup>582</sup>

Podemos señalar como límites al ideario establecido en un centro docente los que a continuación pasamos a comentar.<sup>583</sup>

---

<sup>580</sup> STC 5/1981 de 13 febrero, FJ. 8.

<sup>581</sup> Ibidem. FJ. 7 párrafo 3

<sup>582</sup> Suárez Pertierra, *Reflexiones...* cit., pgs. 641-642

<sup>583</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro hacen constar la observación siguiente: mientras que la LOECE sometía los derechos de los miembros de la comunidad escolar al respeto al ideario (artículo 15, 18.2), la LODE hace exactamente lo contrario, solo recoge límites al ideario (artículo 22.1) dando la impresión de sumisión unilateral de éste al resto de los derechos constitucionales, que ha sido razonablemente disipada por el Tribunal Constitucional. En *Artículo 27...* cit., p. 201

### 7.1. Los principios constitucionales y los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad educativa.

El respeto a los principios constitucionales<sup>584</sup> y los derechos fundamentales de los demás sujetos de la comunidad educativa, quedando a salvo su contenido esencial.

Los principios considerados básicos para la convivencia nunca podrían –por coherencia con el sistema educativo español- implicar u obstaculizar tomas de postura en el terreno religioso.<sup>585</sup> Y el artículo 73.1 LOCE cuando se refiere al derecho del Titular a establecer el carácter propio del centro dispone “respetando, en todo caso, los principios constitucionales y los derechos reconocidos a profesores, padres y alumnos”.

### 7.2. El objeto y fin de la educación.

El respetar el objeto y la finalidad de la educación, que es “el pleno desarrollo de la personalidad humana” regulado en el artículo 27.2 CE. Ello supone no solo una instrucción sino también una formación integral del alumno, en el respeto “a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” y Textos Internacionales –Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13.1, y DUDH , artículo 26.2-.

En este sentido, todo ideario educativo que coarte o ponga en peligro el desarrollo pleno y libre de la personalidad del alumno será nulo por opuesto a la Constitución (artículos 10.1. y 27.2 CE). El Estado no podrá permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos. El artículo 27.2 CE es garantía de que esto no podrá ocurrir en nuestro ordenamiento.<sup>586</sup>

Entre la doctrina González Vila afirma que “quien vea en el ideario una imposición ideológica manipuladora de conciencias no está entendiendo el sentido en que la ley lo permite –e incluso contextualmente exige-, y quien pretendiera valerse del ideario para el adoctrinamiento dogmático en una ideología incurrirá claramente, y sin más en la ilegalidad”.<sup>587</sup>

### 7.3. Servicio a la verdad y a las exigencias de la ciencia.<sup>588</sup>

Entre ideario y libertad de cátedra no hay una relación de subordinación sino que ambos se subordinan al servicio a la verdad y a las exigencias de la ciencia. Hay que evitar deformaciones de la verdad científica o histórica o posiciones ideológicas arbitrarias y totalitaristas.

En este sentido el Tribunal Constitucional afirma que “las exigencias del ideario no obliga al profesor a subordinar a éste los criterios que el rigor científico impone a su labor, ya que la libertad de cátedra faculta al profesor para desarrollar su actividad en los términos que crea más adecuados con arreglo a unos criterios serios y objetivos pero que no resulten contrarios al ideario”.<sup>589</sup>

---

<sup>584</sup> Vid., capítulo I de este trabajo.

<sup>585</sup> Martí Sánchez JM., *Factor religioso...* cit., p. 443.

<sup>586</sup> STC 5/1981 voto particular de Tomás y Valiente, FJ. 10, párrafos 2 y 3.

<sup>587</sup> González Vila T., *Democracia, pluralismo y libertad de enseñanza*, en “Educación y sociedad pluralista”, p. 157, mencionado en Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 202.

<sup>588</sup> STC 5/1981 FJ. 8 párrafo 4.

<sup>589</sup> STC 5/1981 FJ.10

#### 7.4. Disposiciones reglamentarias. Referencia al control administrativo.

Ha de respetar las disposiciones emanadas del Estado en el ejercicio de sus competencias de ordenación del sistema educativo, así como las de las Comunidades Autónomas en la actuación de sus competencias propias.

El ideario ha de acomodarse a los requisitos mínimos que el Estado imponga para los centros de cada nivel.<sup>590</sup> Es decir, la programación general de la enseñanza y homologación del sistema educativo (artículo 27.5 y 8 CE) cuando se trate de centros donde se haya de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, números de horas lectivas, etc.. y el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor.<sup>591</sup>

El contenido mínimo obligatorio viene determinado por los contenidos curriculares (artículo 8 LOCE), por el respeto a las opciones religiosas y morales de los demás y el objeto de la educación en los textos internacionales.<sup>592</sup> Así como en la Resolución de la Secretaría de Estado de Educación de 7 de septiembre de 1994 que recoge orientaciones para el desarrollo de la educación en valores en las actividades educativas de los centros docentes.<sup>593</sup>

Y con respecto al control administrativo, el Tribunal Constitucional manifiesta que “es precisamente la existencia de estos límites<sup>594</sup> la que hace indispensable que el establecimiento de un ideario propio del centro haya de entenderse sometido al sistema de autorización reglada a que la ley sujeta la apertura y funcionamiento de los centros privados, pues el establecimiento del ideario en cuanto determina el carácter propio del centro, forma parte del acto de creación”.<sup>595</sup>

Pero en la sentencia 77/1985 el Alto Tribunal matiza y aclara, la Administración puede controlar si el ideario se acomoda o no a los principios y fines educativos (artículo 27.2 CE) pero no someter el ideario o carácter propio a una autorización reglada ya que eso sería inconstitucional. “*La exigencia de esa autorización vulnera el derecho a la libertad de enseñanza y a la libertad de creación de centros docentes* (artículo 27.1 y 6 CE) en cuanto que de dichos preceptos nace el derecho del Titular a establecer el carácter propio, sin que pueda admitirse la injerencia de una autorización administrativa, que en realidad *encubriría el ejercicio de una función jurisdiccional* que no le corresponde y que sería *incompatible* con el respeto a dichos derechos fundamentales.”<sup>596</sup>

Y agrega que “debe excluirse que el recurso al sostenimiento por fondos públicos (se refiere a los centros concertados) se articule como voluntario por parte del titular, suponga la posibilidad de exigir a éste la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales, ya que *tal sostenimiento viene impuesto a los poderes públicos por la Constitución sin que ésta asocie a su prestación la desaparición de los derechos fundamentales del titular, en su mismo contenido esencial.*”<sup>597</sup>

---

<sup>590</sup> Ibidem. FJ. 8 y 9

<sup>591</sup> Ibidem, FJ. 8 y 9, párrafo 5.

<sup>592</sup> DUDH artículo 26.2 y 3 y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13.1 y artículo 28.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>593</sup> Martí Sánchez JM., *Factor religioso...* cit., p. 443.

<sup>594</sup> Los límites propios de la libertad de creación de centros docentes

<sup>595</sup> STC 5/1981 FJ. 8, párrafo 2

<sup>596</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 10

<sup>597</sup> STC 77/1985, 27 junio, FJ. 21, párrafo 3

Por otra parte, la Administración educativa tiene el deber de respetar y tutelar las diferencias existentes entre los centros docentes públicos y los centros privados concertados, sin que esto haya de comportar ningún tipo de discriminación, ya que la Administración educativa no tiene facultades jerárquicas que justifiquen la asunción de ninguna de las funciones propias de los titulares de los centros privados concertados.<sup>598</sup>

7.5. El derecho a establecer el ideario armonizado con los derechos de los demás miembros de la comunidad educativa.

El derecho a fijar el ideario ha de ser compatibilizado con los derechos reconocidos a los profesores, padres y alumnos. Compatibilidad que no puede venir de un criterio de preferencia de lo social o institucional sobre lo individual sino de la *conjugación armónica de los diversos derechos en función del respeto del “contenido esencial de todos ellos”*.<sup>599</sup>

El artículo 73.1 de la LOCE habla de respetar, en todo caso, los principios constitucionales y los derechos reconocidos a profesores, padres y alumnos. En cuanto a los límites el principal problema surge de la necesidad de articular los derechos subjetivos concurrentes, todos ellos con idéntica cobertura constitucional.<sup>600</sup>

7.5.1. Derechos de los padres.

Los derechos de los padres están regulados con carácter general en el artículo 3, párrafos 1 y 3 LOCE.<sup>601</sup> Respecto al eventual conflicto entre el carácter propio y los derechos de los padres reconocido en el artículo 27.7 CE el Tribunal Constitucional ha afirmado “al haber elegido libremente para sus hijos un centro con ideario determinado (los padres de los alumnos) están obligados a no pretender que el mismo siga orientaciones o lleve a cabo actividades contrarias a tal ideario, aunque sí pueden pretender legítimamente que se adopten decisiones que no puedan juzgarse, con arreglo a un criterio serio y objetivo, contrarias al ideario.”<sup>602</sup>

7.5.2. Derechos de los alumnos.

---

<sup>598</sup> Riu i Rovira F., Todos tienen derecho ... cit., pgs. 181-182.

<sup>599</sup> Martínez Blanco A., *Los derechos fundamentales de los fieles de la Iglesia y su proyección en los ámbitos de la familia y de la enseñanza*, Publicaciones Instituto Teológico Franciscano, Murcia 1994, p.

<sup>600</sup> Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza...* cit., 88 y ss.; Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., pgs. 202-203; Lorenzo Vázquez P. *En torno al carácter propio...* cit., p. 49

<sup>601</sup> Artículo 3.1 LOCE: Los padres, en relación con la educación de sus hijos, tiene derecho: a) a que reciban una educación con las máximas garantías de calidad, en consonancia con los fines establecidos en la Constitución, en el correspondiente Estatuto de Autonomía y en las leyes educativas; b) a la libre elección del centro; c) a que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones; d) a estar informados sobre el progreso de aprendizaje e integración socio-educativa de sus hijos; e) a participar en el control y gestión del centro educativo, en los términos establecidos en las leyes; f) a ser oídos en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos. Y el apartado 3 dispone que las Administraciones educativas favorecerán el ejercicio del derecho de asociación de los padres, así como la formación de federaciones y confederaciones.

<sup>602</sup> STC 5/1981, FJ. 12.

Los derechos de los alumnos se especifican en el artículo 2.2 de la LOCE<sup>603</sup> y también en el RD 732/1995 de 5 de mayo sobre derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia.<sup>604</sup> El contenido esencial de estos derechos ha de reputarse inviolable y actúa como límite al ideario. Así, aunque el alumno debe respetar el carácter propio del centro en que se integra por decisión propia o de quienes ejercen la patria potestad, a su vez dicho ideario o carácter propio habrá de tener en cuenta el derecho a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y morales de acuerdo con la Constitución y su integridad moral.

Fernández-Miranda realiza unas precisiones para la correcta articulación de estos derechos:

- La enseñanza no puede ser dogmática –en sentido pedagógico y metodológico-.
- La enseñanza no puede tratar de violentar coactivamente la conciencia o las convicciones subjetivas del alumno.

Cuando se trate de centros concertados el artículo 52.2 LODE<sup>605</sup> establece que “en todo caso la enseñanza deberá ser impartida con pleno respeto a la libertad de conciencia”.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional cuando se trate de centros privados concertados con ideario o carácter propio, es decir, centros que incluyen una formación religiosa y moral determinada, la elección del centro por parte de los padres es una forma de elegir la formación religiosa y moral que éste imparte.<sup>606</sup>

En cuanto a la trilogía libertad de conciencia, carácter propio y prácticas religiosas,<sup>607</sup> según Otaduy hay que ver en primer lugar si estamos ante una cuestión religiosa o prevalentemente educativa.

De los Mozos Touya opina que es una cuestión educativa, “es evidente que cualquier práctica confesional es expresión de la libertad religiosa, pero en este caso se trata de prácticas que se producen por razón de los niveles educativos correspondientes –son alumnos menores de edad- en el contexto de una enseñanza y aprendizaje. Por tanto no puede ser propiamente expresión de una actuación enteramente libre” y añade que “en la libertad de elección del tipo de educación se proyecta la libertad de conciencia y, por consiguiente, unas prácticas religiosa conocidas y aceptadas no pueden dar lugar a conflicto entre quien ejerce la libertad religiosa y quien ejerce el derecho al ideario”. Si no se hubiera producido elección real de centro, sí que habría que salvar la libertad religiosa del alumno, así como también en el caso de cambio de religión durante el curso académico.

---

<sup>603</sup> Se reconocen al alumno los siguientes derechos básicos: a) a recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad; b) a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución; c) a que se respeten su integridad y dignidad personales; d) a la protección contra toda agresión física o moral; e) a participar en el funcionamiento y en la vida del centro, de conformidad con lo dispuesto en las normas vigentes; f) a recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo; g) a la protección social, en el ámbito educativo, en los casos de infortunio familiar o accidente.

<sup>604</sup> Artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19.

<sup>605</sup> No ha sido derogado por la LOCE, ni tampoco el apartado 3 que establece: “toda práctica confesional tendrá carácter voluntario”. Nos remitimos a lo dicho en el apartado 5.2. de este capítulo sobre la LODE.

<sup>606</sup> Y aclara que el derecho del artículo 27.3 CE es distinto del derecho a elegir centro docente del artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>607</sup> Otaduy Guerin J., *Carácter propio...* cit., p. 38



Su conclusión es que la prohibición de prácticas religiosas obligatorias es contraria a la Constitución, al artículo 27.6 en cuanto a la dirección del centro y al artículo 27.3 en cuanto a la elección educativa.

Otaduy opina que hay que separar enseñanza de religión –disciplina académica ordinaria que por tener un contenido confesional es de libre elección-, y las prácticas confesionales que no tienen una dimensión académica aunque cumplen una función académica. Es contrario a la imposición de estas prácticas confesionales y dispensar su realización a petición de los padres.

### 7.5.3. Derechos de los profesores.

La libertad de cátedra del profesorado está regulada en el artículo 3 LODE que dispone: “Los profesores, en el marco de la Constitución, tienen garantizada la libertad de cátedra. Su ejercicio se orientará a la realización de los fines educativos, de conformidad con los principios establecidos en esta ley”. Y sus funciones se enumeran en el artículo 56 de la LOCE, entre ellas cabe señalar: “la contribución a que las actividades del centro se desarrollen en un clima de respeto, de tolerancia, de participación y de libertad para fomentar en los alumnos los valores propios de una sociedad democrática (artículo 56 c.)”.<sup>608</sup>

Respecto a una eventual colisión entre ideario y libertad de enseñanza de los docentes el Tribunal Constitucional ha afirmado que “el profesor es libre como profesor en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible, por tanto con la libertad del centro del que forma parte el ideario”.<sup>609</sup>

La libertad del profesor en un centro privado con ideario o carácter propio no puede traspasar el límite de la libertad del centro, es decir, “ha de ser compatible con la libertad del centro del que forma parte el ideario”. Esto no significa el vaciamiento de la libertad de expresión docente del profesorado sino la constatación de que dicha libertad comienza a ejercerse al asumir la función docente en un centro concreto aceptando un ideario concreto.<sup>610</sup>

En opinión de Tomás y Valiente no hay una radical y rigurosa incompatibilidad entre la libertad de enseñanza –entendida como libertad para crear centros privados, artículo 27.6 CE- y la libertad de cátedra, ni es cierto que ésta deba ceder siempre ante aquélla por tener la primera carácter institucional y ser la libertad de cátedra de tipo individual, ya que ésta posee también el carácter de una garantía institucional.<sup>611</sup>

Por último se ha de hacer constar que el carácter propio condiciona también el ejercicio de los derechos de los demás miembros de la comunidad educativa con el fin de proteger el derecho fundamental de los padres respecto a la educación de sus hijos. Así el Tribunal Constitucional manifiesta que “el derecho a establecer el carácter propio del centro actúa necesariamente como límite de los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad escolar –profesores, padres y alumnos- pues de otro modo no solo quedaría privado de todo contenido real el derecho a establecer el carácter propio del centro, sino que se vería también defraudado el derecho de los padres a

---

<sup>608</sup> De la libertad de cátedra nos ocuparemos en próximos capítulos de forma más extensa y al que nos remitimos, si bien hay unas precisiones importantes que se hacen a continuación.

<sup>609</sup> STC 5/1981, FJ. 10, párrafo 3.

<sup>610</sup> Fernández-Miranda A., *De la libertad de enseñanza...*cit., p. 90

<sup>611</sup> STC 5/1981, voto particular Tomás y Valiente, FJ. 15.

escoger para sus hijos la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones”.<sup>612</sup>

## 8. EL IDEARIO EN LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS CONFESIONALES.

La Constitución en base a los valores superiores del ordenamiento jurídico –de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (artículo 1)- garantiza y fomenta la creación de grupos sociales como cauce necesario para el desarrollo de los valores personales de los individuos que lo integran, con el fin de ser instrumento de comunicación con los poderes públicos, grupos intermedios entre el Estado y los ciudadanos.

Se garantizan -en base al pluralismo político en relación con la libertad de empresa- la creación de grupos surgidos con determinadas líneas ideológicas que no son compartidos por toda la sociedad, sino por los individuos dentro del cuerpo social en que tales grupos se hallan insertos.<sup>613</sup>

Es lo que la doctrina denomina organizaciones de tendencia o empresas ideológicas. Son definidas como organizaciones encaminadas a la consecución de finalidades políticas, sindicales, *confesionales*, caritativas, *educativas*, científicas, artísticas y similares y presuponen la adhesión a una peculiar ideología o concepción del mundo llamado genéricamente “tendencia” por parte del trabajador de ella dependiente y son portadoras de un fin colectivo.<sup>614</sup> Y los tipos de organizaciones de tendencia más importantes son los partidos políticos, sindicatos, empresas periodísticas, *Órdenes* y *Congregaciones religiosas*, hospitales, institutos asistenciales, caritativos, recreativos, culturales y *de enseñanza* en cuanto gestionados por Órdenes o Comunidades religiosas o por partidos políticos o sindicatos. El elemento que los caracteriza es el ideológico.

Así pues, desde una interpretación amplia del concepto, los centros docentes privados que están dotados de ideario o carácter propio, pueden ser considerados centros de “tendencia”, por ejemplo, los centros docentes de la Iglesia y las Confesiones Religiosas.

### 8.1. Regulación jurídica general.

En el Estado actual, social y democrático de Derecho, plural y aconfesional, la Iglesia y las Confesiones Religiosas forman parte del entramado social, -como grupos intermedios- que en virtud del ejercicio colectivo del derecho de libertad religiosa reconocido en el artículo 16 .1 CE, el Estado los reconoce (artículo 16.3 CE) y los tiene en cuenta, celebrando Acuerdos cuando se cumplen determinados requisitos establecidos por la ley (artículo 7 LOLR).

El Estado español reconoce la autonomía institucional y normativa a las Confesiones religiosas en el artículo 6.1. LOLR de 1980 al disponer que “las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y de su personal. En

---

<sup>612</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 9.

<sup>613</sup> Moreno Botella G., *La identidad propia de los grupos religiosos. El artículo 6 de la LOLR*, Madrid, 1990, p. 63.

<sup>614</sup> Sanctis Ricciardone, *Licenziamento de una scuola privata (prime note in materia di -imprese di tendenza-)*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, senz, II (1975) 904, mencionado en Moreno Botella G. *La identidad... cit.*, p. 68-70

dichas normas, así como en las que regulen las instituciones, creadas por aquellas para la realización de sus fines, podrán *incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio*, así como el debido respeto a sus creencias sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución y, en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación”. En el fondo de las cláusulas de identidad está la defensa de la doctrina y de los principios ideológicos últimos de la Confesión frente a injerencias o ataques que provengan de particulares, grupos o del Estado.<sup>615</sup>

Y en el párrafo 2 establece que “podrán crear y fomentar para la realización de sus fines, asociaciones, fundaciones e *instituciones* con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general”. Pudiéndose interpretar que entre las instituciones se encuentran los centros docentes.

Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas tienen reconocido el derecho a divulgar y propagar su propio credo (artículo 2.2.LOLR) y “la libertad religiosa y de culto comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole; a elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, fuera y dentro del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (artículo 2.1.c LOLR).

Como *único límite* al ejercicio de estos derechos se encuentra la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática (artículo 3.1.LOLR).

Y por otra parte, el considerar los centros de enseñanza con ideario o carácter propio como ideológicamente cualificados tiene su base jurídica en el artículo 1.1. CE en relación con el artículo 38 CE -de la libertad de empresa-, así como con el artículo 27 CE, apartado 3 -el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones- y apartado 6 -que reconoce la libertad de creación de centros docentes a personas físicas y jurídicas; y el artículo 73 LOCE -centros privados- y artículo 68 LOCE -centros concertados-. Recordando lo afirmado por el Tribunal Constitucional que el derecho a fijar un ideario “forma parte de la libertad de creación de centros en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a éstos de un carácter u orientación propios”.<sup>616</sup>

Nos vamos a referir fundamentalmente a las Confesiones Religiosas que han celebrado Acuerdos con el Estado, distinguiendo entre la Iglesia católica y las demás Confesiones religiosas.

## 8.2. La Iglesia Católica: su ideario.

A partir del Vaticano II la Iglesia se presenta, junto a las otras Confesiones religiosas, como “sociedad que existe en este mundo” (G.S. 40.1), como “sociedad de hombres que tienen derecho a vivir en sociedad según las normas de la fe cristiana” y en el ámbito territorial de los diversos Estados (DH 13.2).<sup>617</sup>

---

<sup>615</sup> Ibidem, p. 60

<sup>616</sup> STC 5/1981, 13 febrero, FJ. 8, párrafo 1.

<sup>617</sup> Martínez Blanco A. *Los derechos fundamentales de los fieles...* cit., p. 241.

La Iglesia se presenta también como “sociedad humana capaz de enseñar” y así exige ser reconocida (GEM.3). Esta función de enseñar está reconocida en el Código de Derecho Canónico (C.I.C) canon 800.1 que dispone “la Iglesia tiene derecho a establecer y dirigir escuelas de cualquier materia, género y grado”.

Y desde el punto de vista de los creyentes, de los fieles, el canon 217 establece que “los fieles, puesto que están llamados por el bautismo a llevar una vida congruente con la doctrina evangélica, tienen derecho a una educación cristiana”... y señala un doble fin o fundamento: uno, “conseguir la madurez de la persona humana” que no es posible sin la formación religiosa; y otro sobrenatural, “al mismo tiempo conocer y vivir el misterio de la salvación”.

Todo ello supone para la Iglesia el correlativo deber de crear y fomentar instituciones docentes de diversa índole que puedan prestar este servicio al fiel y a cuantas personas se acercan a ésta en demanda del saber cristiano.<sup>618</sup>

El Estado reconoce a la Iglesia católica el derecho de ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de las actividades que les son propias, y en especial las de culto, jurisdicción y *magisterio*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo I.1 del Acuerdo Jurídico de 3 de enero de 1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede.

La gran mayoría de la doctrina admite, entre las empresas ideológicas, a las Confesiones Religiosas y los Entes creados por éstas para el desarrollo de sus fines, y entre éstos se encuentran los centros docentes confesionales y que en España son mayoría los de la Iglesia católica.

El ideario de la escuela católica según el C.I.C.<sup>619</sup> se puede resumir de la siguiente forma: a) finalidad educativa<sup>620</sup> y formativa que supera la mera instrucción “como suma de conocimientos”, aspecto que tiene trascendencia a la hora de definir al profesor cristiano y la repercusión de su vida extraprofesional en el ideario del centro; b) educación y formación cristiana según “la doctrina enseñada por la Iglesia”, la “recta doctrina”, es decir, sin desviaciones respecto a la orientación marcada por el magisterio del Papa y de los Obispos (canon 747 y ss.); c) el profesor católico ha de tener dos cualidades: recta doctrina e integridad de vida (canon 803.2), al profesor de religión se le exige además de recta doctrina, aptitud pedagógica y testimonio de vida cristiana (canon 804.2).

El ideario o carácter propio de un centro católico es el siguiente:<sup>621</sup>

- Se trata de un centro abierto a todos, parten del hecho de que los padres son los primeros y principales responsables de la educación de sus hijos, y consideran al hombre inviolable en su vida, en su libertad y en su conciencia.
- El hombre tiene derecho al pleno desarrollo de todas sus dimensiones espirituales y corporales, y por tanto a una educación integral. Su dignidad personal merece todo respeto; cada hombre y cada sociedad tiene derecho a sus propias raíces; educar para la solidaridad y la fraternidad, intentando llegar a ver a los hombres como hijos de Dios y

---

<sup>618</sup> *Ibidem.*, p.77

<sup>619</sup> Cánones 803.2. y 804.2. Vid., Martínez Blanco, *Los derechos fundamentales...cit.*, p. 287

<sup>620</sup> El objetivo es “la verdadera educación que debe procurar la formación integral de la persona humana”(canon 795) y entre los medios para realizar la educación está la escuela (canon 796.1).

<sup>621</sup> Información facilitada por la F.E.R.E., documento aprobado por su Asamblea General en 1985.

hermanos en Cristo; educar para la paz, la convivencia y comunicación entre hombres y pueblos.

- Siguen una pedagogía personalizada, activa que fomente la iniciativa, la creatividad y búsqueda personal de verdades y certezas; enseñar a buscar espacios de interioridad.

- Integrar los contenidos de la fe y la cultura y convertirlos en vida personal; ejercitar en el análisis y la crítica de los contenidos, capacitando para el discernimiento, las convicciones y las tomas de decisiones.

- Tratar al alumno con la autoridad nacida de la propia competencia y entrega, sin autoritarismo ni dogmatismo.

- Comunidad educativa: aspirar a que ésta llegue a constituirse en comunidad educativa cristiana; como cuerpo vivo en el que tiene que cobrar forma el carácter propio del centro; la responsabilidad de dicha comunidad ha de ser compartida y se ha de traducir en una participación activa y debidamente ordenada en los órganos de gobierno.

- Reconoce a los profesores el derecho al ejercicio de la libertad de cátedra “dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan”, límites que vienen dados por las características específicas del nivel educativo y por el carácter propio del centro, deseando compartir con ellos la misión educativa no solo en el respeto mutuo, sino en una profunda comunión de intención y de actitudes. En la selección del profesorado se habrá de tener en cuenta el carácter propio del centro.

- Consideran que la educación ha de ser conjunta y coherente, en contacto con los padres de los alumnos, alentando las asociaciones de padres que tengan un carácter católico; consideran positivo fomentar las asociaciones y su participación en la vida y gobierno del centro.

### 8.3. Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas no católicas con Acuerdo: sus idearios.

En la actual sociedad democrática, pluralista y aconfesional se establecen como derechos fundamentales los derechos a la igualdad y a la libertad religiosa, sin más límite que el orden público establecido por la ley y el respeto a los derechos fundamentales de los demás. Se reconoce y garantiza el ejercicio de esta libertad religiosa tanto al individuo como a las Comunidades por lo que toda Confesión tiene derecho a enseñar su mensaje en la totalidad de sus implicaciones,<sup>622</sup> y también podrán recibir e impartir formación religiosa de toda índole (artículo 6.1.c. LOLR).

Como anteriormente hemos señalado, las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas pueden establecer normas de organización, régimen interno y régimen de su personal; así como cláusulas de salvaguarda de su propia identidad y carácter propio y el respeto a sus creencias y crear instituciones para la realización de sus fines, es decir, crear centros docentes, haciendo así posible el derecho reconocido a los padres de que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones (artículo 27.3 CE).

Las Iglesias Evangélicas, las Comunidades Judía e Islámica han suscrito con el Estado Español unos Acuerdos el 10 noviembre de 1992<sup>623</sup>. Son Acuerdos de carácter interno, distinto a los firmados entre el Estado y la Iglesia Católica, ésta diferencia es

---

<sup>622</sup> Martínez Blanco, *Los derechos fundamentales...cit.*, p. 261

<sup>623</sup> BOE 12 de noviembre de 1992

debida a la personalidad jurídica con que actúa y tiene reconocida la Confesión firmante.<sup>624</sup>

En los Acuerdos suscritos se reconoce el derecho a recibir enseñanza evangélica, judía, e islámica en los centros públicos y privados concertados siempre que, en cuanto a éstos últimos, el ejercicio de éste derecho no entre en conflicto con el carácter propio del centro, en los niveles de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria (artículo 10.1, de cada uno de los Acuerdos) y estas Federaciones y Comisiones como tales personas jurídicas podrán establecer y dirigir centros docentes (artículo 10.6 de los Acuerdos) y establecer las cláusulas de identidad y carácter propio correspondiente (artículo 6.1. LOLR).

### 8.3.1. Iglesia Evangélica Española (IEE).<sup>625</sup>

La Iglesia Evangélica Española en la actualidad tiene dos centros docentes en la Comunidad Autónoma de Madrid: “El Porvenir”- su Titular el la Fundación Federico<sup>626</sup> Fiedner, fundación educativa<sup>627</sup> al frente de la cual se encuentra el Patronato constituido por personas todas ellas pertenecientes a la Iglesia Evangélica de España- y el “Juan Valdés” creado en la década de los años sesenta.

En el proyecto educativo de dichos centros se hace constar su carácter propio de conformidad con lo dispuesto en la LOCE -artículos 73 y 68.5-.

Se trata de colegios evangélicos, vinculados a las Iglesias Evangélicas (protestantes), que dan respuesta a una vocación educadora que se inspira en los principios del Evangelio de Jesucristo. Están abiertos a todos los alumnos sin discriminación alguna; no tienen intención proselitista hacia ninguna confesión religiosa en particular.

En su educación se basan en los *principios cristianos*, de los que cabe destacar:

- El principio de “la sabiduría es el temor de Dios” es el lema que inspira su vocación.
- “Amarás a tu prójimo como a ti mismo” que aceptan como base de las relaciones humanas.
- El amor a la verdad, la justicia y la paz.
- “Non scholae, sed vitae discimus” (No aprendemos para la escuela sino para la vida).

Entre sus *objetivos*, teniendo en cuenta el fin de la educación establecido con carácter general en el artículo 27.2 CE, se encuentran:

---

<sup>624</sup> Para celebrar los Acuerdos es preciso que: 1) la Confesión Religiosa esté inscrita. La inscripción es requisito indispensable para que adquiera personalidad jurídica, se le reconozca plena autonomía y para ser sujeto de los Acuerdos de cooperación; la inscripción es prueba de su personalidad. 2) que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. (artículo 7.1.LOLR). Los Acuerdos suscritos son tres: con la Federación de Entidades Religiosas de España (FEREDE) aprobado por Ley 24/1992 de 10 noviembre; con la Federación de Comunidades Israelitas (FCI), aprobado por Ley 25/1992 de 10 noviembre; con la Comisión Islámica de España (CIE) aprobado por Ley 26/1992 de 10 noviembre.

<sup>625</sup> Información facilitada por el Director del Colegio “El Porvenir”, D. Daniel Casado.

<sup>626</sup> Federico Fiedner, Pastor evangélico alemán, fundador del Colegio a finales del s. XIX, 1897.

<sup>627</sup> Es aplicable la Ley de Fundaciones, ley 50/2002 de 26 de diciembre, que conforme a su artículo 3.1. las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los educativos.

- La convivencia escolar, creando un clima de respeto mutuo y de cooperación, promoviendo en los alumnos la aceptación consciente y responsable de los límites de la libertad personal.
- Crear un hábito de trabajo intelectual en el alumno, que le capacite para aprender, asimilar y exponer conocimientos; impulsar el desarrollo de criterios de selección que le permita hacer un examen crítico de la realidad.
- Educar para participar en la sociedad conforme a los principios de participación, pluralismo, tolerancia, respeto y aceptación mutua; mostrar en las relaciones personales con sus semejantes que la violencia, ya sea física o moral, no es jamás la solución.
- Vida interior, potenciando la orientación como ayuda en el proceso de maduración del alumno e impulsando la acción tutorial como instrumento para conseguirlo, comunicando la luz del evangelio de Jesucristo sobre cuestiones que se plantean en la vida del Hombre, favoreciendo en el alumno el ajuste de su vida interior y su proyección en la convivencia social.

En cuanto a la *metodología*, son centros docentes mixtos o de coeducación, se imparte una enseñanza personalizada: estimulando el aprendizaje, desarrollando su esfuerzo y fomentando su capacidad. Se desarrolla una metodología activa, de aprendizajes reflexivos, significativos e inteligentes frente a un aprendizaje pasivo de mera repetición.

En la actualidad imparten enseñanzas tanto profesores evangélicos como católicos.

Son centros concertados de enseñanza no universitaria en los siguientes niveles: Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria (primer y segundo ciclo).

### 8.3.2. Unión de Iglesias Adventistas.<sup>628</sup>

Esta Iglesia tuvo que integrarse en la FEREDE al no cumplir el requisito de notorio arraigo.<sup>629</sup> La Unión de Iglesias Adventistas ha conmemorado en el año 2002 el

<sup>628</sup> Información facilitada por el Director de Educación de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, D. Joan Llorca.

<sup>629</sup> En el proceso negociador la Ponencia –constituida por miembros de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa- estableció unos criterios interpretativos y orientadores de *notorio arraigo* entre los que figuraban: suficiente número de miembros, referido a la Federación y organismos agrupador de las distintas Iglesias y denominaciones pertenecientes a la Confesión solicitante; organización judicial adecuada y vinculante para todas las entidades agrupadas en la misma; arraigo histórico en España desde un número de años que se consideren adecuados, bien legalmente o en la clandestinidad; importancia en las actividades sociales, asistencias culturales...de las Confesiones peticionarias; ámbito de la Confesión, valorado por su extensión territorial, número de Iglesias locales, lugares de culto y la institucionalización de los ministros de culto, esto es, proporcionalidad en relación a los miembros de la confesión, certificación de estudios en centros idóneos, estabilidad.... Los otros requisitos eran *ámbito territorial* –territorio en que la Confesión religiosa ha arraigado y periodo de existencia de la misma- y *número de creyentes*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la LOLR.

La entonces Comisión de Defensa Evangélica –sujeto negociador en los años 80- agrupaba a la mayoría de los protestantes presentes en España desde los inicios de la reforma luterana. La Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España –constituida por la Iglesia Adventista del Séptimo día, La Iglesia Adventista del Séptimo Día, movimiento de reforma y la Sociedad Misionera Adventista- a pesar de su espacio y tiempo en España, así como el número de creyentes, no reunía a juicio de la Ponencia los requisitos exigidos y más cuando la Comisión de Defensa Evangélica consideraba a esta Unión como parte de las Iglesias Evangélicas Españolas, aunque no estuviese integrada en la misma,

centenario de su presencia en España. Tiene cuatro centros docentes: en Barcelona que es el más antiguo de 1960, en Zaragoza y en Madrid, el “Timón” y otro en construcción.

El colegio “Timón” imparte enseñanza no universitaria en los siguientes niveles: Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria. El Titular es la Unión de Iglesias Adventistas (UAE).

Las líneas generales de su ideario o carácter propio son:

- Están abiertos a todo alumnado, sean o no adventistas.<sup>630</sup>
- La educación tiene como finalidad el desarrollo armonioso de las facultades mentales, físicas, sociales y espirituales del alumno.
- La clase de Biblia enseña los valores del evangelio realizando un enfoque global, explicando la postura y puntos de vista de las distintas Iglesias y Confesiones religiosas.

Sus *principios fundamentales* son: 1) la coeducación, 2) la enseñanza individualizada, 3) la participación de los distintos miembros de la comunidad escolar a través del Consejo Escolar.

Principios fundamentales que rigen desde la creación de su primer centro y no por razones de exigencias legales o administrativas.

El profesorado es elegido por su capacidad, méritos y titulación y hay en el centro profesores adventistas y no adventistas.

### 8.3.3. Comunidad Judía.<sup>631</sup>

La Federación de Comunidades Israelitas reunía los requisitos precisos y también el de notorio arraigo porque esta Federación agrupa y representa a los creyentes de la Confesión judía, que ha mantenido ininterrumpidamente una presencia milenaria en España, diferenciada y conocida a nivel social.<sup>632</sup>

En el ámbito de la enseñanza, la Comunidad judía está presente en España desde 1965 que crearon un pequeño centro docente; 1978 se creó el Centro de Estudios IBN-Gabirol, actual “Estrella Toledano,” en Madrid. Tienen otro centro en Barcelona.

El Titular es la Comunidad judía de Madrid, y de Barcelona respectivamente.

---

pero la pertenencia de los Adventistas al tronco común del protestantismo español les confería el mismo notorio arraigo que al resto de las Iglesias protestantes, en tanto integradas en un órgano aglutinador y no como Confesiones diferenciadas.

**En consecuencia:** cada una de las Iglesias evangélicas o protestantes por sí sola no era susceptible de notorio arraigo, sí lo tenía el protestantismo, siendo necesario la constitución de una Entidad representativa de toda la familia religiosa protestante y que terminó siendo la FEREDE.

Y es curioso observar como dos Iglesias Ortodoxas se incorporaron a esta Entidad, y una de ellas después de celebrados los Acuerdos en 1992. “Lo normal –máxime dentro del grupo de Iglesias cristianas- es que los fines religiosos coincidan en casi todas ellas, con variantes no demasiado acusadas, dado su origen común” STS de 21 de octubre de 1987. En Fernández-Coronado González A., *Estado y Confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación. (Los Pactos de las Confesiones: Leyes 24,25,26 de 1992)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995, p. 37 y ss.

<sup>630</sup> El centro ha tenido recientemente un premio a la interculturalidad.

<sup>631</sup> Información facilitada por la Directora Técnica del Colegio Estrella Toledano, Sra. Verónica Nehama de Linder.

<sup>632</sup> Fernández-Coronado A. Estado y Confesiones religiosas... cit., p. 46



Las líneas básicas del carácter propio son las siguientes:

- Identidad.- es un colegio abierto a todos los alumnos, da una formación integral y armónica conforme a la ética y religión judía, ya que todo judío debe conocer a fondo sus raíces y su patrimonio religioso y cultural; ello permite a la comunidad escolar vivir en armonía con sus creencias y necesidades, dentro del respeto más absoluto a todos los profesores y alumnos que profesan otras religiones.

- Objetivos.- Parten del hecho de que el colegio cumple una importante función social al complementar coherentemente la acción formadora de la familia, y fundamenta su acción formadora en la asociación armónica de una enseñanza curricular conforme con los programas oficiales, con la transmisión de valores morales, culturales y religiosos del judaísmo.

- Las pretensiones son: formar a ciudadanos judíos libres y responsables, capaces de transformar positivamente su entorno social mediante el conocimiento, destreza y actitudes necesarias, fomentando la dimensión espiritual: a través del conocimiento de los valores fundamentales de la ética judía y favoreciendo la síntesis entre conocimiento y fe.

Proporcionar al alumno la posibilidad de evolucionar en un entorno afín a sus creencias; estimulando la educación en valores y fomentando el espíritu de colaboración, convivencia y diálogo entre los componentes de la comunidad educativa.

Transmitir a los alumnos judíos las vivencias fundamentales del judaísmo gracias a la celebración colectiva de las festividades, al estudio de la Torah, que les permite acceder a la esencia misma del judaísmo y a Dios como eje central de su fe judía, al conocimiento de las leyes, rezos y tradiciones y al aprendizaje de la lengua hebrea como nexo entre los judíos de la diáspora y el Estado de Israel.

- Como reseña importante: el judaísmo no es solo una enseñanza, sino normas de vida que se aplican en todos los ámbitos –tanto culturales como vivenciales- siendo los pilares básicos de la formación del alumno: normas de conducta como el descanso sabático o la comida Casher, los principios éticos como solidaridad y justicia, el cumplimiento de los mandatos de la ley judía y de los “mitsvot” o buenas acciones así como la celebración colectiva de las fiestas.

- Criterios metodológicos.- Se da una educación personalizada y activa relacionada con los valores del judaísmo; como eje globalizador se encuentran las festividades judías. Imparten tres idiomas: el español, inglés y hebreo, para que el alumno perciba una realidad coherente que unifica valores de la cultura española y judía.

- Profesorado.- Son seleccionados por su nivel de cualificación y están plenamente implicados en el proyecto educativo. Sus funciones son motivar e interesar al alumno, apoyarlo e instruirlo, generar una atmósfera de colaboración y respeto mutuo.

Hay profesores judíos y no judíos. La enseñanza del hebreo y judaísmo es impartida por profesores judíos. Y el programa del judaísmo y lengua hebrea está supervisada por las autoridades competentes judías.

Hasta aquí idearios de centros docentes integrados en el sistema educativo español pero existen también una serie de centros extranjeros autorizados. Así y dado que existe el Acuerdo entre el Estado Español y la Comisión Islámica de España de 1992, mencionamos los centros islámicos.

#### 8.3.4. Comunidades con Ideario Islámico.

Los criterios que siguen los musulmanes en España son los siguientes:<sup>633</sup> I) La comunidad islámica, que está constituida por miembros de distinto origen, tenga independencia para hacer así posible el arraigo de su identidad islámica en la sociedad. Una independencia activa, no pasiva, de integración en un grupo definido a través de la lengua árabe, de la lectura del Corán, del estudio de la propia Historia.

II) Optan por la coherencia.- En una sociedad como la española, en la que los valores superiores, según la Constitución, son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y, desde el punto de vista del factor religioso es un Estado aconfesional, de libertad religiosa y pluralismo ideológico y de creencias, optan por su integración sin perder su identidad y origen.

III) Tienen un compromiso con los valores islámicos: los llamados “pilares del Islam”,<sup>634</sup> que son manifestaciones o actos que recogen básicamente el contenido dogmático del Islam.

Estos pilares son cinco:

1) La profesión de fe en un solo Dios único.- A su vez se pueden distinguir seis elementos: a) la unicidad de Dios (Al-La); b) la creencia en los ángeles; c) los profetas;<sup>635</sup> d) los libros sagrados; e) el Día del juicio final, que significa creer en la existencia de otra vida después de la muerte; f) la creencia en el destino.

2) La oración ritual (azalá) cinco veces al día, oración que sigue un ritual marcado, con la recitación de la “Fátiha” –el primer capítulo del Corán- y otras partes del libro sagrado, junto con diversas plegarias y gestos. La oración ofrece al musulmán una fuerza vital, inspirando una moralidad superior en el creyente.

3) El ayuno de Ramadán, desde el alba a la puesta de sol. La vida espiritual durante este tiempo de culto va acompañada de una vida social y moral más intensa, y se recita el Corán por ser el mes en que tuvo lugar el inicio de la gran revelación. El tiempo de ayuno enseña al hombre el principio del amor sincero a Dios.

4) Azaque o limosna ritual.<sup>636</sup> Tiene carácter obligatorio y su finalidad es hacer efectiva la solidaridad humana, erradicando el hambre y la pobreza de la comunidad humana.

5) La peregrinación a la Meca que ha de hacerse en el mes de Du-lhiyya, el último mes del calendario islámico. Es obligatorio hacerlo una vez en la vida. El peregrino participa en diversas actividades rituales de profundo sentido social y

---

<sup>633</sup> Información facilitada por el Sr. Riaý Tatory Bakry,

<sup>634</sup> Tatory Bakry, R., *El Islam tal como es*, Madrid, mayo 2003. Artículo mecanografiado en el que habla metafóricamente del Islam asimilándolo a las estructuras de un edificio.

<sup>635</sup> Son cinco los profetas que gozan de alta voluntad: Noé, Abraham, Moisés, Jesús, Muhammad

<sup>636</sup> Otros autores hablan de impuesto sobre el patrimonio destinado a socorrer a los más desfavorecidos (zakat).

comunitario, en el que adquieren un especial y relevante significado los principios islámicos de igualdad, fraternidad, unidad y tolerancia.<sup>637</sup>

Desde el punto de vista ideológico y moral podemos señalar los siguientes criterios:<sup>638</sup>

- 1.- La Comunidad musulmana se fundamenta en la permanencia de sus miembros al Islam.<sup>639</sup>
- 2.- El Corán proclama que todos los musulmanes son iguales y se oponen a toda discriminación basada en la clase, inteligencia o raza.
- 3.- No admite más que una fuente de distinción: el grado de temor de Dios.<sup>640</sup>
- 4.- La moralidad “islámica” deriva de la Ley Divina que es incambiable. El musulmán no es verdaderamente creyente mientras no quiera para su hermano lo que quiere para sí mismo.
- 5.- El Islam propugna la libertad de creencias y pensamiento y se opone a toda marginación de las minorías.

#### Centros docentes con ideario islámico.

En la actualidad existen tres colegios islámicos en la Comunidad Autónoma de Madrid: La Escuela Al-Fateh Árabe, la Escuela Iraquí y el Colegio Saudí.

Se trata de centros docentes no integrados en el sistema educativo español, son centros extranjeros autorizados.<sup>641</sup>

El Colegio Saudí en Madrid,<sup>642</sup> se trata de un centro que imparte enseñanzas regladas de niveles equivalentes a los obligatorios y no obligatorio del sistema educativo español y que cursan estudios del sistema educativo saudí y enseñanzas de lengua y cultura española.

Depende directamente de Arabia Saudí; los libros son gratuitos y se paga una cuota mínima mensual. Está abierto a todo tipo de alumnos -el Islam tiene una tradición de tolerancia-; su objetivo es preservar la identidad de árabes y musulmanes e integrarse

---

<sup>637</sup> Conmemoran los ritos divinos observados por Abraham e Ismael, reafirmando el compromiso del creyente con Dios.

<sup>638</sup> Desde el punto de vista social, el Islam considera la familia como el núcleo más importante de la sociedad; en el ámbito político: Dios es el dueño de la soberanía y el poder; el hombre es el administrador de esos bienes y el gobernador ha de responder ante Dios y los ciudadanos. El Islam no prohíbe la libertad de empresa y de mercado; permite la existencia de la propiedad privada.

<sup>639</sup> No se fundamenta en razones de interés personal o social, de parentesco, nacionalidad.

<sup>640</sup> Vid. Corán 3:104; 2:143; 49:13

<sup>641</sup> Se rigen por el RD 806/1993 de 28 mayo que regula el régimen jurídico de los centros extranjeros en España. Se aplica a los centros docentes que impartan en territorio español, enseñanzas propias de sistemas educativos de otros países, correspondientes a niveles no universitarios del sistema español. Entendiéndose por país de origen del centro aquel a cuyo sistema educativo corresponda las enseñanzas que imparte (artículo 1). Estos centros se rigen por lo dispuesto en los Tratados y convenios internacionales suscritos por España, teniendo en cuenta, en su defecto, el principio de reciprocidad.; por lo establecido en la LODE, y hay que añadir en la LOCE y por lo previsto en el presente RD (artículo 2). Los centros extranjeros pueden ser: 1. Centros que impartan enseñanzas regladas de niveles equivalentes a los obligatorios del sistema educativo y que, a su vez, podrán ser a) centros en los que se cursen estudios de un sistema educativo extranjero, enseñanzas de lengua y cultura españolas y, en su caso, enseñanzas de las lenguas propias de las Comunidades Autónomas; b) centros en los que se cursen exclusivamente estudios de un sistema educativo extranjero. 2. Centros que imparten enseñanzas regladas equivalentes a niveles no obligatorios del sistema educativo español (artículo 3).

<sup>642</sup> Información facilitada el Colegio Saudí en Madrid a través de la profesora de español Sra. Irene Picón.

en la sociedad. La enseñanza la imparten conforme a la religión y costumbres islámicas.<sup>643</sup>

Su ideario se puede concretar en los siguientes aspectos:

- Dar a los alumnos una formación adecuada según la ética islámica.
- Desarrollar las capacidades mentales, psicológicas y sociales del alumnado.
- Formarlos en las diferentes ciencias y culturas.
- Desarrollar relaciones humanas entre los alumnos, en un clima de amor y respeto.
- Corregir los comportamientos inadecuados y proteger la educación.
- Se fomenta y refuerza la curiosidad, la creatividad, la ciencia y las buenas costumbres en la conciencia de los alumnos.
- Se fomenta el vínculo de los alumnos con sus orígenes culturales.

Los idearios católico, evangélico, judío e islámico son algunos ejemplos de idearios o carácter propio de centros docentes que ponen de manifiesto una pluralidad cierta y real en la sociedad española. Si observamos los contenidos de los idearios de la escuela católica, evangélica, judía e islámica, vemos que respetan los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales, favoreciendo el respeto, la tolerancia, la solidaridad..., comprobándose así como la educación es un elemento clave para combatir la ignorancia y estereotipos de las distintas religiones y para que haya un mejor conocimiento de las diferentes religiones, como afirmaba la Recomendación 1396 (1999) del Consejo de Europa.

Acto seguido vamos a referirnos a algunos de los documentos internacionales que subrayan los aspectos más importantes y a tener en cuenta en esta materia, tan esencial en las relaciones –individuales y sociales- y tan compleja al mismo tiempo.

#### 8.4. Documentos Internacionales en esta materia.

##### 8.4.1. Recomendación 1396 (1999) del Consejo de Europa<sup>644</sup>

Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros:<sup>645</sup> proteger el pluralismo religioso, ofreciendo idénticas condiciones de desarrollo de todas las religiones (punto 13.i.a.); asegurar a todos los ciudadanos la libertad y la igualdad al derecho a la enseñanza, sin distinción de creencias y costumbres (punto 13.i.d.); ampliar y reforzar la cooperación entre comunidades y organizaciones religiosas (punto 13.iii.d.) y proteger las tradiciones culturales y las diferentes fiestas religiosas (punto 13.IV.c.); evitar, en lo referente a los niños, todo conflicto entre la educación religiosa promovido por el Estado y la fe religiosa de las familias, a fin de respetar la libre decisión de la familia en este asunto tan delicado (punto 13.ii.e.); promover la enseñanza en la escuela de la Historia comparada de las diferentes religiones e insistir en su origen, la similitud de ciertos valores y la diversidad de costumbres, tradiciones, fiestas (punto 13.ii.b.).

---

<sup>643</sup> Existe un Centro Cultural que pertenece a la Federación Islámica.

<sup>644</sup> Debate de la Asamblea de 27 de enero de 1999 (5ª edición). Ver documento 8270, Informe de la Comisión de Cultura y Educación (autora M. De Puig), Texto adoptado por la Asamblea el 27 enero de 1999. Punto 10

<sup>645</sup> Punto 13

Todo ello en un ámbito democrático, ya que democracia y religión no tienen por qué ser incompatibles, al contrario, la democracia ha demostrado ser el mejor marco para la libertad de conciencia, el ejercicio de la fe y el pluralismo religioso. Por su parte la religión, por su compromiso moral y ético, por los valores que defiende, por su sentido crítico y su expresión cultural, puede ser una compañera válida de la sociedad democrática.

Recomendaciones que de una y otra forma están reflejadas en los distintos aspectos de los idearios mencionados.

#### 8.4.2. Documento final de la Conferencia Internacional Consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión, de convicciones, la tolerancia y la no discriminación de 2001.

Siguiendo esta misma línea, el Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad Religiosa y Convicciones en un estudio sobre esta materia<sup>646</sup> estima que entre los factores que favorecen las discriminaciones y la intolerancia se debería mencionar “la ignorancia y la falta de conocimiento adecuado de los demás, de su religión y costumbres, de sus ritos, de sus mitos, la falta o carencia de diálogo, los estereotipos, los prejuicios, el papel negativo de la educación y de los medios de comunicación...” y subraya la importancia de una educación que tienda a favorecer el diálogo y el conocimiento positivo de los demás y la iniciación de los jóvenes al respeto a los demás. En este contexto, estima que los representantes de las comunidades etno-religiosas deberían juntarse para favorecer la creación de una cultura del diálogo y de tolerancia, explorando en sus religiones respectivas todo lo que puede favorecer una mejor comprensión de los demás y el respeto de su identidad y sobre todo evitar que las religiones sirvan a la intolerancia.<sup>647</sup>

Y en el Documento final de la Conferencia Internacional Consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión, de convicciones, la tolerancia y la no discriminación,<sup>648</sup> tras condenar todas las formas de intolerancia y de discriminación fundadas en la religión o las convicciones, incluyendo aquellas que promueven el odio, el racismo o la xenofobia, estima que los Estados deberían tomar las medidas adecuadas contra aquellas que se manifiestan en los currículos escolares, en los libros de texto y los métodos pedagógicos, así como las difundidas a través de los medios de comunicación y las nuevas tecnologías de la información, incluido Internet. (punto 6).

Y considera favorablemente los siguientes objetivos:

---

<sup>646</sup> A/CONF.189/PC titulado “Discriminaciones raciales y discriminaciones religiosas: identificación y medidas” de 1999.

<sup>647</sup> En *La Libertad Religiosa en la educación ...cit.*, p.27, punto 25

<sup>648</sup> Reunida en Madrid del 23 al 25 de noviembre de 2001 con ocasión del vigésimo aniversario de la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y de Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, adoptada el 25 de noviembre de 1981, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

- a) Fortalecer una perspectiva no discriminatoria en la educación y el conocimiento en relación con la libertad de religión y de convicciones en los niveles apropiados;
- b) *Alentar a las personas involucradas en la enseñanza a cultivar el respeto de las religiones o las convicciones, promoviendo así el entendimiento mutuo y la tolerancia;*
- c) Concienciar sobre la interdependencia creciente entre las personas y las naciones y la promoción de la solidaridad internacional;
- d) Concienciar sobre las cuestiones relativas al género, con el fin de promover la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres (punto 7).

Y alienta a todos los segmentos de la sociedad a contribuir, tanto individual como colectivamente, a una educación fundada en la dignidad humana y el respeto a la libertad de religión o convicciones, la tolerancia y la no discriminación (punto 14).<sup>649</sup>

Si bien se trata de una Conferencia Internacional Consultiva, cumple la función de informar y concienciar a los Estados de los criterios a seguir para conseguir una educación basada en los valores fundamentales que afectan a toda persona humana como la dignidad, la igualdad y no discriminación, el respeto a la libertad religiosa y por ende a la tolerancia.

---

<sup>649</sup>En *La Libertad Religiosa en la educación ...cit.*, p.423 y ss.

## V. DERECHOS EDUCATIVOS DE LOS PADRES.

Como derechos educativos de los padres podemos mencionar: el derecho a elegir el tipo de educación que ha de darse a sus hijos y a menudo ejercen este derecho cuando eligen un centro educativo que ofrece un tipo de educación determinada –centro privado con carácter propio-. En segundo lugar el derecho a decidir sobre la formación religiosa y moral que han de recibir sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones, tanto en centros públicos como privados. Si bien es obvio que la elección de un centro docente es un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral (STC 5/1981 FJ. 8). Y en tercer lugar, el derecho a participar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos.<sup>650</sup>

### A) El derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos. Derecho a elegir centro docente.

Este derecho no está expresamente recogido en la Constitución de 1978. Si bien gran parte de la doctrina lo considera un derecho constitucional; para el sector tradicional y católico se trata de un derecho básico para la libertad de enseñanza de los padres y para la supervivencia de los centros de iniciativa social.<sup>651</sup>

Vamos a referirnos en primer lugar a los debates parlamentarios para saber la razón por la que no se reguló de forma expresa en la Carta Magna.

#### 1. DEBATES PARLAMENTARIOS.

La Constitución solo se refiere al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones en el artículo 27.3. En los debates parlamentarios, el partido de Alianza Popular puso de manifiesto la insuficiencia de este texto al limitar el derecho de los padres a elegir el tipo de educación a éste, de elegir la formación religiosa y moral; aquél es más amplio que éste; la razón que se da es que “los padres tienen derecho a elegir el tipo de educación de sus hijos no solo por razones de creencias religiosa o morales, sino también por sus convicciones filosóficas, preferencias pedagógicas, en función de la titularidad del centro, del profesorado, de la seriedad, organización y eficacia que le ofrezca cada uno”.<sup>652</sup>

Hubo diversas propuestas de redacción del apartado 3 del entonces artículo 26, Gómez de las Rocas propuso la siguiente: “los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos, el centro

---

<sup>650</sup> Derecho al que nos hemos referido en el Capítulo III, y al que nos remitimos.

<sup>651</sup> Martínez Blanco A., *Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, Ed. Tecnos. Madrid, 1993, p. 278

<sup>652</sup> *Ibidem*.

estatal o no estatal donde se preste y, en todo caso, la formación religiosa o moral que se ajuste a las convicciones de aquellos”,<sup>653</sup> como afirmación categórica del principio de inseparabilidad entre creencias religiosas y morales o ausencia de creencias -igualmente legítima- y la formación educativa; ya que no es posible –añadía- separar la formación religiosa y moral de la educación.

López Rodó hizo la propuesta de la siguiente forma: “los poderes públicos garantizan el derecho preferente que asiste a los padres de elegir para sus hijos el tipo de educación y la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones”. Lo que se añade es la facultad de elegir el tipo de educación y explica: en primer término, el carácter preferencial del derecho que asiste a los padres, porque en concurrencia con cualquier derecho (derecho del Estado) hay que ver cuál es el derecho preferente, cuál es el derecho que prevalece; y en segundo término, el derecho a elegir el tipo de educación que no es una idea más o menos afortunada que se nos haya podido ocurrir, sino que está expresamente reconocido en el artículo 26.3 DUDH.<sup>654</sup>

La propuesta fue rechazada por Roca Junyent afirmando que “nos parece restrictiva la incorporación de “los poderes públicos garantizan el derecho preferente”, porque esto daría a entender que existen otros derechos sobre este punto, cosa que el texto constitucional, en todo caso, no contempla.

La expresión “tipo de educación” nos parece también innecesaria, porque el reconocimiento que se hace en el apartado 1 de la libertad de enseñanza debe ser contemplada en su amplitud, ya que no se establece limitación. Y esto querría decir, entre otras cosas, la posibilidad de incorporar aquí los tipos de educación.”<sup>655</sup>

Asimismo, Silva Muñoz señaló que “los padres son los primeros responsables de la educación de los hijos. Debe reconocerse expresamente el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, de acuerdo con los dictados de su conciencia y en cumplimiento de su indeclinable responsabilidad. El ordenamiento de una sociedad pluralista y democrática debe amparar el derecho de los padres para que puedan elegir, entre las distintas opciones, el tipo de educación que desean para sus hijos.

A ellos es a quienes corresponde elegir libremente el centro educador que les inculque el sentido filosófico, religioso o moral de la vida que esté de acuerdo con sus convicciones y creencias. Un recto entendimiento del poder del Estado acerca de la sociedad debe limitarse a reconocerlo así”.<sup>656</sup>

## 2. POSICIÓN DE LA IGLESIA.

Por otra parte, el Concilio Vaticano II afirmó que “es preciso que los padres, cuya primerísima e intransferible obligación y derecho es el educar a los hijos, *tengan absoluta libertad* en la elección de las escuelas. El poder público, a quien pertenece proteger y defender las libertades de los ciudadanos atendiendo a la justicia distributiva debe procurar distribuir las ayudas públicas, de forma que los padres puedan escoger con libertad absoluta, según su propia conciencia, las escuelas para sus hijos”.<sup>657</sup>

---

<sup>653</sup> Gómez de las Rocas, DSCD núm. 72, de 23 de mayo de 1978, p. 2603.

<sup>654</sup> Ibidem, p. 2606.

<sup>655</sup> Ibidem, p. 2607

<sup>656</sup> Silva Muñoz, DSCD, núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 4022.

<sup>657</sup> Núm. 6 Declaración sobre la educación cristiana de la juventud. *Gravissimum Educationis*. Ed. BAC, Madrid, 1965, pgs., 6 y ss.



### 3. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE ESTE DERECHO.

#### 3.1. Posiciones doctrinales.

Acerca de la naturaleza y fundamento del derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos, se dan distintas posiciones entre la doctrina: así Fernández-Miranda afirma que se deriva necesariamente del principio de libertad de enseñanza y del reconocimiento del derecho a la educación.<sup>658</sup> Se trata de un derecho constitucional cuya aceptación no ha sido pacífica. Su incorporación al ordenamiento jurídico se deriva del artículo 27.1 CE, interpretado en conformidad con el artículo 10.2 CE.<sup>659</sup>

Mientras que Embid Irujo considera que en la Constitución no se recoge el derecho a elegir el tipo de educación pero es un derecho recogido en el Ordenamiento Internacional y es de aplicación en España conforme a los artículos 10.2 y 96 CE. Forma parte de nuestro ordenamiento jurídico no a nivel constitucional sino a nivel de norma ordinaria.<sup>660</sup>

En opinión de Ortiz Díaz el derecho nuclear de la libertad de enseñanza es el de escoger libremente el tipo o modelo de educación que se desea.<sup>661</sup> Fernández-Miranda matiza al afirmar que este derecho ha de considerarse como una derivación del reconocimiento de la libertad de enseñanza que implica la doble dimensión de libertad en la acción educativa y libertad en la recepción, dando lugar al derecho a la educación, no como un derecho social de prestación, sino como una libertad en el acceso a la educación. Y por otra parte, el ideario es el nexo o punto de convergencia que hace posible el ejercicio de dos derechos: el de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos.<sup>662</sup> De los Mozos Touya pone de manifiesto que “en la libertad de elección de tipo de educación se proyecta la libertad de conciencia, es decir, que la libertad ideológica es fundamento de este derecho a la elección del tipo de educación”.<sup>663</sup>

#### 3.2. Regulación en Textos Internacionales.

El artículo 10.2 CE remite a los Textos Internacionales que regulan este derecho y que *confirman su reconocimiento implícito* en la Constitución; estos Textos son: el artículo 26.3 DUDH, “los padres tendrán derecho preferente a escoger *el tipo de educación* que habrá de darse a sus hijos”; el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “los Estados Parte se comprometen a 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 aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza y que hacen que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”; el artículo 5.1.b) de la

---

<sup>658</sup> El autor explica que la misma correlación que existe entre la libertad de expresión –pluralidad de medios- y el derecho a la información –posibilidad de adquirir y leer el medio que se desee-, existe entre libertad de enseñanza –libre transmisión del saber, y por tanto, pluralismo de centros- y el derecho a la educación –libertad de acceso al saber-. Todo proceso de libre formación y transmisión del saber implica la libertad de emisión y recepción.

<sup>659</sup> Fernández-Miranda A, *De la libertad de enseñanza...*, cit., pgs. 93-94; Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...*, cit., p. 205

<sup>660</sup> Embid Irujo A, *Las libertades...*, cit., p. 207

<sup>661</sup> Ortiz Díaz J., *La libertad de enseñanza...*, cit., p. 30

<sup>662</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...*, cit., pgs. 207 y 196-197

<sup>663</sup> De los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., pgs. 46-47

Convención de la UNESCO de 1960, de contenido muy similar al indicado pero que agrega: “no debe obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones”; y el artículo 2 del Protocolo Adicional 1 del CEDH, “1. A nadie se le puede negar el derecho a la educación. 2. El Estado, en el ejercicio de sus funciones que asumirá en el campo de la educación y de la enseñanza, *respetará* el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”, habría que subrayar que utiliza el término “respetar” y no la expresión “tener en cuenta” como recogía su primera redacción. Este artículo 2 recoge dos derechos: de uno sería titular el niño (párrafo 1) y otro de titularidad de los padres (párrafo 2). Derecho a la educación y derecho educativo de los padres que para el TEDH se encuentran en una relación de subordinación, prima el derecho a la educación y el derecho paterno es solo una adición a este derecho fundamental.<sup>664</sup>

### 3.3. Posición Jurisprudencial.

El Tribunal Supremo ha utilizado indistintamente el derecho a la elección de centro docente y derecho a la elección de tipo de educación. “El derecho a la elección de centro docente consiste en el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos o la libertad de los padres de escoger para sus hijos escuela distinta de las creadas por las autoridades públicas”.<sup>665</sup>

Y además hay que señalar que ninguna de las sentencias ha negado el alcance constitucional del derecho a la elección de centro docente. Así, afirma expresamente que “este derecho es un derecho de alcance constitucional, implícito en el derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución”.<sup>666</sup> En otras resoluciones el Alto Tribunal ha manifestado que “no hay duda alguna que este derecho de libre elección de centro forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho a la educación, dado, además que en un sistema político basado en el pluralismo y la aconfesionalidad del Estado, los centros docentes del Estado han de ser ideológicamente neutrales”.<sup>667</sup> Así pues el incluir el citado derecho como parte del contenido esencial del derecho a la educación, determina su alcance constitucional.<sup>668</sup>

En otras ocasiones el Tribunal Supremo afirma que la elección de centro docente es consecuencia de la libertad de enseñanza y de la libertad de creación de centros docentes, derechos regulados en el artículo 27. 1 y 6 del texto constitucional.<sup>669</sup>

Hay sentencias en las que el Tribunal acude a los Tratados Internacionales y justifican el carácter constitucional del derecho a la elección de centro docente, “por la lectura sistemática del artículo 27 combinando sus apartados 1, 3 y 6 e interpretados a la

---

<sup>664</sup> Embid Irujo A., *Derecho a la Educación y Derecho educativo paterno. Comentario a la sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1982*, R.E.D.C. núm. 7, 1983, pgs. 386-387.

<sup>665</sup> Utiliza los mismos términos que el Pacto Internacional de 1966. Vid., SSTS de 26 de abril de 1990 (RJ. 3566), 23 de marzo de 1993 (RJ. 4962), 22 de febrero de 1994 (RJ. 1193); 8 de marzo de 1994 (RJ. 2014).

<sup>666</sup> SSTS de 9 de octubre de 1995 FJ. 2 (RJ. 7141), 3 de marzo de 1995 (RJ. 2304).

<sup>667</sup> STS de 24 de enero de 1985 FJ. 6 (RJ. 250), en la misma línea, SSTS 7 de marzo de 1991 (RJ. 2507), 14 de mayo de 1985 (RJ. 2354).

<sup>668</sup> García-Pardo D, *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia...* cit., p. 140.

<sup>669</sup> SSTS de 26 de abril de 1990 (RJ. 3566), 8 de marzo de 1994 (RJ. 2014), 22 de febrero de 1994 (RJ. 1193).

luz de los Tratados Internacionales y de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE”.<sup>670</sup> Y “con arreglo a los diversos Tratados, Acuerdos y Declaraciones Internacionales, este derecho de los padres se proyecta directa y preferentemente sobre el ámbito de la educación más que sobre el de la enseñanza, es decir, la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conforme con una determinada ideología prima sobre la transmisión del conocimiento científico”.<sup>671</sup>

#### 4. REGULACIÓN POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

Las Leyes Orgánicas que fueron desarrollando la Constitución regularon este tema de distinta forma.

##### 4.1. L.O.E.C.E. de 1980

La Ley Orgánica sobre Estatutos de Centros Escolares de 1980 distinguió perfectamente el derecho de los padres a elegir el tipo de educación del derecho a escoger centro docente, considerando a éste como instrumento del primero.<sup>672</sup> Su artículo 5.1. disponía: “los padres y tutores tienen *derecho a elegir el tipo de educación* que deseen para sus hijos o pupilos, y a que éstos reciban, dentro del sistema educativo, la educación y la enseñanza conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas, a cuyo efecto podrán *escoger el centro docente* que mejor se acomode a esas convicciones”. Su apartado 2 afirmaba que “el Estado, mediante la correspondiente Ley de Financiación de la enseñanza obligatoria, garantizará la libertad fundamental de la elección de centro educativo en los niveles de enseñanza que se establezca como obligatorios y consecuentemente gratuitos”.<sup>673</sup>

##### 4.2. L.O.D.E. de 1985

###### 4.2.1. La no regulación expresa de este derecho

La Ley Orgánica del Derecho a la Educación de 1985 no menciona en el precepto que recoge los derechos de los padres el derecho a elegir el tipo de educación. Así el artículo 4 dispone que “los padres en los términos que las disposiciones legales establezcan tienen derecho: a) a que sus hijos o pupilos reciban una educación conforme a los fines establecidos en la Constitución y en la presente Ley; b) a escoger centro docente distinto de los creados por los poderes públicos; c) a que sus hijos o pupilos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Fernández-Miranda califica el artículo 4 b) como “lacónica formulación” que no niega ni recorta el derecho de elección de tipo educativo, simplemente se limita a recoger el medio para hacerlo efectivo, que es: la posibilidad de optar por aquel tipo de centro cuya orientación educativa mejor se acomode a los deseos de los sujetos del derecho.<sup>674</sup>

---

<sup>670</sup> SSTS de 14 de diciembre de 1994 (RJ. 10.674), 5 de marzo de 1996 (RJ. 2173)

<sup>671</sup> STS de 24 de enero de 1985, FJ. 6 (RJ. 250).

<sup>672</sup> Martínez Blanco A., *Derecho Eclesiástico...* cit. p. 278.

<sup>673</sup> Se redactó dicha Ley pero no se llegó a aprobar.

<sup>674</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...*, cit., p. 207

#### 4.2.2. Recurso previo de inconstitucionalidad contra el Proyecto de la LODE.

Los diputados del grupo parlamentario popular que presentaron el recurso previo de inconstitucionalidad contra el Proyecto de la LODE se refirieron al no reconocimiento explícito del derecho de los padres a elegir el tipo de educación, en el motivo primero, relativo a los criterios de admisión de alumnos en los centros públicos y privados concertados, criterios que en su opinión, no respetaban la libertad de elección de escuela por parte de los padres. “El derecho a escoger centro docente distinto de los creados por los poderes públicos es recogido por el propio Proyecto de la LODE que lo incluye en el artículo 4 apartado b). No sucede lo mismo en lo que se refiere a lo que entendemos que es fundamental de este derecho, a saber, el “derecho a escoger el tipo de educación que los padres quieren dar a sus hijos”, tipo de educación que trasciende al derecho de elegir la formación religiosa y moral que han de recibir en la escuela”. Y solicitaban la inconstitucionalidad de los artículos 20.2 y 53 (admisión de alumnos) porque estos artículos no respetan el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que desean para sus hijos.

#### 4.2.3. Doctrina del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 77/1985 de 27 junio manifiesta que “el hecho de que el artículo 4 del Proyecto (de la LODE) no recoja expresamente el derecho de los padres a escoger “el tipo de educación que desean para sus hijos” no supone que el término carácter propio haya de interpretarse en todo caso como limitado a los aspectos morales y religiosos, excluyendo cualquier otro aspecto” (FJ. 8 in fine). Y recuerda que sigue siendo válida la doctrina recogida en su sentencia 5/1981 de 13 de febrero que afirma que el ideario de un centro educativo privado no debía limitarse necesariamente a los aspectos religiosos y morales, sino que podía extenderse a otros aspectos de la actividad educativa, es decir que el ideario puede explicitar no solo el tipo de educación que el centro ofrece sino también la forma concreta de llevarlo a la práctica a través de trabajo escolar.<sup>675</sup>

El Tribunal Constitucional entendió que los preceptos 20.2 y 53 de la LODE eran constitucionales ya que ninguno hacía referencia a adscripciones forzosas de alumnos ni a su destino, por la Administración, a centro determinado. Estos preceptos no contradecían el derecho de elección de centro.

#### 4.3. L.O.C.E. de 2002<sup>676</sup>

La Ley Orgánica de la Calidad de la Educación de 2002 en su artículo 3 realiza una enumeración de los derechos y deberes de los padres, precepto más concreto y amplio que el artículo 4 de la LODE, y regula de forma expresa el derecho a la libre elección de centro. Así dispone: “1. Los padres, en relación con la educación de sus hijos tienen los siguientes derechos: a) a que reciban una educación con las máximas garantías de calidad, en consonancia con los fines establecidos en la Constitución, en el correspondiente Estatuto de Autonomía y en las Leyes Educativas; b) a la libre elección de centro; c) a que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones; d) a estar informados sobre el progreso de aprendizaje e integración socio-educativa de sus hijos; e) a participar en el control y gestión del centro

<sup>675</sup> STC 57/1981 de 13 de febrero FJ. 8, párrafo 4.

<sup>676</sup> Su Disposición Derogatoria única párrafo 3 deroga, entre otros, el artículo 4 de la LODE.

educativo en los términos establecidos en las leyes; f) a ser oídos en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos”.

No utiliza la expresión de la LODE “centros distintos de los creados por los poderes públicos” y tampoco se refiere expresamente al derecho a elegir el tipo de educación, si bien una forma de ejercerlo es eligiendo el centro docente.<sup>677</sup>

#### 5. SUJETOS DEL DERECHO A ELEGIR EL TIPO DE EDUCACIÓN Y CENTRO DOCENTE.

Los titulares de estos derechos son los padres o tutores, si bien hay que decir que el derecho a la elección del tipo de educación es más importante cuanto menor sea la edad del alumno, y menor el desarrollo de su personalidad y su espíritu crítico. Es decir, que el ámbito de este derecho se limita a niveles educativos en los que los alumnos son menores de edad. Cuando alcancen la mayoría de edad -se supone han alcanzado la madurez suficiente- esta titularidad se traslada a los hijos, en base al principio de libertad de acceso a la educación; por ejemplo en el acceso a la Universidad, los alumnos son titulares de este derecho frente al Estado. Cuando el alumno es mayor de edad (el artículo 27.1 CE dispone “todos tienen el derecho a la educación”) hablar de derechos educativos de los padres no tiene ningún sentido, ni lógico, ni jurídico. La opción por el tipo de enseñanza, por el centro, por la posible educación o formación religiosa y moral, pasan a la esfera de su derecho a la educación.<sup>678</sup>

El derecho a la elección del centro es parte del derecho educativo de los padres porque se construye en interés de éstos, no es un reflejo del derecho a la educación que sería ejercitado por los padres en virtud de una representación implícita.

El derecho a recibir educación en la propia lengua, por ejemplo, sería parte del derecho a la educación, porque la lengua es una cualidad del alumno, que caso de recibir enseñanza en lengua distinta no podría aprehenderla, no existiría el mero hecho educativo. El interés se encuentra, en este caso, en el ámbito del escolar, aunque fueran sus padres como sus representantes legales los que ejercieran judicialmente este derecho.<sup>679</sup>

La diferencia se encuentra en que los primeros responden a un interés propio de los padres o tutores y los segundos, son ejercidos por éstos, ante la imposibilidad de los educandos para reclamar su ejercicio por su minoría de edad.

El Tribunal Supremo recoge la doctrina constitucional en este tema y afirma que “*los padres* tienen el derecho fundamental de elegir para sus hijos el centro docente, público o privado, que responda mejor a sus preferencias; y los poderes públicos tienen la obligación, dentro de las efectivas posibilidades, de garantizar el ejercicio de este derecho”.<sup>680</sup>

#### 6. CONTENIDO DE ESTE DERECHO.

El derecho de los padres a elegir el tipo de educación que han de recibir sus hijos es un derecho público subjetivo de libertad y no de prestación. No hay un derecho a la

---

<sup>677</sup> Esta Ley también regula los centros docentes con especialización curricular: lingüístico, humanístico, científico, tecnológico, artístico, deportivo y de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (artículo 66).

<sup>678</sup> Embid Irujo A, *Derecho a la Educación...* cit., p. 391

<sup>679</sup> *Ibidem*, p. 378

<sup>680</sup> STS de 15 de marzo de 1994 FJ. 2 párrafo 2 (RJ. 3130).

creación de centros acordes con el tipo de educación deseado sino un derecho a optar entre los centros existentes, nacido al amparo de la libertad de enseñanza.<sup>681</sup> Cuestión diferente son las obligaciones del Estado según dispone el artículo 9.2 CE para hacer efectivo y real el ejercicio del derecho. En todo caso, tal obligación no da nacimiento por sí misma a un derecho subjetivo. Lo mismo ocurre con el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral conforme con sus propias convicciones. Lo procedente es que el Estado organice la situación que haga posible el ejercicio de tal derecho, teniendo en cuenta las demandas reales, una buena administración del recursos y el principio de eficacia en la gestión.<sup>682</sup>

#### 6.1. Posibilidades a las que se refiere.

Este derecho como derecho de libertad comprende: 1) la posibilidad de elegir centros distintos a los creados por los poderes públicos como vía para optar por el tipo de educación que se desea;<sup>683</sup> 2) la posibilidad de optar por un centro público con necesaria vocación de neutralidad y el derecho a exigir el respeto a dicha vocación de neutralidad; 3) el derecho a que la enseñanza, tanto en centro público como en centro privado, respete las finalidades de la educación establecidas en el artículo 27.2 CE y los derechos constitucionales de todos los miembros de la comunidad escolar.<sup>684</sup>

El contenido del derecho a la elección del tipo educativo que se materializa a través de la elección de centro docente es más amplio que el derecho reconocido en el artículo 27.3 ya que “abarca la totalidad del proceso educativo que se realiza bajo la inspiración de un determinado marco referencial de comprensión del mundo que exige la existencia de un pluralismo externo de los centros docentes cuyas ofertas se concretan precisamente en el ideario”.<sup>685</sup>

#### 6.2. Alusión a la STEDH de 1982, caso Campbell y Consans.

Cabe mencionar las STEDH de 25 de febrero de 1982, Caso Campbell y Cosans, sentencia que en opinión de Embid Irujo “va a considerar al derecho paterno capaz de excepcionar un sistema de disciplina que rige de forma general en un país”.<sup>686</sup> Sentencia que aporta la delimitación del derecho a la educación y el derecho educativo paterno con primacía del primero en caso de conflicto, respeto a las convicciones filosóficas de los padres en la enseñanza incluyendo al sistema disciplinario como parte del mismo hecho educativo y no como algo subsidiario, marginal, sin que estos mismos calificativos tengan importancia ante el hecho unitario de la educación.<sup>687</sup>

Mientras que Fernández-Miranda opina que hubiera sido más adecuado fundamentar la estimación del recurso en el derecho del alumno al respeto de su dignidad personal y en las finalidades de la educación exigidas por las normas

---

<sup>681</sup> Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 97.

<sup>682</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>683</sup> STC 86/1985, FJ. 3; ATC 382/1996 de 18 de diciembre, FJ. 4, párrafo 2.

<sup>684</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 207.

<sup>685</sup> Fernández-Miranda A, *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 121

<sup>686</sup> Embid Irujo A, *Derecho a la Educación...*cit., p. 384

<sup>687</sup> *Ibidem*, p. 388.

aplicables pero las consecuencias hubiera sido desde el punto de vista político muy duras.<sup>688</sup>

## 7. LÍMITES DEL DERECHO A LA ELECCIÓN DEL TIPO DE EDUCACIÓN.

### 7.1. Supuestos que comprende

El derecho a la elección del tipo de educación es un derecho de alcance constitucional, implícito en el derecho a la educación –artículo 27.1 CE- pero, al igual que los demás derechos no es absoluto, se ha de tener en cuenta:<sup>689</sup>

- 1) que el tipo de educación elegido ha de adecuarse a los objetivos educativos constitucionalmente establecidos y cuando se trate de enseñanzas regladas han de cumplir los requisitos exigidos por los poderes públicos, pretendiendo ofrecer una enseñanza de calidad.
- 2) Que el objetivo de este derecho es la posibilidad de optar por centros distintos a los creados por los poderes públicos, para satisfacer la libertad de elección de tipo educativo.<sup>690</sup>
- 3) Que en el supuesto de centros concertados y cuando haya exceso de demanda, éste derecho queda limitado por los criterios objetivos de selección impuestos por la Ley.<sup>691</sup>

### 7.2. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

#### 7.2.1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

##### 7.2.1.1. Regla general

El Tribunal Supremo afirma que “este derecho no es absoluto, siendo constitucionalmente válido que los poderes públicos, en su deber de programación de la enseñanza garantice la calidad de la misma estableciendo una “ratio” alumno/unidad, como lo hizo la Disposición Adicional tercera de la LOGSE en la que se fijó un número máximo de 25 alumnos por aula en la Enseñanza Primaria y de 30 alumnos en la Enseñanza Secundaria Obligatoria.

También es constitucionalmente válido que para no sobrepasar esa “ratio” se fijen criterios de admisión en el centro, sin que en ninguno de los dos casos se pueda considerar vulnerado el derecho a la elección de centro, que en principio pueden ejercitar los padres, siendo cosa distinta que el mismo pueda ser satisfecho en función de la existencia o no de plaza”.<sup>692</sup>

##### 7.2.1.2. Supuestos concretos.

---

<sup>688</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 208

<sup>689</sup> *Ibidem*,

<sup>690</sup> Aunque la LODE reconozca el derecho de centro público, este no es un derecho constitucional. Otra cosa es que el legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración, haya querido extender el derecho de elección a la red de centros públicos. La sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 27 de febrero de 1987 así lo recoge, “sin que la elección de un colegio público en concreto sea un derecho constitucional”.

<sup>691</sup> Vid., Disposición Adicional Quinta de la LOCE.

<sup>692</sup> STS de 9 de octubre de 1995, FJ. 2 (RJ. 7141) y de contenido similar STS de 3 marzo de 1995 (RJ. 2304).

No se produce vulneración del derecho a la libre elección de centro cuando se suprimen unidades concertadas debidamente justificadas<sup>693</sup> o la divulgación por prensa de un expediente de revocación de licencia de apertura y funcionamiento de colegio y que finaliza sin sanción.<sup>694</sup>

Y con respecto al principio de igualdad, no puede entenderse vulnerado, en base a que en unas Administraciones Educativas de Comunidades Autónomas distintas, se flexibiliza la “ratio” alumno/unidad y en otras Administraciones Educativas no, en función de la planificación efectuada, puesto que ello no tiene relevancia constitucional. Ya que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley no se produce cuando la propia norma lleva implícita la necesidad de valorar circunstancias diferentes que, como lógica consecuencia, pueden aconsejar soluciones diferentes.<sup>695</sup>

Tampoco vulnera el principio de igualdad cuando un centro docente autorice un número mayor de alumnos por aula que otros, siempre que se justifique razonablemente, con razones objetivas.<sup>696</sup>

“No toda desigualdad supone automáticamente una discriminación sino solo aquella carente de razonabilidad y la que aquí se invoca viene determinada por los términos de una autorización administrativa que delimita el legal funcionamiento de un centro docente”.<sup>697</sup>

#### 7.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Auto 382/1996 de 18 de diciembre del Tribunal Constitucional que desestimó el recurso presentado, hace referencia al derecho a la educación como derecho de libertad: la elección de centro docente y la limitación de este derecho que ha de ser compatible con los derechos de los demás miembros de la comunidad educativa.

Se trata de un niño que estudiaba EGB en un centro privado no concertado y fue expulsado en base al artículo 26.3 d) del RD 1543/1988 regulador de los derechos y deberes de los alumnos. Los padres presentaron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cuyo argumento era que “fue expulsado en base a que el colegio no reconoció que era requisito imprescindible la previa audiencia de los padres antes de

---

<sup>693</sup> STS de 17 octubre de 1995, FJ. 2, párrafo 2 (RJ. 8789). “En cuanto a la pretendida infracción del artículo 27 CE, la sentencia recurrida razona correctamente que la supresión de una unidad no se opone a la gratuidad de la enseñanza ni *al derecho de elección de centro escolar*, al continuar el concierto con 23 unidades y haberse apreciado un menor número de alumnos en los cursos iniciales, durante el curso académico 1991/1992, estando dotados con mayor número de unidades los cursos superiores, de modo que nada impide que aquellos continúen su enseñanza en el referido colegio”.

<sup>694</sup> STS de 14 de septiembre de 1987, FJ. 5, párrafo 3 (RJ. 6005). Presentan como daño producido, con repercusión en el Colegio, el darse de baja numerosos alumnos y disminuir también de manera notable las inscripciones o altas de nuevos colegiales, “consecuencias que se presentan como atentatorias a la libertad de enseñanza y de centros docentes y del *derecho de los padres a elegir el colegio que estimen más adecuado*, tesis que no puede ser asumida por esta sala porque las libertades invocadas no se ven afectadas de manera directa o inmediata, sino en todo caso de modo reflejo, derivado o mediato”, la pérdida de alumnos, aunque fuera consecuencia única de los hechos alegados no afecta directamente, como queda dicho, a la libertad de enseñanza, sino a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38”.

<sup>695</sup> SSTS de 9 de octubre de 1995, FJ. 3 (RJ. 7141), 20 de diciembre 1996 (RJ.9434), 3 de diciembre de 1993 (RJ.9456), 3 de marzo de 1995 (RJ. 2304)

<sup>696</sup> STS 29 de marzo de 1993 FJ. 2 (RJ. 2260), “es de cuenta del recurrente la carga de aportar el término de comparación, la igualdad de los presupuestos de hecho y la inexistencia de justificación razonable para el tratamiento diferente o la desigualdad de ambos”. Otras SSTS 23 de marzo de 1993 (RJ. 4962), 8 de marzo de 1994 (RJ. 2014).

<sup>697</sup> STS de 30 de mayo de 1990 (RJ. 5086), 18 de octubre de 1990 (RJ. 7745)



acordar la sanción tan grave como la expulsión. Exigencia ésta que al no haberse cumplido por el colegio, había menoscabado el derecho a la libre elección del centro”. Fue también desestimada la pretensión mediante auto.

Ante esta alegación, no lo suficientemente persuasiva, el Tribunal Constitucional manifestó que “bajo el ámbito de cobertura del artículo 27.1 CE cabe ubicar la capacidad de optar entre los diversos centros existentes, sean públicos o privados, aunque naturalmente el acceso efectivo al elegido dependerá de si satisfacen o no los requisitos establecidos en el procedimiento de admisión de alumnos, para cuya fijación los centros privados no concertados gozan de autonomía (artículo 25 LODE).<sup>698</sup>

Nada obsta para que esta faceta del derecho a la educación pueda ser lícitamente *limitada* a fin de salvaguardar otros derechos o bienes de naturaleza constitucional. Existen normas de convivencia dentro del centro docente (artículos 6.2 y 25 LODE) cuyo incumplimiento puede justificar suficientemente la expulsión de la escuela, sin que ello suponga en modo alguno la vulneración del derecho fundamental. Sólo, en suma, en los supuestos en que la sanción se haya impuesto arbitrariamente cabría plantearse la hipotética lesión del derecho en cuestión.<sup>699</sup> Arbitrariedad que no aprecian los órganos judiciales ni los demandantes, que se quejan de que no se les dio audiencia. El derecho fundamental a la educación, en principio, ofrece ciertas protecciones frente a las expulsiones arbitrarias, pero no exige el respeto escrupuloso de todas y cada una de las garantías procedimentales que sobre el particular pueden darse.<sup>700</sup>

## 8. DERECHO A LA ELECCIÓN DE CENTRO POR RAZÓN DE LA LENGUA EN QUE SE IMPARTE LA ENSEÑANZA.

Se trata de un derecho de libertad, pero este derecho de los padres no supone, correlativa ni automáticamente, el derecho a una prestación pública, es decir, que los padres no pueden exigir de los poderes públicos que subvencionen cualquier tipo de opción educativa, por ejemplo, la enseñanza en la lengua de una determinada Comunidad Autónoma.

### 8.1. Regulación Legal.

#### 8.1.1. En la Constitución de 1978.

La Carta Magna se refiere al castellano y demás lenguas españolas en el artículo 3 en los siguientes términos: “1. El castellano es la lengua oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en sus respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. 3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección”.

#### 8.1.2. En las Comunidades Autónomas.

Los Parlamentos de las Comunidades Autónomas con lengua propia, cooficial con la lengua del Estado Español aprobaron en su día, las respectivas Leyes de normalización lingüística en las que se determinan cómo podrá ejercerse este

<sup>698</sup> Auto TC 382/1996 de 18 de diciembre, FJ. 4, párrafo 2.

<sup>699</sup> Ibidem, FJ.4, párrafo 4

<sup>700</sup> Ibidem, FJ. 4, párrafo 6

derecho.<sup>701</sup> Así una sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona anuló el acuerdo del Consejo de Dirección de un centro público de EGB porque no respetaba el derecho de los alumnos a recibir la primera enseñanza en su lengua habitual tal y como establece el artículo 14 de la Ley de Normalización Lingüística de Cataluña, Ley 7/1983 de 18 de abril.<sup>702</sup>

### 8.1.3. En el ámbito Internacional y Europeo.

La Convención Relativa a la lucha contra las discriminaciones en el campo de la enseñanza de 1960, artículo 5.1.b), y la Resolución del Parlamento Europeo<sup>703</sup> recomienda a los Estados miembros, entre otras cosas, “que:

- organicen oficialmente la enseñanza en las zonas lingüísticas correspondientes, desde la formación Preescolar hasta la Universidad y la formación continua en las lenguas regionales y minoritarias, en igualdad de derecho con las enseñanzas de las lenguas nacionales;
- reconozca oficialmente los cursos, clases y centros de enseñanza creados por asociaciones habilitadas para la enseñanza sobre la base del ordenamiento vigente en el Estado y que utilizan generalmente para la enseñanza una lengua regional o minoritaria;
- dediquen especial atención a la formación del personal docente en las lenguas regionales o minoritarias y que pongan a su disposición los medios pedagógicos necesarios para la realización de las medidas antes mencionadas;
- fomenten la información sobre las distintas posibilidades de enseñanza existentes en las lenguas regionales o minoritarias;
- regulen la equivalencia de diplomas, certificados, demás títulos y certificados de capacitación profesional, con el fin de fomentar el acceso de los miembros de grupos regionales o minoritarios de un Estado miembro al mercado de trabajo de las comunidades culturalmente relacionadas, sitas en otros Estados miembros”.

Y la LOCE, en su artículo 66, regula los centros docentes con especialización curricular, entre los que se encuentran los referidos al ámbito lingüístico.

## 8.2. Doctrina Jurisprudencial.

### 8.2.1. Tribunal Constitucional.

En torno a este tema la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional es la siguiente:

- ▶ El derecho a la educación no incluye, como contenido necesario, el de opción lingüística (STC 195/1989, de 27 de noviembre, FJ.3, párrafo 6).

---

<sup>701</sup> Son las siguientes: Ley 7/1983, de 18 de abril, de Normalización Lingüística en Cataluña, artículos 14-20 (DOGC de 22 de abril de 1983); Ley 3/1983, de 15 de junio, de Normalización Lingüística en Galicia, artículos 12-17 (DOG de 14 de julio de 1983); Ley 10/1982, de 24 de noviembre, Básica de Normalización del Uso del Euskera, artículos 15-21 (DOPV de 16 de diciembre de 1982); Ley 4/1983, de 23 de noviembre, de Uso y Enseñanza del Valenciano, artículos 18-24 (DOGV de 1 de diciembre de 1983); Ley Foral de Navarra 18/1986, de 15 de diciembre, del Vascuence, artículos 19-26 (BON de 17 de diciembre de 1986).

<sup>702</sup> S.A.T. de Barcelona de 12 de diciembre de 1986, FJ.6.

<sup>703</sup> DOC A2-150/87, artículo 5.

▶ Ninguno de los múltiples apartados del artículo 27 CE incluye como parte o elemento del derecho constitucionalmente garantizado, el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación en la lengua de preferencia de sus progenitores en el centro docente público de su elección (STC 195/1989 FJ.3, párrafo 2).

▶ Este derecho tampoco resulta de su conjunción con el artículo 14 CE, pues la prohibición de trato discriminatorio *no implica ni puede implicar* que la exigencia constitucional de igualdad de los españoles ante la Ley solo puede entenderse satisfecha cuando los educandos reciban la enseñanza íntegramente en la lengua preferida por sus padres en un centro docente público de su elección (STC 195/1989 FJ.3, párrafo 2 in fine, STC 19/1990, de 12 de febrero, STS de 18 de julio de 1991, FJ.3 (RJ. 5607)).

▶ No puede decirse que la DUDH, los Pactos Internacionales de 1966 o el Protocolo Adicional del CEDH recojan de modo expreso el derecho que asiste a los padres a que sus hijos reciban educación en la lengua que aquellos prefieran en el centro docente público que elijan (STC 195/1989 FJ.3, párrafo 3).

▶ El derecho de los padres a elegir para sus hijos centros en los que la educación obligatoria se imparta en una lengua que no es la oficial del Estado, sino la cooficial en la Comunidad Autónoma de la que forma parte, solo existe, en consecuencia, en la medida en que *haya sido otorgada por la Ley* (STC 195/1989, FJ.3, párrafo 4, STS de 27 de marzo de 2000, FJ. 2, párrafo 4 (RJ. 3979)).

▶ Como *derecho de creación legal*, el derecho a la elección de centros por razón de lengua tiene, como en general el derecho a la educación, dos dimensiones distintas: una dimensión de libertad, y una dimensión prestacional (STC 195/1989, FJ. 3 párrafo 5).

El caso que resuelve la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1989, el recurrente eligió el único centro público de la ciudad de Castellón que impartía íntegramente la enseñanza en valenciano y ello le ocasionaba unos gastos de transporte y de comida que reclamaba; alegaba vulneración del artículo 27 CE, discriminación con respecto a los demás, que habían elegido el castellano como lengua educativa, y los centros estaban ubicados cerca de su domicilio. El Tribunal Constitucional señaló que “la dimensión de libertad del derecho a la educación se cumple porque no ha encontrado obstáculos para que su hijo reciba en valenciano la enseñanza. La dimensión prestacional está cuestionada ya que la oferta educativa que hace la Generalitat Valenciana a los alumnos que optan por la enseñanza en valenciano es más restringida que la que ofrece en castellano. Y es que la oferta de los centros públicos en los que, en los niveles obligatorios, se asegure la enseñanza en valenciano está condicionada en la Ley 4/1983 de 23 de noviembre de Uso y Enseñanza del Valenciano, artículo 19, a las posibilidades existentes” (STC 195/1989, FJ.4, párrafo 3). O “únicamente puede llegarse a ello cuando las disponibilidades presupuestarias, existencia de suficiente profesorado y las posibilidades organizativas de los centros docentes lo permitan”.<sup>704</sup>

### 8.2.2. Tribunal Supremo.

En la Comunidad Autónoma de Valencia doce niños fueron admitidos por el Consejo Escolar de un centro público de Castellón –los padres eligieron este centro y los niños fueron admitidos- para cursar Preescolar en la línea de enseñanza en castellano. Debido a la supresión de la citada línea en el centro –que se transformaba en

<sup>704</sup> S.A.T. de Valencia de 27 de febrero de 1987.

centro de enseñanza en valenciano- los citados alumnos resultaron privados de este derecho, en base a una Orden verbal del órgano de la Administración autonómica, debido a una corrección de errores de la Orden anterior que establecía las dos líneas de enseñanza.

Interpuesto recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia se dictó sentencia el 19 de julio de 1995 estimando que se había vulnerado los artículo 27 y 14 CE y reconocía a los hijos de los demandantes a ser admitidos en el centro en la línea de enseñanza en castellano.

La Generalitat Valenciana interpuso recurso ante el Tribunal Supremo que declara no haber lugar al mismo por entender que el Consejo Escolar –órgano competente para decidir la admisión de alumnos en centros públicos de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 11/1986 de la Consejería de Educación, Ciencia y Cultura de Valencia- acordó la admisión con fecha 4 de mayo de 1994, en total doce solicitudes, para impartir la enseñanza en castellano. Y este acuerdo del Consejo Escolar es el que establece el derecho de los alumnos a recibir la educación en el curso 94/95 en línea de castellano y éste derecho no podía quedar sin efecto por la existencia de una orden verbal, en base a una corrección de errores de la Orden de 28 de febrero de 1994, Orden que –publicada en el DOGV de 23 de marzo- establecía que ese colegio impartía dos líneas de enseñanza: una en valenciano y otra en castellano, Orden en razón de la cual se adoptó el acuerdo el 4 de mayo de 1994. Por lo que el Tribunal Supremo declaró que “la denegación de tal derecho no era procedente por carecer de base legal o reglamentariamente válida. Con dicha denegación del ejercicio de un derecho previamente reconocido –denegación inválida- se ha infringido el derecho a la educación de los alumnos afectados (artículo 27.1 CE) y se les ha discriminado frente a los alumnos del mismo curso Preescolar del centro que escogieron, se les concedió y pudieron cursar la línea de enseñanza en valenciano, con vulneración del artículo 14 del Texto Constitucional”.<sup>705</sup>

### 8.2.3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El TEDH pone de manifiesto que el artículo 2 del Protocolo Adicional del CEDH en relación con el artículo 14 que prohíbe discriminaciones basadas, entre otras condiciones, en la lengua, que “la conformación de ambos preceptos no tienen por efecto garantizar a los hijos o a sus padres el derecho a una instrucción impartida en la lengua de su elección” y agrega que “interpretar estos dos artículos como si se reconociera a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado, el derecho a ser instruido en la lengua de su elección, conduciría a resultados absurdos, ya que todos podrían así reivindicar una instrucción impartida en cualquier lengua, en cualquiera de los territorios de las Partes contratantes”.<sup>706</sup>

## 9. ADMISIÓN DE ALUMNOS EN CENTROS CONCERTADOS.

De lo expuesto hasta ahora, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el derecho de libre elección docente forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho a la educación.<sup>707</sup> Pero cuando se trata de centros concertados y no

<sup>705</sup> STS de 27 de marzo de 2000 FJ. 2, párrafo 5.

<sup>706</sup> STEDH de 23 de julio de 1968, relativa a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica.

<sup>707</sup> STS de 24 de enero de 1985 FJ.6 (RJ. 250).

existen plazas suficientes se procede a aplicar los criterios de admisión de alumnos que, con carácter general, se aplican en los centros docentes públicos; ésta es una de las consecuencias de que el centro reciba financiación pública, es una de las obligaciones establecidas por la ley que derivan de la suscripción de un concierto educativo por un centro docente privado.

## 9.1 Criterios generales.

Los padres tienen el derecho fundamental de elegir para sus hijos un centro docente –público o privado- según sus preferencias y los poderes públicos tienen la obligación de garantizar este ejercicio<sup>708</sup> a través de una programación adecuada de los puestos escolares gratuitos; conforme a lo dispuesto en el artículo 72.1 de la LOCE: “Las Administraciones educativas realizarán una adecuada programación de los puestos escolares gratuitos que garanticen *la efectividad del derecho a la educación y el derecho a la libre elección de centro*. En todo caso, en dicha programación, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidades educativas específicas, con el fin de garantizar su escolarización en las condiciones más apropiadas”.

Respecto de la diversidad de centros escolares es necesaria, para hacer real y efectiva la posibilidad de elección, una programación específica de los puestos escolares de nueva creación en los niveles obligatorios y gratuitos que deberá tener en cuenta, en todo caso, la oferta existente de centros públicos y centros concertados.<sup>709</sup> La programación general de la enseñanza que corresponda a las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial comprenderá en todo caso una programación específica de los puestos escolares en la que se determinarán las comarcas, municipios y zonas donde dichos puestos hayan de crearse.<sup>710</sup>

Cuando se trate de centros sostenidos con fondos públicos que impartan varios niveles educativos, el procedimiento inicial de admisión se realizará al comienzo de la oferta del nivel inferior de los que sean objeto de financiación (artículo 72.2 LOCE). En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento (artículo 72.3 LOCE).<sup>711</sup>

## 9.2. Criterios prioritarios a tener en cuenta en la admisión de alumnos.

### 9.2.1. En la LODE. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El derogado artículo 20.2. LODE establecía unos criterios aplicables en el supuesto de insuficiencia de puestos escolares para atender a todas las solicitudes presentadas en un centro docente y eran las siguientes: rentas anuales de la unidad familiar; proximidad del domicilio; y existencia de hermanos matriculados en el centro.

El Tribunal Constitucional interpretó este precepto y no lo consideró inconstitucional.<sup>712</sup> afirmó que el proceso de admisión de alumnos supone la existencia de una solicitud de plaza por parte de los padres interesados, “la selección se produce en

<sup>708</sup> Convención de la UNESCO de 1960, artículo 5.1.b); Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, artículo 13.3; STS de 15 de abril de 1994, FJ.2, párrafo 2 (RJ.3130).

<sup>709</sup> Artículo 27.3, párrafo 2 LODE; STS de 24 enero de 1985 FJ. 10 (RJ. 250).

<sup>710</sup> Ibidem, artículo 27.3, párrafo 1.

<sup>711</sup> Es similar al artículo 20.2 de la LODE, artículo 20 derogado por la Disposición Derogatoria única, párrafo 3 de la LOCE. Así como el artículo 53, relativo a la aplicación analógica del artículo 20 en el supuesto de centros docentes concertados.

<sup>712</sup> STC 77/1985, de 27 de junio, FJ. 5.

un momento distinto y forzosamente posterior al momento en que los padres y tutores – en virtud de sus preferencias- ha procedido a la elección del centro”;<sup>713</sup> y en ningún momento puede pensarse en “adscripciones forzosas de alumnos, ni a su destino, por la Administración, a centro determinado, sino que estos criterios son para una selección por carencia de plazas, y, por tanto, inevitable, sobre solicitudes preexistentes.<sup>714</sup> De forma que los criterios prioritarios no reemplazan en ningún momento a la elección de padres y tutores... no se prescinde de la voluntad expresada por los padres.<sup>715</sup> Se trata de *impedir* en caso de insuficiencia de plazas *una selección arbitraria* por parte de los centros públicos y concertados.<sup>716</sup> Y por otra parte, ha de tenerse en cuenta que en los preceptos que se impugnan no se hace referencia alguna ni a la emisión de normas generales administrativas sobre admisión de alumnos, ni al destino forzoso de éstos a Centros escolares, independientemente de la voluntad de los padres o tutores. Por ello, cualquier pronunciamiento del Tribunal Constitucional, con ocasión del presente recurso, sobre tales cuestiones iría mucho más allá de su misión de verificar la adecuación de los preceptos que se impugnan a los mandatos constitucionales.<sup>717</sup>

En principio fue el RD 2375/1985 de 18 de diciembre y la Orden de 9 de marzo de 1989 los que regulaban el procedimiento y los criterios de admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos.

Posteriormente es el RD 377/1993 de 12 de marzo y la OM de 1 de abril de 1993 los que regulan la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria.<sup>718</sup> El objetivo de esta regulación era el siguiente: 1) adaptar la regulación de esta materia a la nueva ordenación educativa aprobada por la LOGSE; 2) ponderar los criterios establecidos por el artículo 20.2. de la LODE, potenciando el criterio de la proximidad domiciliaria; 3) modificar los procesos de aplicación del régimen de admisión de alumnos previendo la creación de comisiones que se encargaran de asesorar a padres y alumnos sobre la posibilidad de escolarización y que colaboraran con los centros docentes en la gestión del proceso de admisión. Los criterios vienen reconocidos en el artículo 10 del RD, y coinciden con los de la normativa derogada<sup>719</sup> pero se produce una importante modificación en cuanto a la puntuación de estos criterios a fin de potenciar la proximidad domiciliaria –puntuación de 0 a 5 puntos- por encima de la baja capacidad económica del solicitante. Se da mayor valoración a la existencia de hermanos en el centro –de 3 puntos si existe un hermano y se incrementa un punto más por cada uno de los siguientes-, y se elimina la mayoría de los criterios complementarios –el que los padres o tutores fuesen emigrantes retornados en los tres últimos años, el ser familia numerosa o cualquier otra circunstancia de libre apreciación por el órgano competente del centro-; de los que permanecen, el de padecimiento de algún tipo de minusvalía por el alumno, padres o hermanos en edad escolar –le otorga un punto adicional-.

---

<sup>713</sup> Ibidem, FJ. 5, párrafo 4.

<sup>714</sup> Ibidem, FJ. 5, párrafo 3.

<sup>715</sup> Ibidem, FJ. 5, párrafo 5

<sup>716</sup> Ibidem, FJ. 5, párrafo 5 in fine.

<sup>717</sup> Ibidem, FJ. 5, párrafo 6.

<sup>718</sup> Deroga el RD 2375/1985 de 18 de diciembre y la Orden de 9 de marzo de 1989.

<sup>719</sup> No podía ser de otro modo, al tratarse en ambos casos del desarrollo reglamentario de los criterios fijados en la LODE. Vid. Lorenzo Vázquez P. *Libertad religiosa...* cit., p. 89.

*Esta regulación elimina el principal punto de controversia: la polémica en cuanto al hecho de que la capacidad económica podía llegar a desposeer del derecho a la libre elección del centro.*<sup>720</sup>

Más adelante se ha aprobado el RD 366/1997 de 14 de marzo por el que se regula el régimen de elección de centro<sup>721</sup> y la Orden de 26 de marzo de 1997 que desarrolla el mencionado RD.

Esta regulación introduce una nueva ordenación de admisión de alumnos que permite adaptarse a la nueva planificación e incrementar las posibilidades de elección de centro docente por parte de los padres.<sup>722</sup> Los objetivos perseguidos son: 1) ampliar las zonas de influencia de los centros sostenidos con fondos públicos con el fin de incrementar la oferta educativa, son competentes las Direcciones Provinciales del MECED (artículo 3 de la Orden de 1997); 2) que el criterio prioritario de proximidad domiciliaria del artículo 20.2 de la LODE se refiera indistintamente al domicilio familiar o al lugar de trabajo de cualquiera de los padres o tutores; 3) diferenciar la Educación Infantil y la Educación Secundaria Obligatoria con respecto a la Educación Secundaria postobligatoria, con el fin de ponderar los diferentes criterios de admisión que se establezcan; 4) facilitar la participación en el proceso de elección del centro a las familias, pudiendo conservar éstas la prioridad con respecto a la plaza que les corresponda por la vía de adscripción; 5) establecer la posibilidad de efectuar adscripciones múltiples entre centros de Educación Primaria e Institutos de Educación Secundaria (artículos 4 y 6 de la Orden de 1997).

Cuando no existan suficientes plazas, el artículo 10 del RD 366/1997 distingue entre criterios prioritarios y complementarios y se aplicarán con carácter concurrente. Los criterios prioritarios son: rentas anuales de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el mismo centro en el curso académico para el que se solicitara plaza. Con respecto al criterio de proximidad de domicilio del alumno, se considerará el domicilio familiar o alternativamente, el lugar de trabajo de cualquiera de los padres o tutores. En el caso de nulidad matrimonial, separación o divorcio se estará a lo que acuerden los cónyuges o, en su defecto, a lo resuelto judicialmente sobre el ejercicio de la patria potestad.

Los criterios complementarios serán: la situación de familia numerosa, condición reconocida de minusválido físico, psíquico o sensorial de los padres o hermano del alumno, o en su caso del tutor o cualquier otra circunstancia que aprecie el órgano competente conforme a criterios objetivos que deberán hacerse público por los centros con anterioridad al inicio del proceso de admisión.

En el supuesto que se produzca una igualdad de puntos, a la hora de considerar los criterios enunciado, los criterios a tener en cuenta son: a) mayor puntuación obtenida en el apartado de hermanos matriculados en el centro; b) mayor puntuación obtenida en el apartado de proximidad domiciliaria; c) menor renta anual per cápita en la unidad familiar; d) asignación por sorteo ante el Consejo escolar del centro.

### 9.2.2. En la LOCE: Disposición Adicional Quinta.

---

<sup>720</sup> Musoles Cubedo M.C., *Polémica que suscita el criterio de admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos (especial referencia al criterio de capacidad económica aplicado a los centros concertados)*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado de 1989, p. 184

<sup>721</sup> Su Disposición Derogatoria declara derogado el RD 377/1993 de 12 de marzo y la Orden de 1 de abril de 1993 que regula el procedimiento de admisión de alumnos, así como la Orden de 21 de marzo de 1994 que modifica la Orden de 1 de abril de 1993.

<sup>722</sup> Vid. González M. *El régimen de financiación pública de los centros docentes como garantía del pleno ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, p. 278 y ss.

Los criterios de admisión de alumnos vienen regulados en la Disposición Adicional Quinta de la LOCE que dispone en su párrafo primero que “en los procedimientos de admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos que impartan Educación Primaria o Educación Secundaria Obligatoria o Bachillerato, cuando no existan plazas suficientes, tendrán prioridad aquellos alumnos que procedan de los centros de Educación Infantil o Educación Secundaria Obligatoria, respectivamente, que tengan adscritos, siempre que dichas enseñanzas estén sostenidas con fondos públicos.”

Son las Administraciones educativas las competentes para establecer el procedimiento y condiciones para la adscripción de centros a que se refiere el apartado anterior, *respetando*, en todo caso, *el derecho a la libre elección de centro* (párrafo 2).

Tanto en admisión inicial (artículo 72.2 LOCE) como en la debida al cambio de centro, los criterios prioritarios de admisión de alumnos, cuando no existan plazas suficientes, y que se aplicarán de acuerdo con la regulación de la Administración educativa competente, serán los siguientes:<sup>723</sup>

1. Renta per cápita de la unidad familiar.
2. Proximidad del domicilio.
3. Existencia de hermanos matriculados en el centro.
4. Concurrencia de discapacidad en el alumno o en alguno de sus padres o hermanos.
5. Condición legal de familia numerosa.
6. La enfermedad crónica en el alumno que afecte al sistema digestivo, endocrino o metabólico, y exija como tratamiento esencial el seguimiento de una dieta compleja y un estricto control alimenticio cuyo cumplimiento condicione de forma determinante el estado de salud física del alumno.
7. Para las enseñanzas no obligatorias se puede considerar como criterio prioritario el expediente académico.

Realiza una enumeración sin distinguir entre criterios prioritarios y complementarios, como hacía el RD de 1997, recoge además los criterios de enfermedad crónica y el de expediente académico cuando se trate de enseñanzas no obligatorias..

Si bien, cuando se trate de centros con especialización curricular (artículo 66 LOCE) podrán incluir como *criterios complementarios*, otros que respondan a las características propias de su oferta educativa, de acuerdo con lo que establezca la Administración educativa correspondiente (párrafo 4)

También se aplican estos criterios a centros sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de grado medio de Formación Profesional (párrafo 6). Y cuando se trate de enseñanzas de grado superior de Formación Profesional, tendrán prioridad quienes hayan cursado la modalidad de Bachillerato que en cada caso se determine, o quienes accedan a través de la prueba establecida en el artículo 38 de la LOCE (párrafo 5).

Los alumnos que cursen simultáneamente enseñanzas regladas de Música o Danza y enseñanzas de régimen general tendrán prioridad para ser admitidos en los

---

<sup>723</sup> Disposición Adicional Quinta, párrafo 3 de la LOCE.



centros que impartan enseñanzas de régimen general que la Administración educativa determine (párrafo 7).

La LOCE pone énfasis en garantizar la autenticidad de los datos aportados por los interesados al disponer que “las Administraciones educativas podrán solicitar la colaboración de otras instancias administrativas para garantizar la autenticidad de los datos que los interesados aporten en el proceso de admisión de alumnos” (artículo 72.4).

## **B) El derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones. La enseñanza de religión.**

### 1. EL ARTÍCULO 27.3 CE.

La Constitución dispone –en su artículo 27.3- que 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. Es decir, regula de forma expresa el derecho a la formación religiosa y moral.

Entre este derecho y el derecho de elección del tipo educativo no hay conexión instrumental. Ambos son manifestación de la libertad de enseñanza pero el derecho a la elección del tipo educativo es más amplio al abarcar la totalidad del proceso educativo, ello exige la existencia de un pluralismo externo de centros docentes cuyas ofertas se concretan en el ideario o carácter propio. Este derecho del artículo 27.3 CE es un derecho frente a los poderes públicos cuyo ámbito de ejercicio es precisamente la escuela pública.<sup>724</sup>

El precepto subraya la obligación de los poderes públicos de garantizar este derecho de los padres. Utiliza el término “garantizar” que significa que ha de adoptar las medidas precisas para hacerlo efectivo y real; supone que deben cuidar que nada lo impida, que no haya impedimento que obstaculice esa libertad de elección (acepción negativa), que los poderes públicos deben procurar que existan y funcionen esos servicios de enseñanza religiosa y moral en los centros públicos para que los padres puedan ejercitar ese derecho.<sup>725</sup>

No se puede deducir de este precepto la obligación del Estado de organizar y financiar, en la enseñanza básica obligatoria y gratuita y en todos los centros, todas las enseñanzas de religión que reclamen la pluralidad de convicciones de los alumnos y de los padres.<sup>726</sup>

Se ha de interpretar este derecho como contribución a la plena y libre formación de los hijos, conectándolo así con el párrafo 2 del mismo artículo 27 que se refiere al objeto de la educación que es “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

---

<sup>724</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...cit.*, p.224; Martínez Blanco, *Derecho Eclesiástico...* cit., p. 279; STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ.8.

<sup>725</sup> Contreras Mazario JM., *La Enseñanza de la Religión en el sistema educativo*, Centros de Estudios Constitucionales. Cuadernos y debate número 35, Madrid, 1992, p.58.

<sup>726</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27... cit.*, p. 123.

El apartado 3 del artículo 27 CE menciona “la formación que esté de acuerdo con las propias convicciones”, utiliza el término “convicciones” que es más amplio que el término creencias y que debe interpretarse conforme a los Textos Internacionales.<sup>727</sup>

### 1.1. Doctrina del TEDH.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Campbell y Cosans<sup>728</sup> pone de manifiesto que la palabra “convicciones” si se considera aisladamente y en su acepción habitual no es sinónimo de *opinión o idea* tal como la emplea el artículo 10 del CEDH que garantiza la libertad de expresión sino que se halla mucho más próximo al término “creencias” que recoge el artículo 9 del CEDH”.

Teniendo en cuenta el Convenio en su totalidad, la expresión “convicciones filosóficas” se refiere, en opinión del Tribunal, a las convicciones merecedoras de respeto en una sociedad democrática que no son incompatibles con la dignidad humana y además no se oponen al derecho fundamental del niño a la instrucción. Establece, pues, unos límites:

- sociedad democrática, que supone un pluralismo de creencias y rechaza toda convicción excluyente o monopolista.
- que las convicciones no sean incompatibles con la dignidad humana, ya que si fuera así, iría contra la esencia del propio Convenio.
- que las convicciones queden subordinadas al derecho fundamental del niño a la educación.

Esta interpretación delimita el derecho educativo paterno.<sup>729</sup>

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Kjeldsen-Busk Madsen y Pedersen<sup>730</sup> afirma que “corresponde a las autoridades competentes velar con el mayor cuidado para que las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean contrariadas por imprudencia, falta de discernimiento o proselitismo intempestivo”.

### 1.2. Interpretaciones doctrinales.

De Esteban Alonso considera que el precepto tiene un aspecto negativo –no peyorativo– de que los hijos no se vean sometidos a adoctrinaciones contrarias a sus convicciones religiosas y morales. Esto supone que junto a la obligatoriedad de la enseñanza y el carácter aconfesional del Estado, la enseñanza en los centros públicos deba ser absolutamente neutral.

Y una consecuencia positiva, el derecho a que se imparta una específica formación religiosa y moral de acuerdo con las convicciones de los padres. Esto supone que en los centros públicos se creen disciplinas especiales encargadas de tal cumplimiento siempre que no exista coacción alguna sobre los estudiantes o sus familias para que acepten determinadas enseñanzas.<sup>731</sup>

---

<sup>727</sup> Esto es, creer o no creer, cada uno puede tener su propia cosmovisión, pudiendo actuar conforme a esas creencias o ideologías, y puede cambiar de religión. El término convicciones comprende ideologías, creencias religiosas, filosóficas, morales, pedagógicas, y comprende a creyentes y no creyentes, agnósticos y ateos. Si bien, también es cierto que este artículo 27.3 CE habla expresamente de formación religiosa y moral.

<sup>728</sup> STEDH de 25 de febrero de 1982.

<sup>729</sup> Rodríguez Coarasa C., *La libertad de enseñanza en España*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998; Embid Irujo A., *Derecho a la educación y...* cit., pgs. 392 y ss.

<sup>730</sup> STEDH de 7 de diciembre de 1976.

<sup>731</sup> De Esteban Alonso J., y López Guerra L., *El régimen constitucional español*, Barcelona, 1980, pgs. 333-334.

Este precepto regula la enseñanza de la religión, aunque no se refiere expresamente a dicha enseñanza sino a la formación religiosa y moral por lo que puede decirse que el artículo 27.3 CE fundamenta suficientemente la presencia de la formación religiosa y moral en los siguientes aspectos: 1) el respeto a los valores religiosos por parte de la enseñanza de las demás asignaturas y por la actuación del centro; 2) la enseñanza de la religión y moral en tales centros; 3) la posibilidad de prácticas religiosas en el aula en el marco de los demás derechos constitucionales.<sup>732</sup>

### 1.3. Posición de la jerarquía eclesiástica católica.

La jerarquía católica señala que en una sociedad hay unos saberes y una cultura comunes que interesan a la sociedad en general pero hay otros que son particulares de los grupos culturales y religiosos y el Estado habrá de garantizar, jurídica y eficazmente la articulación de ambos saberes y ello se traduce en que debe facilitar la formación religiosa y moral por la vía de la escuela estatal o no estatal.<sup>733</sup> Y añade que, el derecho reconocido en el artículo 27.3 CE es un derecho humano fundamental, no un privilegio, es un derecho que el Estado no concede sino que reconoce, es un derecho inherente a la dignidad de la persona humana, a la dignidad y responsabilidad específica de los padres y de los hijos.<sup>734</sup>

## 2. NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

### 2.1. Posición doctrinal y jurisprudencial.

Unos autores consideran que este derecho deriva de la libertad de enseñanza.<sup>735</sup> Otra parte de la doctrina encuentra su fundamento en la libertad religiosa.<sup>736</sup> Otros en el derecho a la educación,<sup>737</sup> y en el derecho de la persona a la educación religiosa..<sup>738</sup> Y por último, la jerarquía eclesiástica católica manifiesta que el fundamento de la enseñanza de la religión se encuentra tanto en la libertad de enseñanza como en la libertad religiosa.<sup>739</sup>

El Tribunal Constitucional afirma “en cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores... del principio de libertad de enseñanza deriva el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3 CE)”.(STC 5/1981 de 13 febrero, FJ. 7).

El Tribunal Supremo manifiesta que “con arreglo a los diversos Tratados y Declaraciones Internacionales...este derecho de los padres se proyecta directa y

---

<sup>732</sup> Martínez Blanco A, Derecho Eclesiástico... cit., p.280

<sup>733</sup> *Orientaciones pastorales sobre la enseñanza religiosa escolar. Su legitimidad, carácter propio y contenido.* Comisión Episcopal de Enseñanza y Catequesis. Ed. Edice, Madrid, 1999, p. 17.

<sup>734</sup> Yáñez Álvarez E., *El evangelio en la escuela pública. La enseñanza religiosa escolar*, Zaragoza, 2001, p.15. Ya que “corresponde a los padres el derecho de determinar la forma de educación religiosa que se ha de dar a sus hijos, según sus propias convicciones”. Vaticano II, Dignitatis Humanae, número 5.

<sup>735</sup> González del Valle, De Esteban Alonso y González Trevijano.

<sup>736</sup> Contreras Mazario, Embid Irujo.

<sup>737</sup> Barnes Vázquez.

<sup>738</sup> Ortiz Díaz.

<sup>739</sup> Yanes Álvarez, Rouco Varela.

preferentemente sobre el ámbito de la educación más que sobre el de la enseñanza, es decir, la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conforme con una determinada ideología, prima sobre la transmisión del conocimiento científico, por eso nuestra Constitución (artículo 27.3) habla de formación religiosa y moral; el artículo 26,3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se refiere a la elección del tipo de educación; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 18,4 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13,3 hablan de educación religiosa o moral, educación religiosa y moral respectivamente, expresión que aparece también en el artículo 5.1.b) de la Convención para la no discriminación en la enseñanza de 1960” (STS de 24 de enero de 1985 FJ.6 (RJ.250)).

## 2.2. Ámbito de aplicación.

El derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones puede ejercitarse de dos formas: 1) a través del derecho a la elección de centro docente; 2) a través de la enseñanza de religión en la escuela pública.

Así lo recoge el Tribunal Constitucional al afirmar que “los padres podrán satisfacer su derecho reconocido en el artículo 27.3 CE tanto a través de la escuela pública, gracias a una instrucción no orientada ideológicamente por el Estado, como por medio de las escuelas privadas, informadas cada una de ellas por una ideología entre las cuales, en principio podrá elegir cada ciudadano”<sup>740</sup>

### 2.2.1. Posición doctrinal mayoritaria.

Gran parte de la doctrina considera que el fundamento de la enseñanza de la religión en los centros públicos se encuentra en el artículo 27.3 CE.<sup>741</sup>

Martínez Blanco opina que el artículo 27.3 CE fundamenta suficientemente la enseñanza de religión y más aún, de la formación de tipo religioso y moral en la escuela pública. Este fundamento está relacionado: a) con la naturaleza de la escuela, que si es pública, ha de ser plural y en ella deben tener cabida todas las explicaciones de la vida y una de ellas es la religiosa; b) la naturaleza de la educación del alumno que ha de ser integral y porque la educación no es solo instrucción sino formación en las actividades y valores entre los que se incluyen los religiosos; c) el derecho de libertad de enseñanza de los alumnos o de los padres que incluye, junto al derecho de elección de centros, el derecho a elegir el tipo de educación religiosa y moral en la escuela pública; d) el derecho de libertad religiosa, pues una de las proyecciones de esta libertad es el derecho individual a recibir enseñanza religiosa acorde con sus convicciones, y el derecho de las confesiones religiosas a impartirla: actividad discente y docente que el Estado debe propiciar”.<sup>742</sup>

### 2.2.2. Otras posiciones doctrinales.

---

<sup>740</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, voto particular de Tomás y Valiente, FJ. 5

<sup>741</sup> Garrido Falla, Escrivá Ivars, Goti Ordeñana, Fernández-Miranda.

<sup>742</sup> Martínez Blanco, A. *Los Derechos fundamentales de los fieles...cit.*, pgs. 251-252; Idem, *La enseñanza de la religión... cit.*, p. 18

Otro sector doctrinal considera que no es así, no cree que pueda derivarse de tal precepto, de modo automático, la necesidad de que se imparta enseñanza de religión en los centros públicos.<sup>743</sup> Souto Paz afirma que “del precepto no se deriva el derecho a que se imparta en los centros públicos esa educación moral o religiosa acorde con sus convicciones”.<sup>744</sup> Y Contreras Mazario matiza diciendo que lo que la Constitución está reconociendo, no es la enseñanza obligatoria de la religión en las escuelas públicas, sino el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Lo que resulta distinto a tener un derecho a recibir la enseñanza de la religión que uno profese.<sup>745</sup>

### 2.2.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo afirma que “del apartado 3 del artículo 27 CE se infiere el derecho de los padres a exigir que la formación religiosa se imparta en todas las escuelas públicas.”<sup>746</sup>

Asimismo, “el derecho que tienen los padres a que se de a sus hijos una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones justifica el derecho que tienen los centros privados a establecer un ideario educativo que se proyecta directa y preferentemente sobre el ámbito de la educación más que sobre la enseñanza.”<sup>747</sup>

### 2.2.4. El problema de fondo.

El problema que subyace en este tema es el de si la enseñanza de la religión es acorde con un sistema de enseñanza pública neutral.<sup>748</sup>

Esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional<sup>749</sup> que partiendo y recordando los principios fundamentales en los que se basa el sistema jurídico político

---

<sup>743</sup> Ibán I.C., *La enseñanza...cit.*, p. 398

<sup>744</sup> Souto Paz J.A. *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho a la libertad de ideas y creencias*, Ed. Marcial Pons, 3ª edición, Madrid, 1995, p. 179.

<sup>745</sup> Contreras Mazario J.M. *La enseñanza de la religión...cit.*, p. 55.

<sup>746</sup> STS de 9 de marzo de 1987, (RJ.1913).

<sup>747</sup> STS de 24 de enero de 1985 (RJ. 250)

<sup>748</sup> Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa...cit.*, p. 98. Salguero habla de cinco clases de neutralidad: 1) *La neutralidad como abstención*: consiste en no mostrar adhesión ni oposición a ninguna de las creencias confesionales de los alumnos. Es una actitud de respeto hacia sus convicciones religiosas e ideológicas (artículo 18 LODE). Supone la no imposición por el Estado de una pedagogía fundada sobre la exclusión sistemática de los valores religiosos. 2) *La neutralidad como dogmatismo de la privación*: evita temas controvertidos y no toma postura con respecto a un problema determinado. 3) *La neutralidad como ausencia de adoctrinamiento ideológico* que consiste en rehusar inculcar a los alumnos una determinada doctrina o concepción ideológica. Hay un factor subjetivo de inhibición. Una enseñanza neutral es aquella que evita “el adoctrinamiento” –no como la transmisión de valores, doctrinas o sistemas ideológicos, sino en su aspecto peyorativo, aquellos factores que pretende que el destinatario asuma la verdad de cuanto se le enseña de modo incuestionable-, “la propaganda” y la “manipulación subrepticia”. Esta neutralidad es la recogida en la STC 5/1981 FJ.9. 4) *La neutralidad como procedimiento*: consiste en la voluntad de abstenerse de transmitir conscientemente la ideología personal o sistema personal de creencias y valores y, con mucha mayor razón, la renuncia a cualquier adoctrinamiento al margen de valores constitucionales, ya que *hay elementos no neutrales: los valores constitucionales*. 5) *La neutralidad como profesionalismo* que tendría un enfoque técnico-académico: tendencia a olvidar los contenidos socio-políticos de los problemas instructivos, bajo el disfraz de la toma de decisiones técnicas. Salguero M. *La libertad de cátedra... cit.*, pgs. 176-187

<sup>749</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero FJ. 9

de la sociedad española, y que afecta a este tema, -el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado- afirma que “todas las instituciones públicas del Estado y muy especialmente los centros docentes han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales”.

Y señala lo que es neutralidad : “*esta neutralidad no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre, para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE)*”.

- “Esta neutralidad es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro”. Esta especificidad es decisiva porque la exigencia de neutralidad se individualiza, la remite a cada puesto docente.<sup>750</sup> Y además la neutralidad no puede entenderse como neutralización recíproca de diferentes orientaciones ideológicas, “no es un hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica, cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente”, con ello está excluyendo que la neutralidad consista en un eclecticismo ideológico o un neutralismo dejado al mero azar.<sup>751</sup>

- “La neutralidad ideológica en la enseñanza impone a los docentes *la obligación* de renunciar a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico”.

- Ya que la neutralidad “es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzada por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita”.<sup>752</sup>

Por otra parte, la neutralidad ideológica de la escuela pública no se basa en la imposible búsqueda de docentes sin ideología, sino en la presencia de docentes de distintas ideologías en un mismo centro docente.<sup>753</sup>

## 2.2.5. Situación en el ámbito Internacional y Europeo

### 2.2.5.1. Conferencia Internacional Consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión, de convicciones, la tolerancia y la no discriminación.

En esta Conferencia celebrada en Madrid, en noviembre de 2001, el Relator Especial de Naciones Unidas para la libertad de religión y convicciones habló de la necesidad de un programa de educación sobre la religión o las convicciones que permita al niño desarrollar una visión equilibrada de los patrimonios religiosos; tolerar y apreciar una vasta gama de perspectivas y sobre todo adquirir una visión abierta y curiosa, frente a las creencias, las motivaciones y los valores de los demás...(punto 16); una enseñanza que abra el camino a un mejor conocimiento de la propia identidad en el mejor conocimiento de su relación con los demás y que llame a no practicar la discriminación en contra de los demás puede, además, favorecer un acercamiento que *subraye la contribución de las religiones a la civilización humana y a la cultura de las sociedades*. Este acercamiento concreto podría sin duda contribuir al desarrollo de una lógica integración y recordar, que tras la diversidad de la condición de los individuos, la condición humana es Una (punto 17), y más teniendo en cuenta que *la religión y las*

---

<sup>750</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra...* cit., p 179

<sup>751</sup> *Ibidem*, p. 181

<sup>752</sup> STC 5/1981 de 13 febrero FJ.9

<sup>753</sup> Ibán I.C., *La enseñanza...*cit., p. 39.

*convicciones contribuyen a forjar la identidad, tanto del individuo como del grupo* (punto 18).<sup>754</sup>

En el documento final de la Conferencia se hace constar que “cada Estado, en el nivel gubernamental apropiado, debería promover y respetar políticas educativas dirigidas a fomentar la promoción y la protección de los derechos humanos, la erradicación de los prejuicios y las concepciones incompatibles con la libertad religiosa o convicciones, y que *debería garantizar el respeto a la aceptación del pluralismo y la diversidad en el ámbito de la religión o de las convicciones*, así como el derecho a no recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones.”<sup>755</sup>

Considera como uno de los objetivos el fortalecer una perspectiva no discriminatoria en la educación y el conocimiento en relación con la libertad de religión o de convicciones en los niveles apropiados (punto 7.a.); reconoce que los Estados deberían *fomentar* en los niveles adecuados de Gobierno, *tanto en la educación escolar como, eventualmente, en las actividades extraescolares organizadas* por Instituciones educativas de cualquier tipo, *los principios y objetivos de este documento*, especialmente los de no discriminación y tolerancia a la luz del hecho de que las actitudes son en gran parte influenciadas durante el periodo de educación escolar primaria y secundaria (punto 8) e invita igualmente –no solo a los Estados sino también a la sociedad civil y a la comunidad internacional- para que promuevan los principios objetivos y recomendaciones de este documento (punto 19).

#### 2.3.5.2. Foro Europeo sobre la Enseñanza de la Religión en la Escuela.

El Foro<sup>756</sup>, reunido en Dresde en abril del 2002, ha constatado que la enseñanza de la religión está presente en todos los centros públicos de todos los países de Europa, con la única excepción de Francia y Eslovenia. Esta enseñanza forma parte del sistema educativo de cada país, se imparte en las escuelas públicas, dentro del horario escolar, los alumnos pueden optar entre varias confesiones religiosas, y los que no quieren una enseñanza religiosa confesional, tienen una alternativa, basada fundamentalmente en la ética y los valores, y cualesquiera de las opciones es evaluable. Se imparte asumiendo las características propias de la institución escolar. Hay que comprenderla desde los fines propios de la educación, cuya responsabilidad debe ser gestionada por los poderes públicos, y éstos desde su neutralidad ideológica y religiosa tienen que asumir una enseñanza con identidad propia de interés público.<sup>757</sup>

### 3. CONCEPTO DE ENSEÑANZA DE RELIGIÓN.

---

<sup>754</sup> *La libertad religiosa en la educación escolar...cit.*, p. 25

<sup>755</sup> Punto 4 del Documento final, *Ibidem*, pags. 423-433

<sup>756</sup> Desde 1984, cada dos años, se viene celebrando un foro europeo, en el 2002 se celebró el X Foro con la participación de representantes de 14 países: Portugal, Italia, Alemania, España, Croacia, Bélgica, Lituania, Austria, Holanda, Hungría, Polonia, Eslovaquia, República Checa y Eslovenia, también Brasil como representante invitado. El tema ha sido “La contribución de la enseñanza de la religión a la educación en la personalidad y la solidaridad” y se ha constatado la realidad compleja de la enseñanza de la religión, en sus diferentes confesiones, en todos los sistemas educativos europeos. F. Schweitzer, profesor de pedagogía de la religión protestante en la Universidad de Tubinga, hizo un llamamiento a la cooperación de las distintas confesiones para una mejor receptividad social de la enseñanza de la religión en la escuela.

<sup>757</sup> Información facilitada por la Delegación de Enseñanza de la Diócesis de Madrid, suscrita por el Sr. Carlos Esteban, Abril, 2002.

No debe confundirse la enseñanza de la religión en centros públicos con la orientación religiosa de la totalidad de la enseñanza del sistema educativo, que –aunque hipotética e históricamente es posible- no tiene cabida en nuestro ordenamiento en centros públicos.<sup>758</sup>

Se puede definir la enseñanza de religión como “la presencia en los planes de estudio, impartidos en centros públicos, de una asignatura que tenga por objeto la exposición apologética y controlada en su contenido por las correspondientes jerarquías de la Confesión que sea depositaria de dichas creencias religiosas de una determinada religión”<sup>759</sup>.

### 3.1. Distintas posiciones doctrinales .

Unos autores consideran que una cosa es la enseñanza religiosa entendida como derecho a elegir la formación religiosa y moral, y otra bien distinta es la enseñanza de la religión como integrada dentro de los planes de estudio de la enseñanza primaria y secundaria.<sup>760</sup>

Otro sector doctrinal opina que el artículo 27.3 CE aunque no lo dice expresamente en su literalidad, su contenido parece referirse al sistema escolar, a una actividad que ha de desarrollarse dentro de la escuela como una disciplina más, aunque lógicamente tenga sus peculiaridades.<sup>761</sup> Martínez Blanco hace hincapié en lo que debe entenderse por enseñanza de religión porque ello incide, de forma considerable, a la hora de interpretar y valorar esta enseñanza como asignatura en los planes de estudio. Y es importante para evitar confundirlo con adoctrinamiento en una determinada creencia, ya que el objetivo de la enseñanza religiosa en la escuela es transmitir la cultura religiosa y no iniciar o hacer madurar en la fe (función de la catequesis); su objeto es la religión como sabiduría, no la fe como vivencia.<sup>762</sup>

### 3.2. Posición de la Iglesia Católica.

La Iglesia católica explica la razón de la presencia de la enseñanza de la religión en los centros docentes de la siguiente forma:<sup>763</sup> La enseñanza religiosa en la escuela es una materia propia y rigurosamente escolar, equiparable a las demás asignaturas en el planteamiento de sus objetivos, en el rigor científico de sus contenidos, en el carácter formativo de sus métodos y en la significación educativa dentro del conjunto del programa escolar.

La enseñanza religiosa –y ninguna disciplina es tan respetuosa con la libertad como ésta- por su propia índole interna no puede ser impuesta a nadie, pero tampoco puede negarse a nadie el derecho a recibirla,<sup>764</sup> y no se garantiza, de hecho, el pleno respeto al principio de libertad religiosa si los centros docentes no facilitan la enseñanza religiosa a quienes lo deseen.

La Iglesia sabe que la escuela es un marco privilegiado para que el alumno pueda integrar en su formación humana la dimensión religiosa y lograr un diálogo interdisciplinar entre fe y cultura. Y este diálogo significa: 1) un reconocimiento y

<sup>758</sup> Iban I.C. *La enseñanza...* cit., p. 396

<sup>759</sup> *Ibidem*. P. 397

<sup>760</sup> Contreras Mazario, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 87; Llamazares Fernández, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1989, 1ª edición, p. 31.

<sup>761</sup> Martínez Blanco, *El Derecho Eclesiástico...*cit., p. 280

<sup>762</sup> *Ibidem*, p. 280.

<sup>763</sup> Orientaciones pastorales sobre la enseñanza religiosa escolar...cit., pgs. 12 –22.

<sup>764</sup> Artículo II, 1 y 2 del AEAC.



asunción leal de los valores que caracterizan la cultura de nuestro tiempo;<sup>765</sup> 2) una función crítica ya que en muchas ocasiones bajo una apariencia de progreso y autonomía hay elementos de deshumanización, de servidumbre y dominación del hombre por el hombre.<sup>766</sup>

El niño asimila la cultura en la escuela a través de las disciplinas escolares, de manera explícita, sistemática y crítica, y la enseñanza religiosa lo hace desde la perspectiva de la fe. La relación de la enseñanza religiosa y las demás disciplinas en la escuela es el *medio* para que el alumno haga personalmente la síntesis entre fe y cultura. La responsabilidad de ofrecer esta enseñanza radica en la escuela en cuanto servicio de la sociedad y la Iglesia y otras Confesiones religiosas tienen el derecho y el deber de garantizar la autenticidad de esta enseñanza, su contenido y las líneas metodológicas.”

Así pues tenemos, de una parte, lo que se entiende por enseñanza de religión desde el punto de vista jurídico y administrativo; de otro, las características peculiares de esta enseñanza de carácter confesional en centros públicos; en una sociedad donde hay pluralismo político, ideológico, pedagógico, donde el Estado realiza la programación general de la enseñanza, la ordenación del sistema educativo y que ha de tener en cuenta las creencias de mayor arraigo en la sociedad española para cooperar con esas Iglesias, Confesiones y Comunidades.

#### 4. SUJETOS TITULARES DE ESTE DERECHO.

Mientras que el apartado 1 del artículo 27 CE habla de “toda persona”, el apartado 3 de este mismo precepto menciona expresamente a los padres, y así lo entiende la doctrina, son estrictamente los padres los titulares de este derecho y queda limitado a las enseñanzas básica y media, que corresponden, por regla general, con la minoría de edad de los hijos.<sup>767</sup>

Embidi Irujo señala que en el fondo se trata de un derecho cuyos sujetos activos son los hijos y pupilos en tanto personas humanas, pero que los padres y tutores legales ejercen mediante la representación implícita, y añade que, este derecho se atribuye a los padres en propio interés de estos y en defensa de la unidad familiar, por lo que cae dentro de un *genérico* derecho educativo de los padres.<sup>768</sup>

Mientras que Contreras Mazario señala que la formación religiosa y moral forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad religiosa cuya titularidad y ejercicio corresponde a toda persona por el mero hecho de serlo, que hay unos límites internos, como cualquier otro derecho personalísimo, derivados de la posibilidad de ejercicio que se conecta a la madurez de juicio o nacionalidad del titular.<sup>769</sup>

Fernández-Miranda distingue dos dimensiones de este derecho: una como proyección de la libertad de conciencia y se entiende como libertad autonomía frente al Estado y cuyo contenido es el respeto de la actividad individual. Esta proyección se da en todos los niveles y también en el universitario, en este caso son los propios alumnos los titulares del derecho. Otra dimensión como derecho de prestación frente al Estado. Éste está obligado a organizar y financiar las enseñanzas religiosas y morales que

---

<sup>765</sup> Por ejemplo los principios y valores constitucionales que son elementos no neutrales como hemos visto más arriba.

<sup>766</sup> Por ejemplo el terrorismo.

<sup>767</sup> Fernández-Miranda, De la libertad de enseñanza... cit., p. 121.

<sup>768</sup> Embidi Irujo A, *El contenido del derecho a la Educación*, R.E.D.A. núm. 31, 1981, pgs. 672-673.

<sup>769</sup> Contreras Mazario, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 64

responden a las distintas convicciones de los padres. Esta proyección está referida a los niveles básico y medio.<sup>770</sup> “Al comenzar el bachillerato los padres o tutores de los alumnos, o éstos mismos si son mayores de edad, manifestarán a la dirección del centro la elección de una de las opciones...”<sup>771</sup> La LOCE al regular la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión dispone que comprenderá dos opciones de desarrollo. Una, de carácter confesional, acorde con la confesión por la que *opten los padres, o en su caso, los alumnos...* ambas opciones serán de oferta obligatoria por los centros, *debiendo elegir los alumnos una de ellas*” (Disposición Adicional Segunda, párrafo 1).

## 5. OBJETO DEL ARTÍCULO 27.3 CE.

El objeto según el artículo 27.3 CE es que los hijos reciban una formación religiosa y moral conforme con las propias convicciones de los padres. Una formación y no una mera información, se trata de una formación religiosa desde la ortodoxia de las diversas Confesiones, y no una mera información cultural de las diversas doctrinas religiosas y corrientes morales.<sup>772</sup>

Para Martínez Blanco el objetivo de la enseñanza de la religión en los centros docentes es estimular a que desde el conocimiento de una fe religiosa tenga lugar un diálogo interdisciplinar entre fe y cultura humana, en cuya asimilación crítica madura el alumno, de esta forma la enseñanza de la religión se inserta entre las disciplinas escolares haciendo suyo los objetivos de la escuela.<sup>773</sup>

Una cuestión a tener en cuenta es que el artículo 27.3 CE no habla de asignatura sino de formación religiosa y moral. Esto ha llevado a la doctrina a plantearse la determinación del carácter constitucional o no de la obligación de que la enseñanza de la religión se dé en centros sostenidos con fondos públicos.

Hay autores que afirman que puede establecerse la asignatura de religión, pues no está prohibido por la Constitución, pero tampoco está establecido de forma expresa.<sup>774</sup> Tendría una base pacticia<sup>775</sup> y así la Constitución pasaría a convertirse en norma primaria por recoger los principios informadores del sistema de relación: la libertad religiosa, la igualdad, la laicidad y la cooperación, así como los derechos fundamentales de igualdad y libertad religiosa y los derechos a la educación y enseñanza. Mientras que las normas pacticias, entre las que se incluyen los Concordatos, los Acuerdos, pasan a configurarse como instrumentos de colaboración entre el Estado y las Confesiones Religiosas.<sup>776</sup>

Otros autores afirman que si bien el artículo 27.3.CE constituye *la única justificación* de tal enseñanza no cabe deducir que deba establecerse necesariamente, lo

---

<sup>770</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *artículo 27...* cit., p. 224; *De la libertad de enseñanza...* cit., pgs. 121.122.

<sup>771</sup> Dispone el RD 1178/1992 de 2 de octubre por el que se regula las enseñanzas mínimas del Bachillerato, cuando se refiere a la enseñanza de la religión (artículo 15.1). Según se vayan implantando la nueva ordenación del Bachillerato establecida por el RD 832/2003 de 27 de junio, quedará sin efecto este RD de 1992, según Disposición Derogatoria única del RD de 2003.

<sup>772</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>773</sup> Martínez Blanco A. *La enseñanza de la religión...* cit., p. 87

<sup>774</sup> Contreras Mazario, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 60

<sup>775</sup> Artículo II del AEAC: “los planes educativos en los niveles de educación no universitario incluirá la enseñanza de religión en todos los centros de educación en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”.

<sup>776</sup> Contreras Mazario *La enseñanza de la religión...* cit., p. 179.

que conlleva la desconstitucionalización de tal derecho, con todo lo que ello supone. Y esta obligación no deriva tampoco del artículo 4.c) LODE, ni del artículo 2.1.c) de la LOLR, de lo cual se deriva que “la única enseñanza de la religión garantizada en un nivel superior a las mera decisiones administrativas es la de la religión católica. Puesto que así se establece en un Acuerdo con la Santa Sede y así lo ratifica el legislador mediante la LOGSE (Disposición Adicional Segunda).<sup>777</sup> Martínez Blanco considera que es exigencia constitucional la intraescolaridad, pero no la fundamentalidad de la asignatura de religión, pues ésta última deriva del Acuerdo de 1979.<sup>778</sup>

## 6. CONTENIDO DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 27.3 CE.

Hay que distinguir el contenido del artículo 27.3 CE propiamente dicho y el contenido de la enseñanza de religión.

### 6.1. Contenido esencial del derecho del artículo 27.3 CE.

El contenido esencial ha sido establecido por la doctrina española en dos exigencias: 1) la existencia en los centros públicos de la enseñanza de la religión y que los profesores de los mismos no pueden realizar adoctrinamiento; 2) en los centros privados, respeto al ideario por parte de los profesores y el titular no puede modificar éste de forma arbitraria.<sup>779</sup>

### 6.2. Doble dimensión del contenido del artículo 27.3 CE.

Fernández-Miranda habla de una doble dimensión que denomina contenido positivo y negativo.

#### 6.2.1. El sentido negativo.

Implica que las actividades del centro respeten la libertad de conciencia de los miembros de la comunidad escolar, es un derecho subjetivo de toda persona que el Estado reconoce y garantiza. Es un derecho autonomía, una libertad autonomía. En el ejercicio de este derecho toda persona tiene inmunidad de coacción frente al Estado, frente a terceros.

Se ha de respetar la libertad de conciencia de padres, alumnos, profesores y confesiones religiosas, según lo dispuesto en el Convenio de la UNESCO de 1960, artículo 5.1.b) “el deber de los Estados a no obligar *a ningún individuo o grupo* a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones”. En el supuesto de centro privado se puede indicar lo siguiente:

#### 6.2.1.1. Los padres y alumnos.

---

<sup>777</sup> Ibán I.C. *Enseñanza...* cit., pgs. 398-399.

<sup>778</sup> Martínez Blanco, *Los derechos fundamentales de los fieles...* cit., p. 253

<sup>779</sup> Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza...* cit., pgs 204-205, 236-237.

Éstos han de respetar el ideario porque se han incorporado al centro por su propia voluntad. Y a su vez el centro, su titular ha de respetar la libertad de conciencia, las propias convicciones religiosas y morales de los alumnos.<sup>780</sup>

El RD 732/1995 de 5 mayo sobre los derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia<sup>781</sup> reconoce en su artículo 16.1 el derecho de los alumnos a que se respete su libertad de conciencia.

#### 6.2.1.2. Los profesores.<sup>782</sup>

En los centros privados con ideario, el docente es libre en su actividad que ha de hacer compatible con el ideario del centro. Si un docente se incorpora libremente al centro y libremente acepta el ideario, en un momento posterior no se obliga a éste a ser apologeta de este ideario o hacer propaganda de ello ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor.<sup>783</sup> En opinión de Suárez Pertierra el respeto al ideario ha de entenderse como “consideración o atención” y no como “veneración o acatamiento”.<sup>784</sup>

#### 6.2.1.3. Las Confesiones Religiosas.

El AEAC de 1979, en su artículo I establece que “en todo caso la educación que se imparta en los centros docentes públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana”. Esto se ha de entender como consideración, no es sumisión intelectual sino a los principios de respeto a los derechos de los demás.<sup>785</sup> Se exige, no como verdad de una fe, sino como garantía de la libertad del creyente teniendo en cuenta el pluralismo de la sociedad española.<sup>786</sup> Debe entenderse que comprende la totalidad de los valores religiosos y morales compatibles con la Constitución, con los principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos y garantizados en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>787</sup>

Y el artículo II dispone que “las autoridades académicas permitirán que la jerarquía eclesiástica establezca (...) otras actividades complementarias de formación y asistencia religiosa”. En este caso se trata del respeto debido a actividades privadas en centros públicos y no de prestaciones religiosas financiadas por el Estado, sin olvidar

---

<sup>780</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ. 12, párrafo 2; artículos 2.2.b) y c); 2.4.a),b),c) de la LOCE; y artículo 52.2. de la LODE.

<sup>781</sup> B.O.E. de 2 de junio de 1995. En su Preámbulo manifiesta que en la educación se transmiten y ejercitan los valores que hacen posible la vida en sociedad y se adquieren los hábitos de convivencia y respeto mutuo. Por ello la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia es uno de los fines primordiales que debe seguir el sistema educativo.

<sup>782</sup> Con respecto a los profesores y partiendo de que no es posible una verdadera enseñanza neutral ya que con mayor o menor discreción el profesor proyectará en sus explicaciones y transmitirá en sus comportamientos una determinada percepción del mundo y un determinado sistema de valores. Entre la neutralidad y la agresión, la ofensa o manipulación o el adoctrinamiento, hay actitudes intermedias e inevitables que no deben estimarse como una extralimitación en el ejercicio de la libertad de cátedra. Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 123

<sup>783</sup> STC 5/1981 de 13 febrero, FJ. 10, párrafo 3.

<sup>784</sup> Suárez Pertierra, *Reflexiones...* cit., p. 643

<sup>785</sup> Martínez Blanco, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 106.

<sup>786</sup> Corral Salvador, *Los Acuerdos...* cit., p. 279

<sup>787</sup> La polémica surge cuando para un sector lo legal no es moral o cuando un derecho recogido como fundamental en la Carta Magna es interpretado de distinta manera por los diversos sectores sociales.

que con ello se persigue el correcto funcionamiento del centro y no la perturbación de la vida académica.<sup>788</sup>

### 6.2.2. El sentido positivo.

Como derecho de prestación frente a los poderes públicos, el artículo 27.3.CE implica el derecho de los padres a que sus hijos reciban en los centros públicos la enseñanza religiosa y/o moral de acuerdo con sus convicciones. Es un derecho primario de los individuos que son los titulares y no las Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas que son medios instrumentales que hacen posible el ejercicio real y efectivo de este derecho, pero no son cotitulares o sujetos indirectos de este derecho.<sup>789</sup> Es un derecho que contiene un mandato de actuación positiva o de promoción por parte de los poderes públicos en los centros públicos y en caso de conflicto con otros derechos educativos se ha de estar al contenido esencial de los derechos.

Por otra parte está la situación de aquellos padres que no desean una formación religiosa específica para sus hijos. Esto nos lleva al principio de igualdad y no discriminación y a la alternativa de la enseñanza de la religión.

## 7. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: ALTERNATIVA A LA ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN.

### 7.1. Situación conforme a la regulación legal.

Conforme a lo expuesto hasta ahora, en el artículo 27.3 CE se reconoce y garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones, la Constitución también reconoce la libertad de conciencia, la libertad ideológica y la libertad religiosa (artículo 16.1); conforme al AEAC de 1979 la enseñanza de la religión no tendrá carácter obligatorio para los alumnos y se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla (artículo II.2) y la LOGSE, en su Disposición Adicional Segunda lo reitera al afirmar que la enseñanza de religión será de oferta obligada para los centros y de carácter voluntario para los alumnos.

Según el Tribunal Supremo<sup>790</sup> ello quiere decir que los centros educativos han de tener dispuestos los medios personales y materiales para impartir dicha específica enseñanza desde el momento que haya demanda para ello, garantizándose así el derecho de los alumnos a recibirla.

### 7.2. Problemas que plantea esta situación.

El problema que se plantea es que el AEAC establece que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza de religión no ha de suponer discriminación alguna en la

---

<sup>788</sup> Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 123.

<sup>789</sup> Contreras Mazario, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 80

<sup>790</sup> SSTS de 3 de febrero de 1994 (RJ. 1133), 31 de octubre de 1988 (RJ. 8349), 30 de junio de 1994 (RJ. 5279), 9 de junio de 1994 (RJ. 5151).

actividad escolar. Así pues, la enseñanza de la religión es voluntaria pero también fundamental y además rigen el principio de igualdad y no discriminación. Es decir, el carácter de la enseñanza escolar como asignatura fundamental, como establece el artículo II del AEAC del 1979, exige su integración en el “diseño curricular básico” de las enseñanzas primaria y media, y por lo tanto sujeta a pruebas y valoración. Por otra parte, su carácter voluntario para el alumno y la necesidad de evitar toda discriminación, exigen una asignatura alternativa de carácter igualmente fundamental.<sup>791</sup>

#### 7.2.1. Es asignatura voluntaria para los alumnos.

Es una enseñanza, la de la religión, que se elige voluntariamente pero es asignatura fundamental. A la hora de hablar de opción voluntaria cabe diversas interpretaciones:<sup>792</sup>

- Opción facultativa: posibilidad de elegir o rechazar la enseñanza de religión con lo que no se estaría obligado a otra asignatura evaluable.<sup>793</sup>
- Opción alternativa: decidir u optar entre la religión y otra materia alternativa similar y evaluable.<sup>794</sup>
- Los que optan para que no haya ninguna opción.

#### 7.2.2. No debe dar lugar a discriminación: alternativa.

Se elige voluntariamente, es asignatura fundamental y no debe resultar discriminatorio ni para quien lo elige ni para quien no lo elige. Todo ello da lugar al tema de la alternativa.

Para unos autores:<sup>795</sup> a) si no existe alternativa: aquellos que eligen enseñanza de religión tienen mayor carga lectiva y más horario respecto a los que no la eligieron. Esto resulta discriminatorio; b) si existe alternativa, y ésta es una asignatura que también gusta a quien elige la enseñanza de religión, también resulta discriminatorio al privársele de esta posibilidad. Si la alternativa es una actividad de relleno de tiempo vacío (estudio asistido o no) resulta discriminado el que no hizo la elección de la enseñanza de la religión porque su situación resulta más gravosa, con la finalidad exclusiva de que no resulte discriminado el que hizo la elección.

La dificultad está en evitar la discriminación y al mismo tiempo respetar la fundamentalidad de esta asignatura.

Otros autores recuerdan que el artículo II del AEAC de 1979 no equipara la enseñanza de la religión católica con las disciplinas alternativas que eventualmente pueden establecerse sino con las asignaturas fundamentales.<sup>796</sup>

---

<sup>791</sup> Martínez Blanco, *Derecho Eclesiástico...* cit., p. 281,

<sup>792</sup> Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., p. 117

<sup>793</sup> Es la opción que recoge la LOGSE y las normas que la desarrollan, ya que los padres o tutores o en su caso el alumno mayor de edad ha de elegir entre el área de religión y las actividades de estudios orientada por un profesor que no son evaluables (antes de los recursos interpuestos contra dichos RRDD, a los que nos referiremos más adelante).

<sup>794</sup> Las OOMM de 16 de julio de 1980 establecían esta opción, religión o ética y moral, y se evaluaban ambas asignaturas. Y también la LOCE con la asignatura Sociedad, Cultura y Religión con dos opciones, una confesional y otra no confesional, como veremos.

<sup>795</sup> Martínez Blanco, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 146

<sup>796</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 230

La jerarquía eclesiástica manifestaba que la enseñanza de la religión debía ser equiparada a otras disciplinas para evitar entre otras cosas la alternativa clase de religión o recreo. Si la elección es entre religión y recreo o entre religión o nada, aquélla se degrada y devalúa desde el mismo sistema escolar.<sup>797</sup>

Para otro sector doctrinal la alternativa no deriva ni del Acuerdo de 1979 ni de la Constitución, sino que se debe a la discrecionalidad de las autoridades académicas competentes. No se debe convertir en equivalente y alternativa la enseñanza de la religión católica y una enseñanza de “moral ética” para no condicionar desde fuera de la conciencia individual el ejercicio de una libertad constitucional, cual es la religiosa que afecta a la intencionalidad de la persona.<sup>798</sup>

De Diego Lora está a favor de establecer como alternativa otras “disciplinas compensadoras,” pues esa especie de sobrecarga de estudios que pudiera darse en alumnos que no la desean, como consecuencia de la opción de otros alumnos a favor de la enseñanza religiosa, no crea ningún fenómeno discriminatorio que pueda vulnerar la igualdad constitucional.<sup>799</sup>

## 8. REGULACIÓN DE LA ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN: CONTENIDO.

Hay que distinguir la enseñanza de la religión católica y la enseñanza de la religión de otras Confesiones Religiosa no católicas. Para la determinación de su contenido se estará a los Acuerdos suscritos con las distintas Confesiones.

Partiendo del hecho de que el derecho a recibir una formación religiosa y moral es un aspecto básico y necesario de la formación integral del niño y del adolescente, vamos a seguir el camino legislativo por orden cronológico de la regulación de la enseñanza de la religión católica y demás Confesiones; y dado que se observan características bien definidas vamos a distinguir: antes de la LOGSE, a partir de la LOGSE, y en la LOCE.

### 8.1. ANTES DE LA LOGSE: 1978-1990.

#### 8.1.1. Enseñanza de la religión católica.

##### 8.1.1.1. La Constitución de 1978.

El artículo 27.3 constituye un apoyo constitucional para que exista la enseñanza de la religión, precepto que reconoce el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones. Derecho fundamental, y manifestación de otros derechos fundamentales como el de libertad religiosa, y la libertad de enseñanza. Si bien, como hemos dicho anteriormente, este precepto habla de formación religiosa y moral y no de asignatura, aunque ni excluye ni establece expresamente que esa formación se haga a través de una asignatura.

---

<sup>797</sup> Martínez Blanco, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 164

<sup>798</sup> Contreras Mazario, *La enseñanza de la religión...* cit., pgs. 136-138

<sup>799</sup> De Diego Lora C., *La Igualdad Constitucional*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 1989, pgs. 126-133; Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., p. 118

8.1.1.2. Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales (AEAC), suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979.

#### 8.1.1.2.1. Base Legal.

El Acuerdo tienen su base jurídica en el artículo 16, párrafos 2 y 3 CE al disponer que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, y “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrá las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia y las demás Confesiones”. Se configura así como un Estado aconfesional y cooperador.<sup>800</sup>

#### 8.1.1.2.2. Regulación.

El AEAC en su preámbulo, tras subrayar la importancia que se da a los temas de enseñanza, eje del Acuerdo, determina de forma concreta la posición de ambas partes firmantes: el *Estado* reconoce el derecho fundamental a la educación religiosa y ha suscrito pactos, convenios internacionales que garantizan el ejercicio de este derecho. La *Iglesia* 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 profesores, evitando cualquier discriminación o situación privilegiada.

Es decir, que la Iglesia no solicita un estatuto especial ni requiere privilegios estatales en esta materia, como puso de manifiesto ya el Acuerdo de 1976.<sup>801</sup> Existe un reconocimiento explícito de un régimen común, suficiente para llevar a cabo su misión y la renuncia a una situación de privilegio, contraria a los principios de aconfesionalidad e igualdad reconocidos en la Constitución.

Tras reconocer el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos, al disponer “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”(artículo I), garantiza la enseñanza de la religión en los niveles no universitario, respetando la libertad de conciencia y evitando cualquier tipo de discriminación (artículo II).

#### 8.1.1.2.3. Los aspectos más importantes.

Son los siguientes:

a) Incluye la enseñanza de la religión en los planes de estudio de todos los niveles no universitario. Aquí ya se habla expresamente de asignatura de religión. Unos autores están a favor de su inclusión, como Fornes y otros en contra, como Embid Irujo. En una posición ecléctica se encuentra García Pardo que considera que su inclusión no contraviene la libertad religiosa reconocida en la Constitución, en tanto en cuanto se configura como voluntaria para los alumnos. Pero tampoco entiende que el artículo 27.3.CE demande la inclusión de la enseñanza de la religión en los planes de

---

<sup>800</sup> Existen : un Acuerdo básico de 28 de julio de 1976 y cuatro Acuerdos de 3 de enero de 1979 que derogan el Concordato de 1953, y demás Convenio y Cláusulas concordatorias, (con algunas excepciones), y son el Acuerdo de Asuntos Jurídicos, el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, el Acuerdo sobre Asuntos Económicos, el Acuerdo sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas.

<sup>801</sup> Souto Paz J.A., *La comunidad política...* cit., p. 459.



estudio, sin perjuicio de que este precepto constituya el fundamento constitucional de la presencia de la enseñanza de la religión en la escuela pública.<sup>802</sup>

b) Esta enseñanza debe ser impartida en condiciones equiparables a las demás disciplinas, asignaturas fundamentales. Es decir, la enseñanza de la religión tiene carácter fundamental, es enseñanza académica, no catequesis, ni propaganda, y supone una evaluación.

Para que una asignatura se considere fundamental y por tanto equiparable a las demás disciplinas fundamentales es preciso que cumpla una serie de requisitos:<sup>803</sup> 1) una oferta obligatoria por parte de los centros; 2) que el Estado ofrezca, en su sistema escolar general, los medios adecuados para conseguir la capacitación necesaria para ser profesor de esta asignatura; 3) su integración dentro del expediente académico del alumno con las mismas consecuencias jurídicas que el resto de las disciplinas fundamentales. Que se traduce en ser elemento de madurez necesario para el paso de un ciclo o nivel a otro y para obtener la titulación necesaria.<sup>804</sup>

c) Derecho de los alumnos a recibirla o no recibirla y la obligación de las autoridades académicas de evitar cualquier discriminación. Es disciplina fundamental pero con la diferencia con respecto a las demás, que no tiene carácter obligatorio para los alumnos, por respeto a la libertad de conciencia y al mismo tiempo se garantiza el derecho a recibirla.

En opinión de Souto Paz el derecho de libertad de elección de la enseñanza de religión se convierte en el AEAC (artículo II) en un derecho de prestación que permite exigir a los poderes públicos la enseñanza de la religión católica en los centros públicos. Esta transformación se produce mediante la obligación asumida por el Estado de incluir esta enseñanza en los planes de estudio. El derecho de los padres a elegir la formación religiosa se amplía con el derecho a exigir que sus hijos reciban dicha formación. Se trata de un servicio o prestación cuya organización se encomienda a la jerarquía eclesiástica y su coste lo financia el Estado, y se respeta la libertad de conciencia. Es decir, que los padres han de elegir libremente, sin coacciones ni presiones directas o indirectas la enseñanza de esta disciplina.<sup>805</sup>

d) Posibilidad de organizar otras actividades complementarias de formación religiosa, que las autoridades académicas correspondientes permitirán establecer a la jerarquía eclesiástica.

#### 8.1.1.2.4. Contenido de la Enseñanza de la religión escolar.

Corresponde fijar el contenido de esta enseñanza a la jerarquía eclesiástica, conforme dispone el artículo VI AEAC, así como proponer los libros de texto y material didáctico relativo a dichas enseñanzas y formación. Ello es consecuencia del carácter confesional de la asignatura, nadie mejor que la correspondiente confesión puede y debe

---

<sup>802</sup> Fornes J. *La enseñanza religiosa en España*, Ius Canonicum XX núm. 40, 1980, pgs. 91-92; Embid Irujo A., *Las libertades...* cit., p. 223; García Pardo D, *La libertad de enseñanza...* cit., p. 271

<sup>803</sup> Contreras Mazario, *La enseñanza de religión ...* cit., pgs. 170-171; Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., p. 120.

<sup>804</sup> Requisito éste último que no se cumple en los RRDD de enseñanzas mínimas de 1991 y 1992, como veremos más adelante.

<sup>805</sup> Souto Paz, *La comunidad política...* cit., pgs. 460-462

señalar lo que ella misma, su doctrina y su moral es en relación con las restantes ciencias, cuyo encuentro se trata de propiciar.<sup>806</sup>

Con ello se pretende, por una parte, que los padres y tutores tengan la garantía de que sus hijos o pupilos reciban la formación religiosa y moral que este de acuerdo con sus propias convicciones, y por otra parte, lo que se ventila es la tutela de la doctrina de la confesión religiosa, cuestión que compete a la autoridad eclesiástica, de ahí que esa intervención esté plenamente justificada.<sup>807</sup>

Si bien los libros y material didáctico que se utilice deberán ser autorizados por la autoridad educativa competente.<sup>808</sup>

#### 8.1.1.2.5. Profesorado.

Hay que distinguir dos temas fundamentales: a) la proposición y designación de los profesores de religión católica en los niveles no universitarios (artículo III AEAC); b) la retribución económica de los mismos (artículo VII).

a) Los profesores de esta enseñanza son propuestos, con antelación suficiente, por el Ordinario del lugar y designados por la autoridad académica entre las personas competentes, cada año escolar. Si bien recaerá con preferencia en los profesores de EGB que así lo soliciten.

Para ser propuesto han de cumplir los requisitos exigidos por la jerarquía eclesiástica, y ésta considera competentes para realizar la *missio canónica* propia de los profesores de religión: aquellas personas que tengan titulación académica exigible en el correspondiente nivel educativo; hayan obtenido la Declaración Eclesiástica de Idoneidad y tengan una actualización y formación permanente como profesores de religión.<sup>809</sup>

La cuestión de fondo es, por una parte la enseñanza de religión ha de ser impartida conforme a la doctrina oficial de la Iglesia, y por otra parte, exige un comportamiento personal que sea acorde con tal doctrina, de tal forma que si no se da o se actúa en contra de lo establecido por la Iglesia, no se le designa o se le aparta de esta docencia. El profesor católico ha de destacar por dos cualidades: recta doctrina e integridad de vida (canon 803.2), y al profesor de religión se le exige además de recta doctrina, que destaque por el testimonio de vida cristiana y por su aptitud pedagógica (canon 804.2)

Nadie estará obligado a impartir esta enseñanza y los profesores de religión formarán parte del Claustro de profesores de los respectivos centros docentes.

b) La retribución económica de los profesores de religión. El Acuerdo de 1979 se remite a lo que se concierte entre la Administración y la Conferencia Episcopal Española. Ha sido y sigue siendo un tema polémico y que se ha ido resolviendo en muchos casos por

---

<sup>806</sup> Martínez Blanco, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 111.

<sup>807</sup> Fornes J. *La enseñanza religiosa ...* cit., p. 106.

<sup>808</sup> Las OOMM de 16 julio de 1980 disponía que era el Ministerio de Educación, artículo 1.5 de la OM correspondiente a Educación Preescolar y EGB; y artículo 4 de la OM de Bachillerato y Formación Profesional.

<sup>809</sup> La Provincia Eclesiástica de Madrid ha elaborado unos criterios comunes para hacer las propuestas de nombramiento de profesores de religión, con fecha 31 de mayo de 2000.

los cauces judiciales mediante demandas y recursos interpuestos por los profesores afectados.

Se trata de una relación laboral atípica y especial, tiene un fundamento formal – ha sido establecido por un Tratado Internacional que se incorpora al ordenamiento interno con fuerza de ley-, y un fundamento material –en atención a las peculiaridades que concurren en la relación de servicio-.<sup>810</sup>

#### 8.1.1.2.6. La enseñanza de la religión y su pedagogía en las Escuelas Universitarias.

Conforme al artículo IV AEAC, la enseñanza de la religión y su pedagogía serán de carácter voluntario para los alumnos y se impartirán en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.<sup>811</sup> Los profesores serán designados por la autoridad académica en la misma forma que la establecida en el artículo III y formarán parte de los respectivos Claustros.

#### 8.1.1.2.7. En el supuesto que surjan dudas o dificultades en alguno de los temas tratados en el Acuerdo.

En estos casos la Santa Sede y el Gobierno Español procederán de común acuerdo en la resolución de “dudas o dificultades” que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente acuerdo, inspirándose para ello en los principios que se informan (artículo XVI).

La experiencia ha puesto de manifiesto que han surgido “dudas o dificultades “ con respecto a alguna disposición del Acuerdo, pero éstas han sido motivadas por razones ideológicas por parte del Estado que a su vez coinciden con aspectos irrenunciables para la Iglesia Católica, con lo que no se llega al común acuerdo.<sup>812</sup>

#### 8.1.1.3. Disposiciones Reglamentarias que desarrollan el Acuerdo sobre Enseñanza de 1979.

##### 8.1.1.3.1. Enumeración.

La formación religiosa y moral en centros docentes no universitarios está regulada en varias Órdenes Ministeriales de 1980 que son:

⇒ Orden de 16 de julio de 1980 sobre enseñanza de la religión y moral católica en los centros docentes de Educación Preescolar y Educación General Básica.

⇒ Orden de 16 de julio de 1980 sobre enseñanza de la religión y moral católica en los centros de Bachillerato y Formación Profesional.

⇒ Orden de 4 de agosto de 1980 que regula la asistencia religiosa y los actos de culto en los centros escolares.

---

<sup>810</sup> Vid., SSTS 4650/2000 de 5 de junio; 6295/2000 de 7 de julio. El profesorado de EGB ha estado durante mucho tiempo en una situación precaria y empezó a resolverse hace pocos años. Vid. Convenio de 20 de mayo de 1993 y Convenio de 26 de febrero de 1999.

<sup>811</sup> Vid. STS 5970/1995 de 26 junio; STC 187/1991 de 3 de octubre; STC 155/1997 de 29 de septiembre.

<sup>812</sup> Por ejemplo el artículo II AEAC. De la Cierva M.R. *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español (veinte años de vigencia). Enseñanza de la religión católica en centros públicos*. Junta Episcopal de Asuntos Jurídicos. Conferencia Episcopal Española. Madrid, 2000, p. 179

#### 8.1.1.3.2. Características.

Las características de la enseñanza de la religión conforme a estas disposiciones, son las siguientes: 1) es materia ordinaria equiparable a las demás disciplinas fundamentales; 2) en los centros se respetará la libertad de conciencia y las convicciones de los alumnos; 3) los métodos y medios de enseñanza serán análogos a los de las demás asignaturas; 4) los libros de texto serán propuestos por la jerarquía eclesiástica y autorizados por la autoridad académica, el Ministerio de Educación y Ciencia; 5) habrá evaluación de la asignatura y se realizará de forma similar a las demás materias, y la calificación en Bachillerato se hará constar en el expediente académico y en el libro de calificaciones del alumno; 6) los padres o los alumnos en su caso, si fueran mayor de edad (en el supuesto de Bachillerato y Formación Profesional) deberán manifestar la elección de esta materia cuando realice la primera inscripción y será válida para cursos sucesivos, si cambia de opinión habrá de comunicarlo antes de comenzar el curso escolar; 7) los directores adoptarán las medidas oportunas para que no haya discriminación; 8) el horario será: a) en el ciclo inicial de EGB, una hora y media semanal, b) en el ciclo medio de EGB, dos horas semanales, ciclo superior de EGB, hora y media semanal;<sup>813</sup> en Bachillerato, dos horas semanales; 9) en Bachillerato y Formación Profesional quienes no opten por esta enseñanza se inscribirán en los cursos de Ética y Moral, sin perjuicio de lo que se convenga con otras Confesiones religiosas (artículo 6); 10) en cuanto al profesorado, tienen preferencia los profesores de EGB o maestros de enseñanza primaria, es decir, deben tener la titulación correspondiente a su nivel y reunir los requisitos canónicos requeridos. Son nombrados por la autoridad académica a propuesta del Ordinario del lugar, y su nombramiento tendrán carácter anual. Pero hay que señalar que conforme a la O.M. de 11 de octubre de 1982 sobre profesores de religión y moral católica en centros de enseñanzas media, *dicho nombramiento se renovará automáticamente* salvo propuesta en contra del Ordinario del lugar, antes del comienzo de cada curso, o salvo que la Administración, por graves razones académicas y de disciplina, considere necesaria la cancelación del nombramiento, previa audiencia de la autoridad eclesiástica (artículo 3). Es decir, permite la prórroga sin necesidad de propuesta y nombramiento anuales, salvo argumento en contrario; 11) en cumplimiento de lo dispuesto en el AEAC se publicaron los programas de la asignatura de religión en los distintos niveles a propuesta de la Comisión Episcopal de Enseñanza y Catequesis, y se incorporaron a cada nivel mediante las siguientes OOMM: Orden de 9 de abril de 1981, para Preescolar y ciclo inicial de EGB; Orden de 17 de junio de 1981 para ciclos medio y superior de EGB; Orden de 6 de julio de 1981 para cursos de primero y segundo de BUP y FP; Orden de 30 de enero de 1985 para el tercer curso de Bachillerato; Orden de Educación Especial.

#### 8.1.1.4. Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio de Libertad Religiosa (LOLR).<sup>814</sup>

---

<sup>813</sup> Vid. STS de 8 mayo de 1987, FJ. 3

<sup>814</sup> Ley que desarrolla el artículo 14 CE al establecer que las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley (artículo 1); y regula la libertad religiosa (artículo 16 CE) en sus diversas aplicaciones: como derecho de toda persona a profesar la creencia religiosa que libremente haya elegido, o a no profesar ninguna, o a cambiar de confesión (artículo 2.1.a), así como practicar actos de culto y recibir asistencia religiosa de la propia confesión.

Esta Ley va dirigida, de hecho, a las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones; abarca las Confesiones no católicas y la Iglesia católica (artículo 7).

Entre las distintas manifestaciones de la libertad religiosa se encuentra la enseñanza en general y la enseñanza religiosa en centros docentes.

- Reconoce derechos individuales (artículo 2.1.c.) tales como el derecho a:
  - recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole;
  - elegir para sí y para los menores no emancipados e incapacitados bajo su dependencia, *dentro y fuera del ámbito escolar*, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
  - recoge expresamente el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones y que reciban esta educación dentro del ámbito escolar.
  
- Y derechos colectivos: derecho a divulgar y propagar su propio credo, recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento.

Y para que la aplicación de estos derechos sea real y efectiva, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la formación religiosa en centros públicos docentes (artículo 2.3.LOLR).

Esta Ley utiliza el término “educación religiosa y moral” (artículo 2.1.c.), el mismo término empleado en los Pactos Internacionales de 1966 (artículos 18 y 13.3.) y en el AEAC (artículo I) y habla también de “formación religiosa” (artículo 2.1.c.), término recogido en el artículo 27.3. CE.

#### 8.1.1.5. L.O.E.C.E.

Esta Ley de 1980 estableció el estatuto de centros escolares públicos y privados; el derecho a recibir una educación básica y profesional; y se refería a la enseñanza de la religión al disponer que “los padres y tutores tienen el derecho a que sus hijos o pupilos reciban, *dentro del sistema educativo*, la educación y la enseñanza conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas, a cuyo efecto podrán escoger el centro docente que mejor se acomode a esas convicciones” (artículo 5.1.), recogía de forma expresa el derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos.<sup>815</sup> Se reconocía el derecho de libertad de cátedra a los profesores y el derecho de los titulares de centros privados a establecer un ideario educativo.

#### 8.1.1.6. L.O.D.E.

La LODE señala como finalidad de la educación el pleno desarrollo de la personalidad de los alumnos y la formación en el respeto de los derechos y libertades

---

<sup>815</sup> Se presentó recurso de inconstitucionalidad por los socialistas que hacían “otra lectura” del Texto Constitucional y consideraban excesivamente amplio el derecho concedido a los titulares de centros privados a la hora de establecer el ideario y señalaban que podía afectar a la esfera ideológica de padres, profesores y alumnos. Riu i Rovira, *Todos tienen derecho...* cit., p. 31

fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad de los principios democráticos de convivencia. Habla de *educación integral*, entendida como crecer y madurar en todos los aspectos de la personalidad del niño (artículo 2). Enumera los derechos de los padres y tutores, teniendo en cuenta lo que las disposiciones legales establezcan, y entre otros está el derecho a que sus hijos y pupilos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (artículo 4.c.), entendido tanto en los centros públicos como privados. En los centros públicos ya que la neutralidad ideológica es compatible con la oferta de la enseñanza religiosa, y en los centros privados que ya tienen ideario propio porque, en muchas ocasiones, el contenido de éste carácter propio incluye la orientación religiosa y moral que el centro da a la educación que imparte.

Garantiza el derecho a la formación religiosa en términos de generalidad y sin referencia al “sistema escolar” como hacía la LOECE. Ello supone una escasa garantía para la concreción y realización de este derecho, teniendo en cuenta el distanciamiento con la postura de la Iglesia.<sup>816</sup>

Esta Ley reconoce a los alumnos una serie de derechos básicos, entre los que se encuentran: el derecho a recibir una formación que asegure el pleno desarrollo de la personalidad. Se refiere al crecimiento y maduración de todos los aspectos de la persona (la dimensión bio-psicológica, social, cultural, la dimensión religiosa...). Y el derecho a que se respete su libertad de conciencia así como sus convicciones religiosas y morales de acuerdo con la Constitución (artículo 6.a y c.).

Recuerda y afirma que todos los centros públicos desarrollarán sus actividades con sujeción a los principios constitucionales porque ello es garantía de neutralidad ideológica y respeto a las opciones religiosas y morales a que hace referencia el artículo 27.3 CE.

Con respecto a los centros concertados, los titulares tienen derecho a definir su carácter propio de acuerdo con el artículo 22 y la enseñanza será impartida con pleno respeto a la libertad de conciencia y toda práctica confesional tendrá carácter voluntario.

8.1.1.7. Características generales de la Enseñanza de la Religión en este periodo que abarca desde la Constitución hasta antes de la LOGSE.<sup>817</sup>

Podemos señalar las siguientes:

1) La enseñanza de la religión se considera como asignatura ordinaria, incluida en los planes de estudio y equiparable a las demás disciplinas fundamentales evaluable y se imparte en horas lectivas.

2) Es de prestación obligada para el Centro como consecuencia de su carácter fundamental, siempre que haya padres o tutores que lo soliciten, incluso aunque el número de solicitantes fuese reducido.

3) Es optativa para los padres y alumnos y de impartición voluntaria para el profesorado.

---

<sup>816</sup> Martínez Blanco, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 98

<sup>817</sup> Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., pags. 102-109.

4) Quien no optase por la enseñanza de la religión tenía como alternativa la Ética y Moral que debía seguir de forma obligatoria, también era evaluable y constaba en el currículo del alumno.

5) Decisión libre de los padres o tutores o por el mismo alumno si fuera mayor de edad.

6) Al tratarse de una asignatura de contenido confesional, los medios personales -el profesorado- y los medios pedagógicos y didácticos –libros de texto- son propuestos por la jerarquía eclesiástica y nombrados y autorizados por la autoridad académica.

7) Los profesores de religión católica se integran con el profesorado del Centro y esta enseñanza es remunerada por el Estado.

## 8.1.2. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades no católicas: la enseñanza de la religión.

### 8.1.2.1. ANTES DE LA L.O.L.R.

#### 8.1.2.1.1. Regulación.

Antes de publicarse la LOLR de 1980 y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 27.3. y 16 CE, se publicaron sendas OOMM de fecha 16 de julio de 1980 para los distintos niveles de enseñanza:

⇒ Orden Ministerial de enseñanza de religión y moral de las diversas Iglesias, Confesiones, Comunidades en centros de Educación Preescolar y de EGB para el curso 1980-1981.

⇒ Orden Ministerial de 16 de julio de 1980 de Enseñanza de religión y moral de las diversas Iglesias, Confesiones, Comunidades en Bachillerato y Formación Profesional.<sup>818</sup>

#### 8.1.2.1.2. Contenido de las OOMM de 1980.

Su contenido es similar a la OOMM de enseñanza de religión y moral católica así como los objetivos de esta formación: que el alumno llegue a reconocer la especialidad y la necesidad del comportamiento moral respecto a otras formas de conducta humana; la moralidad como elemento que contribuye al desarrollo de la propia personalidad del alumno.<sup>819</sup> La creación en el alumno de actitudes morales que suponen la sensibilización ante los aspectos éticos de la vida humana.<sup>820</sup> Se pone de manifiesto que existen una diversidad de códigos éticos y ello ha de ser un motivo para formar al alumno en la comprensión y la tolerancia y no ser obstáculo para la unidad social, ni abdicación de sus propias convicciones.<sup>821</sup>

Todo esto es importante subrayarlo porque supone reflejar una educación en una sociedad pluralista en sus diversos ámbitos, político, social, cultural y también religioso.

---

<sup>818</sup> Son de la misma fecha que las OOMM de enseñanza de religión y moral católica y se publicaron en el BOE antes de la LOLR de 5 de julio de 1980.

<sup>819</sup> Anexo, artículo 1 de la OM de 16 de julio de 1980.

<sup>820</sup> Ibidem, artículo 3

<sup>821</sup> Ibidem, artículo 4

### 8.1.2.1.3. Características de la enseñanza de religión.

Son principalmente las siguientes:

- 1) La enseñanza de la religión y moral es materia ordinaria equiparable a las demás disciplinas en Educación Preescolar, EGB, Bachillerato y Formación Profesional.
- 2) El horario es de una hora y media a dos horas semanales.
- 3) Es evaluable.
- 4) Las orientaciones pedagógicas son elaboradas por la respectiva Iglesia, Confesión y Comunidad religiosa, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Ministerio de Educación.

### 8.1.2.2. DESPUÉS DE LA PUBLICACIÓN DE LA LOLR.

Una vez publicada esta Ley Orgánica y en ejecución de lo dispuesto en la misma y en la Constitución -artículo 27-, y sin previo Convenio ratificado por el Parlamento, se había llegado a diversos Acuerdos con el Ministerio de Educación y se publicaron diversas Órdenes en años sucesivos que incorporan la enseñanza religiosa judía, adventista y de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, a centros públicos. Se incorporan así estas enseñanzas al sistema educativo español. Y son las siguientes:

▶ Por Orden de 9 de abril de 1981 se incorpora a los niveles de Educación Preescolar y EGB la enseñanza religiosa judía. El horario será de hora y media semanales y el programa de dicha enseñanza será elaborado por la Federación de Comunidades Israelitas de España.<sup>822</sup> A modo de ejemplo el programa a nivel de Preescolar consiste en: vocabulario elemental; principales bendiciones; nociones de fiestas judías. En tercero de EGB es de: lectura, dictado y gramática del hebreo, oraciones y lectura de textos bíblicos. Y en octavo de EGB es de: Biblia: Samuel I, II. Los Salmos, Historia judía: la estancia de los judíos en España hasta finales del siglo XV, leyes religiosas y textos literarios: Maimónides, comentario sobre dos de sus obras principales, gramática.

▶ Por Orden de 1 de julio de 1983, la enseñanza religiosa adventista se incorpora a los niveles de Educación Preescolar y EGB. Y por Orden de 7 de noviembre de 1983 al nivel de Bachillerato.<sup>823</sup> Programa de enseñanza fijado por la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día. El programa del Bachillerato, sin descuidar la dimensión moral, espiritual y litúrgica de la educación religiosa del estudiante, se enfatiza fundamentalmente en la dimensión cognoscitiva. El estudio de la Biblia tiene ahora un enfoque temático doctrinal, basado, por una parte, en los problemas propios de los adolescentes y, por otra, en el contenido de algunos libros escogidos de la Sagrada Escritura. Cada curso está dividido en cuatro unidades temáticas que comprenden de 22 a 24 unidades didácticas.

▶ Por Orden de 19 de junio de 1984 se incorpora la enseñanza religiosa de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días a nivel de Bachillerato y Formación Profesional.<sup>824</sup> Quedan incorporados a los planes de estudio los cuestionarios y orientaciones pedagógicas propuesto por esta Iglesia y que se publica en el anexo de esta Orden. Estos cuestionarios se desarrollarán sucesivamente, uno cada año académico, para todos los alumnos de cada centro, a partir del curso 1984-1985, sin

---

<sup>822</sup> B.O.E. de 21 de abril de 1981.

<sup>823</sup> B.O.E. de 14 de noviembre de 1983.

<sup>824</sup> B.O.E. de 6 de julio de 1984.



perjuicio de que mediante los correspondientes Acuerdos o Convenios de cooperación que el Estado pueda establecer con la citada Iglesia, se dicten disposiciones específicas para la organización de estas enseñanzas, deberán observarse las normas que con carácter general están establecidas en la Orden de 16 de julio de 1980 sobre la enseñanza de religión y moral de las diversas Iglesias, Confesiones o Comunidades en el Bachillerato y la Formación Profesional.

Y por Orden de 22 de noviembre de 1985 se incorpora el programa de enseñanza religiosa propuesto por esta Iglesia para el nivel de Educación General Básica,<sup>825</sup> en virtud de lo dispuesto en los artículos 16.1 y 27.3 CE y el artículo 2.2. de la LOLR; programa que consiste, en rasgos generales, en lo siguiente: A) Historia del Libro del Mormón; B) Historia del Antiguo Testamento; C) Historia del Nuevo Testamento; D) Historia de la Doctrina y de los Convenios; E) Los Artículos de Fe (I); F) Artículos de Fe (II); G) Estaré Listo (I); H) Estaré listo (II).

## 8.2. A PARTIR DE LA LOGSE: 1990-2002.

### 8.2.1. Trámites previos.

#### 8.2.1.1. Proyecto LOGSE, 1987-1988.

Con la finalidad de obtener un amplio debate, el Gobierno presentó “el Proyecto para la reforma de la enseñanza. Propuesta para el debate” en 1987, complementándolo en 1988 con un Documento acerca de la Formación Profesional. Sobre esta oferta inicial se fueron pronunciando los distintos sectores del ámbito educativo.<sup>826</sup>

La Conferencia Episcopal Española presentó el Informe elaborado por la Comisión Episcopal de la enseñanza y catequesis en el que manifiesta que “el Proyecto no hace referencia o no la hace con suficiente claridad, a aquellos objetivos que afectan a determinados valores y dimensiones importantes de la personalidad. Hay un claro desequilibrio a favor de los objetivos que se refieren al “saber” y al “saber hacer” con menosprecio de los que orientan al “saber ser”.<sup>827</sup>

En cuanto a la formación religiosa afirma que sería verdaderamente lesiva para el derecho reconocido a los padres en el artículo 27.3. CE presentar este aspecto de la formación como una especie de privilegio anacrónico en una sociedad pluralista o como algo secundario y marginal. Si el Estado margina de hecho los valores religiosos, no respeta efectivamente la libertad religiosa.<sup>828</sup>

#### 8.2.1.2. El Libro Blanco para la Reforma del sistema educativo: 1989.

El Libro Blanco contiene la propuesta de reforma perfilada ya de manera definitiva. Refleja un intenso trabajo de planificación y programación. En cuanto a la formación religiosa y moral la situación era la siguiente:

---

<sup>825</sup> B.O.E. de 30 de noviembre de 1985.

<sup>826</sup> Párrafo 24 del Preámbulo de la LOGSE.

<sup>827</sup> XLVIII Asamblea Plenaria celebrada en Madrid, del 18 al 23 de abril de 1988. Nota del día 22 de abril de 1988.

<sup>828</sup> Documentación Jurídica Académica y Pastoral sobre la enseñanza religiosa escolar y sus profesores. 1990-2000. Conferencia Episcopal de la Enseñanza y Catequesis. Ed. Edice, Madrid. 2001, pgs. 27 y ss.

- ❑ No ofrece distintos bloques de contenido que hagan posible la opción entre la enseñanza de la religión y una asignatura alternativa.
- ❑ En el segundo ciclo de Educación Infantil (3-6 años) se incluye la educación religiosa para aquellos alumnos cuyos padres lo pidan.
- ❑ En la Educación Primaria hay un área de conocimiento y experiencia de religión.
- ❑ En la Educación Secundaria Obligatoria, en el primer ciclo hay un tronco común de asignaturas que suponen el 90% de las 27 horas semanales. En el segundo ciclo, del 65-75% de las 30 horas lectivas contienen varias áreas, entre ellas la de religión.
- ❑ En Bachillerato, entre las asignaturas de tronco común está la Religión como voluntaria.

La Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española subraya la importancia de este Libro y afirma que la formación religiosa y moral –que responde a las convicciones de padres o de alumnos que la elijan– debe ocupar un área propia dentro del nuevo sistema escolar, en paridad de tratamiento con las demás áreas, incluyendo una articulación de bloques de contenidos distintos. Esto supone la oferta de alternativas para aquellos alumnos que no pidan formación religiosa ya que necesitan una educación fundamental en valores éticos, aunque no estén inspirados en motivos religiosos.<sup>829</sup>

#### 8.2.2. Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE).

Esta Ley dispone y afirma que el objetivo primero y fundamental de la educación es la *formación plena* que permita una concepción de la realidad que integre, a su vez, el conocimiento y la valoración ética y moral de la misma.<sup>830</sup> En la educación se transmite y ejercitan los valores que hacen posible la vida en sociedad, singularmente el respeto a todos los derechos y libertades fundamentales.<sup>831</sup> La Constitución ha garantizado la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra, la libertad de creación de centros, así como el derecho a recibir la formación religiosa y moral de acuerdo con las propias convicciones.<sup>832</sup> La educación compartirá con otras instancias sociales la transmisión de información y conocimiento, pero adquirirá aún mayor prevalencia su capacidad para ordenarlos críticamente, para darles un sentido personal y moral, para generar actitudes y hábitos individuales.<sup>833</sup>

La Ley, que orienta el sistema educativo al respeto de todos y cada uno de los derechos y libertades establecidos en nuestra Constitución y al *pleno desarrollo de la personalidad del alumno*, establece entre sus disposiciones que la enseñanza de la religión se garantizará en los Acuerdos suscritos entre el Estado Español y la Santa Sede.<sup>834</sup>

##### 8.2.2.1. Ordenación general del sistema de enseñanza.

<sup>829</sup> Documentación Jurídica... cit., pgs. 48-49

<sup>830</sup> Párrafo 2 del preámbulo de la Ley, artículo 1 LOGSE.

<sup>831</sup> Párrafo 3 del Preámbulo, artículo 1 LOGSE.

<sup>832</sup> Ibidem, párrafo 13.

<sup>833</sup> Ibidem, párrafo 28

<sup>834</sup> Ibidem, párrafo 47

La LOGSE ordena el régimen general de las enseñanzas de la siguiente forma: 1) Educación Infantil, hasta los seis años;<sup>835</sup> 2) Educación Primaria, que comprende seis cursos, de seis a doce años;<sup>836</sup> 3) Educación Secundaria que comprende: a) Educación Secundaria Obligatoria: completa la enseñanza básica –que es obligatoria y gratuita- y abarca cuatro cursos académicos, entre los doce y dieciséis años;<sup>837</sup> b) Bachillerato, que comprende dos cursos académicos, entre los dieciséis y dieciocho años, no es obligatorio ni gratuito;<sup>838</sup> c) Formación Profesional de grado medio, comprende dos cursos académicos, entre los dieciséis y dieciocho años;<sup>839</sup> 4) Formación Profesional de grado superior; 5) Educación Universitaria.

#### 8.2.2.2. Disposición Adicional Segunda: la enseñanza de la religión.

La asignatura de religión no se menciona de forma expresa en el articulado de la ley cuando se refiere a las áreas de conocimiento obligatorias. En algunos de los párrafos del Preámbulo de la ley, así como en los distintos niveles de la enseñanza, habla de aspectos morales que comprende la educación.

Es en la Disposición Adicional Segunda donde se establece que “la enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español, y en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras Confesiones Religiosas. A tal fin y de conformidad con lo que dispongan dichos Acuerdos, *se incluirá la religión como área o materia en los niveles educativos que correspondan, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos*”<sup>840</sup>.

##### 8.2.2.2.1. Modificaciones más importantes.

En esta regulación se llevan a cabo unas modificaciones con respecto a la normativa anterior y son las siguientes: 1) la exclusión de la religión y moral católica como área de conocimiento y como materia en los planes de estudio de la Educación Infantil, Primaria y Secundaria, aunque con promesa legal de incluir la religión como área o materia a dichos niveles educativos, relegándola a una Disposición Adicional. 2) El establecimiento de la enseñanza de religión sin distinguir, al menos en principio, entre la católica y las demás confesiones.<sup>841</sup>

##### 8.2.2.2.2. Opiniones Doctrinales.

Corral Salvador considera una incongruencia de la LOGSE el hecho de que la única formación señalada con su nombre en la Constitución (artículo 27.3) –la religiosa y moral- es la única que no se garantiza a todos los educandos, solo se garantiza a los alumnos que sean miembros de la Iglesia Católica y demás Confesiones que tengan

---

<sup>835</sup> Capítulo Primero del Título I, artículos 7 a 11 de la LOGSE

<sup>836</sup> Capítulo Segundo del Título I, artículos 12 al 16 LOGSE

<sup>837</sup> Sección Primera, Capítulo Tercero del Título I, artículos 18 a 24 LOGSE

<sup>838</sup> Sección Segunda, Capítulo Tercero del Título I, artículos 25 a 29 LOGSE

<sup>839</sup> Capítulo Cuarto del Título I.

<sup>840</sup> Esta Disposición Adicional Segunda ha sido modificada por la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, artículo 93 –modificación de la LOGSE-, añade el párrafo dos, que se refiere al profesorado.

<sup>841</sup> Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., p. 110; Contreras Mazario, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 128; Martínez Blanco, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 135.

Acuerdos de cooperación, quedan, pues, excluidos los miembros de Confesiones carentes de Acuerdos y los no pertenecientes a ninguna confesión. Y añade, no deja de resultar un contrasentido que se introduzcan las enseñanzas especiales como la música y la danza, artes plásticas y diseño y no la formación religiosa y moral en cuanto tal.<sup>842</sup>

Así pues la situación era la siguiente, “durante todo el debate del Proyecto de Ley desde junio de 1987 hasta 1990, así como en la publicación del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Educativo de 1989, el área de religión formaba parte como un área más de cada una de las etapas del sistema educativo. Sólo a última hora, en febrero de 1990, el tratamiento de la enseñanza de la religión se consideraba como “una adición” al sistema educativo, es decir, del cuerpo de la Ley en cada uno de los artículos específicos que presentaban la enumeración de las áreas en las distintas etapas educativas, pasó a ser una *genérica* Disposición Adicional”<sup>843</sup>

Contreras opina que la enseñanza de religión no es abandonada en la LOGSE desde la perspectiva conceptual sino desde el punto de vista de su inclusión como materia en el sistema educativo. Y la exclusión de esta enseñanza no debe identificarse con la extinción de esta materia o área, que se seguirá impartiendo conforme al Acuerdo sobre Enseñanza de 1979. Se configura no como un derecho directo de los titulares del derecho a la educación sino como un *derecho mediato* que necesita de una norma de origen pacticio, previa para su real y efectivo ejercicio por parte de los poderes públicos. Considera que su inclusión como área de conocimiento es una materia reservada a la discrecionalidad del legislador, y su ubicación en una Disposición adicional se debe, según su opinión, más a razones puramente políticas que a verdaderas razones jurídicas.<sup>844</sup>

Ante ello, cabe concluir que no se tuvieron en cuenta las aportaciones que los distintos sectores educativos hicieron tras la consulta del Gobierno. Se olvidó por completo lo establecido en el Libro Blanco. Es decir, una vez más no se alcanzó el consenso en esta materia. Es curioso observar la insistencia de la Iglesia católica que en todos sus comunicados concluía apelando a un amplio acuerdo a nivel nacional, un consenso en materia educativa que implante un sistema educativo estable y no sujeto a los vaivenes de los cambios políticos.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 27.3 CE no impone la enseñanza de la religión en los centros docentes, si esta enseñanza se da, ha de interpretarse que se hace dentro de la legalidad, es decir, como medio para cumplir aquel precepto. En el texto de la LOGSE se ha rehuido esta fundamentación y se ha buscado su apoyo en textos concordatarios. Y ello no puede significar que sólo se acepte la enseñanza de la religión cuando existan previamente normas acordadas, convirtiéndolas en el único fundamento jurídico de esta enseñanza en los centros públicos.<sup>845</sup>

#### 8.2.2.2.3. Doctrina jurisprudencial.

El Tribunal Supremo, en torno a la Disposición Adicional Segunda, ha manifestado que “la enseñanza de la religión, cuando se trata de religiones con las cuales el Estado ha concluido Acuerdos de Cooperación, es lógico que se haga

---

<sup>842</sup> Corral Salvador, *Los Acuerdos...* cit., pgs. 292-293.

<sup>843</sup> De la Cierva y de Hoces, M.R., *Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales a los veinte años de vigencia*, XIX Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2000, p. 388.

<sup>844</sup> Contreras Mazario, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 126

<sup>845</sup> Lorenzo Vázquez P, *Libertad Religiosa...* cit., pags. 110-111

conforme a lo pactado en dichos Acuerdos, pues de otra forma se incumpliría el mandato de cooperación que dispone el artículo 16.3 CE y no por ello se viola la reserva de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales (artículo 81.1. CE), primero, porque la remisión a los Acuerdos es una remisión hecha por Ley Orgánica –a saber la Disposición Adicional segunda-; y segundo, porque *tal Disposición Adicional no es un desarrollo específico y completo del derecho reconocido a los padres en el artículo 27.3 CE sino exclusivamente una previsión sobre la enseñanza de ciertas religiones, que no agota, en absoluto, tal derecho...*<sup>846</sup>

### 8.2.2.3. Desarrollo Reglamentario de la LOGSE.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la LOGSE se elaboran en 1991 una serie de Reales Decretos que establecen los aspectos básicos de los currículos de los distintos niveles, las enseñanzas mínimas comunes para todo el Estado.

La fijación del contenido es competencia exclusiva del Gobierno como garantía de una formación común para todos los españoles y de la validez de los títulos correspondientes. Estos contenidos incluidos en las enseñanzas mínimas no requieren más que un determinado porcentaje de horas escolares, que será diferente según se trate de Comunidad Autónoma con lengua oficial distinta del castellano o no, será del 55 por 100 y del 65 por 100 respectivamente.

#### 8.2.2.3.1. Inicio del desarrollo reglamentario.

El desarrollo reglamentario se inició con el RD 986/1991 de 14 de junio, que establece que la LOGSE comenzaría a aplicarse en el curso 1992-1993.<sup>847</sup> Y con el RD 1004/1991 de 14 de junio que establece los requisitos mínimos que debían reunir los centros docentes para impartir los nuevos niveles y ciclos de enseñanza de régimen general no universitario regulados en el Título I de la LOGSE.

#### 8.2.2.3.2. Regulación de los distintos niveles educativos.

##### 8.2.2.3.2.1. Educación Infantil.

Los RRDD que regulan este nivel son los siguientes:

El RD 1330/1991 de 6 septiembre que establece los aspectos básicos del currículo de este nivel. No menciona la formación religiosa de forma expresa, solo como manifestación cultural (artículo 2.f.). Su Disposición Adicional dispone que “en virtud de lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, el currículo del segundo ciclo de la Educación Infantil incluirá enseñanzas de religión católica para los niños y niñas cuyos padres lo soliciten”.

---

<sup>846</sup> SSTS de 24 de junio de 1994 (RJ. 5278); de 30 de junio de 1994 (RJ. 5277); García Pardo, *La libertad de enseñanza...* cit., p. 265. Es precisamente esa falta de desarrollo específico y concreto en el articulado de la LOGSE, lo que ha criticado el sector católico y la Iglesia católica porque es en el articulado donde se regula lo importante y esencial de las asignaturas y materias.

<sup>847</sup> El RD 1487/1994 de 1 de julio modifica y completa este RD, por el que se aprueba el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo. También deroga el RD 535/1993 de 12 de abril.

El RD 1333/1991 de 6 de septiembre que establece el currículo de la Educación Infantil.

Y la Orden de 3 de noviembre de 1993 que establece el currículo de la “religión católica” para el segundo ciclo de este nivel;<sup>848</sup> disponiendo que se impartirá a los niños cuyos padres así lo soliciten, dentro de la jornada escolar en horario específico proporcional al que se asigna a esta área en la Educación Primaria (artículo 3).

#### 8.2.2.3.2.2. Educación Primaria.

Es el RD 1006/1991 de 14 de junio por el que se establece las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Primaria.<sup>849</sup> El artículo 3 que recoge las áreas de este nivel no menciona el área de Religión; se refiere a esta enseñanza el artículo 14 estableciendo como alternativa para los que no opten por la asignatura de religión: actividades de estudio orientadas por un profesor, y que no son evaluables. Dicho precepto dispone:

*“1. Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre, el área de Religión Católica será de oferta obligatoria para los centros, que asimismo organizarán **actividades de estudio**, adecuadas a la edad de los alumnos y orientadas por un profesor, **en relación con las enseñanzas mínimas de las áreas del correspondiente ciclo**. Al comenzar la Educación Primaria o en la primera adscripción del alumno al centro, los padres o tutores de los alumnos manifestarán a la dirección del centro la elección de una de las dos opciones referidas anteriormente, sin perjuicio de que la decisión pueda modificarse al comienzo de cada curso escolar.*

*2. La determinación del currículo del área de Religión Católica corresponderá a la jerarquía eclesiástica.*

*3. La evaluación de las enseñanzas de la Religión Católica se realizará de forma similar a la que se establece en este Real Decreto para el conjunto de las áreas, si bien, **dado el carácter voluntario que tales enseñanzas tienen para los alumnos**, las correspondientes calificaciones no serán tenidas en cuenta en las convocatorias que, dentro del sistema educativo y a los efectos del mismo, realicen las Administraciones públicas y en las cuales deban entrar en concurrencia los expedientes académicos de los alumnos”. El horario escolar en los distintos ciclos para la religión católica/actividades de estudio es de 105 horas.*

El RD 1344/1991 de 6 de septiembre establece el currículo de la Educación Primaria, cuyo artículo 14 se remite al ya mencionado artículo 14 del RD 1006/1991. La Orden de 27 de abril de 1992 que se refiere a la implantación de las enseñanzas reformadas en Educación Primaria, según la cual se dedica una hora y media semanal al

---

<sup>848</sup> “El despertar religioso del niño va unido al testimonio y actitudes creyentes de los adultos en su entorno, su sentido religioso madura en paralelo con el desarrollo de sus facultades. La experiencia religiosa no es espontánea, sino que requiere una atenta intervención educativa, los padres pueden delegar y de hecho delegan parte de estos derechos y obligaciones y también la dimensión religiosa, en la escuela”. Anexo de la Orden

<sup>849</sup> Este nivel consta de tres ciclos, de dos años cada uno, de los 6 a los 12 años, comprende la “edad del uso de razón o edad de la conciencia”. Es importante esta etapa para la creación del sentido ético de las acciones del niño, como para la orientación positiva de éstos hacia la cooperación y la inserción social. *La enseñanza religiosa escolar... cit., p., 65*

área de religión o al estudio asistido, según la opción elegida por el padre o tutor del alumno, de un total de 25 horas semanales.

Los padres o tutores habrán de comunicar su elección a la dirección del centro, en caso contrario se presumirá que optan por actividades de estudio, y serán atendidos por un profesor del centro que dirigirá y orientará tales actividades, que son organizadas por el equipo directivo del centro (artículos 23 y 24).

Y la Orden de 20 de febrero de 1992 que establece el currículo del área de religión católica en Educación Primaria de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 14 del RD 1006/1991. En la Introducción se recoge como características y finalidades de la enseñanza de la religión y moral católica, entre otras, la de proporcionar una visión cristiana del hombre, de la historia y del mundo para su comprensión y para un diálogo con otras cosmovisiones y tradiciones religiosas; y la de educar la dimensión religiosa de la persona en orden a una formación integral.

#### 8.2.2.3.2.3. Educación Secundaria Obligatoria.

Es el RD 1007/1991 de 14 de junio por el que se establece las enseñanzas mínimas correspondiente a la Educación Secundaria Obligatoria.<sup>850</sup> Entre las áreas establecidas en el artículo 3 no se encuentra tampoco la enseñanza de religión. El apartado 4 de dicho precepto establece que “las Administraciones educativas podrán disponer, en virtud de lo previsto en el artículo 20.3 de la LOGSE, que el bloque de contenidos denominado “la vida moral y la reflexión ética” incluido dentro del área de Ciencias Sociales, Geografía e Historia en el Anexo I de este RD, se organice en el cuarto curso de esta etapa como materia específica con la denominación de Ética. La evaluación de estos contenidos se verificará de forma independiente.<sup>851</sup>

El RD 1007/1991 se refiere al área de religión en su artículo 16 cuyo contenido es similar al artículo 14 del RD 1006/1991, anteriormente transcrito. Consta igualmente de tres apartados, en el apartado 1 no menciona Educación Secundaria Obligatoria sino que se limita a decir “al comenzar la etapa”... El horario es de 105 horas, tanto para el primer como para el segundo ciclo.

El RD 1345/1991 de 6 de septiembre establece el currículo de esta etapa y su artículo 21 se remite al artículo 16 del RD 1007/1991. La Orden de 27 de abril de 1992 por la que se dan instrucciones para la implantación de las Enseñanzas Reformadas en la Educación Secundaria Obligatoria recoge una regulación –artículos 32 a 34- similar a la establecida para la Educación Primaria. En el supuesto de que los representantes legales no manifiesten expresamente una opción, *se presumirá* que optan por las actividades de estudio, actividades que son organizadas por el “equipo de profesores del curso”, y

---

<sup>850</sup> Comprende cuatro años académicos, desde los 12 a los 16 años y se organiza en dos ciclos de dos años cada uno (artículo 1). Esta etapa debe aportar elementos educativos de orden cognoscitivo, afectivo, social y moral que permitirá a los alumnos desarrollarse de forma equilibrada e incorporarse a la sociedad con autonomía y responsabilidad.

<sup>851</sup> Redactado conforme al RD 894/1995 de 2 de junio que modifica lo dispuesto en el inicial apartado 4 del artículo 3. El RD 3473/2000 de 29 de diciembre modifica el RD 1007/1991 y en el Anexo 3 se refiere a la Ética del cuarto curso, señala como objetivos de la enseñanza de la ética, entre otros: “iniciar el descubrimiento de los principios y valores morales adquiriendo independencia de criterio y juicio crítico, adoptando progresivamente hábitos de conducta moral que planifican la propia vida y rechazando aquellos que la hacen decaer en su dignidad de ser humano”.

tratará sobre los contenidos de algunas de las áreas del currículo, y el profesor encargado deberá ser uno de los que impartan clase al alumno. El horario será de 30 o 32 horas lectivas semanales, dos horas serán de religión o actividades de estudio en el tercer curso –o primero del segundo ciclo- y de una hora en el cuarto curso –segundo del segundo ciclo- (artículo 19). Y “la vida moral y la reflexión ética” podrá organizarse como materia común y obligatoria según el RD 1007/1991 en el último curso de esta etapa (artículo 22).

La Orden de 20 de febrero de 1992 por la que se establece el currículo del área de religión católica en esta etapa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2. del RD 1007/1992.<sup>852</sup>

#### 8.2.2.3.2.4. **Bachillerato.**

Es el RD 1700/1991 de 29 de noviembre el que establece la estructura del Bachillerato y tiene carácter de norma básica.<sup>853</sup> Se refiere a la enseñanza de la religión en su artículo 16 de contenido similar a los mencionados RRDD 1006/1991, artículo 14 y 1007/1991, artículo 16. Si bien en el apartado 1 menciona que los alumnos, si son mayores de edad, además de los padres o tutores, podrán manifestar a la dirección del centro la elección de una de las opciones presentadas.

El RD 1178/1992 de 2 de octubre por el que se establecen las enseñanzas mínimas del Bachillerato. Tienen también carácter de norma básica. Regula de la misma forma, en su artículo 15 la enseñanza de religión que el artículo 16 antes mencionado y que el artículo 27.1 del RD 1179/1992 de 2 de octubre que establece el currículo de esta etapa. El horario de dicha enseñanza será de un total de 70 horas, el mínimo a lo largo del Bachillerato, sea su impartición en uno o en dos cursos.

La Orden de 12 de noviembre de 1992 que establece Instrucciones para la implantación del Bachillerato dispone que al formalizar la matrícula los padres o los propios alumnos, cuando sean mayor de edad, manifestarán la elección de la enseñanza de religión o actividades de estudio. Oídos los jefes de Seminarios o Departamentos, serán los equipos directivos de los centros los que establecerán dichas actividades que serán acordes con la edad de los alumnos y con los objetivos de esta etapa educativa.

Orden de 5 de octubre de 1993 que establece el currículo de la religión católica que afirma que la religión tiene una *dimensión cultural* y los alumnos podrán conocer el hecho religioso y el hecho cristiano en la actualidad, la fe ante la ciencia y la técnica y los humanismos. Y una *dimensión humanizadora* que contribuye al pleno desarrollo de la personalidad humana. Ello supone enraizar los objetivos del sistema educativo en el núcleo referencial de las creencias y valores para que el alumno encuentre las respuestas a fin de construir su propia identidad.

---

<sup>852</sup> Esta etapa coincide con la preadolescencia y primera adolescencia y el alumno puede situarse ante la religión como experiencia humana, personal y social. La finalidad perseguida por esta área de Religión es favorecer y ayudar a asimilar, desarrollar y cultivar la dimensión religiosa del hombre; leer la realidad cristiana presente en el patrimonio cultural de la Humanidad y de España; adquirir y desarrollar actitudes y hábitos conforme al código ético cristiano; abrirse a lo social desde la perspectiva cristiana, y asumir los valores del humanitarismo cristiano. Introducción de la Orden de 20 febrero 1992.

<sup>853</sup> El Bachillerato forma parte de la Educación Secundaria y comprende dos cursos académicos. Se organiza en diferentes modalidades, como materias específicas, comunes y optativas, todas ellas constituyen el currículo completo. Tiene una triple finalidad: de formación general, de orientación de los alumnos y de preparación para los estudios superiores.



### 8.2.3. Características del modelo de enseñanza después de la LOGSE.<sup>854</sup>

1) La enseñanza de la religión católica estará presente en todos los centros docentes no universitario a pesar de no haber sido configurada de forma expresa como enseñanza de carácter mínimo troncal. Es de oferta obligada para los centros, es decir, que las autoridades académicas no podrán ignorar o excluir de los planes de estudio la enseñanza de religión y moral católica que viene impuesta de “iure” por el AEAC.<sup>855</sup> Se configura como área con una materia o asignatura única, pero se omite toda referencia a la “moral” católica y toda referencia al resto de Confesiones.<sup>856</sup>

2) No será obligatoria para los alumnos.

3) Como alternativa, para los que no opten por la enseñanza de religión, los centros organizarán actividades de estudio adecuadas a la edad del alumno, orientadas por un profesor, actividades que no se evalúan.

4) La elección de una u otra opción corresponde a los padres o tutores, y si el alumno es mayor de edad, le corresponderá a éste.

5) La opción podrá ser modificada al comienzo de cada curso escolar, de lo que parece deducirse que no puede ser modificada a lo largo del curso.

6) El contenido de la asignatura lo determina la jerarquía eclesiástica.

7) También corresponde a la jerarquía eclesiástica la selección y propuesta del profesorado que ha de encargarse de la enseñanza de religión si bien lo nombra la autoridad académica.<sup>857</sup>

8) La asignatura de religión será evaluada y según sus resultados se procederá a la promoción de los alumnos al ciclo o curso siguiente.

9) Las calificaciones no serán tenidas en cuenta en las convocatorias que, dentro del sistema educativo, y a los efectos del mismo, realicen las Administraciones Públicas y en las cuales deben entrar en concurrencia los expedientes académicos de los alumnos.<sup>858</sup>

### 8.2.4. Consecuencias de estas características.

#### 8.2.4.1. No cumple los requisitos para ser asignatura fundamental.

Si tenemos en cuenta los requisitos necesarios para considerar esta asignatura como fundamental y por tanto “equiparable” a las demás, veremos que la enseñanza de la religión cumple el primer requisito –una oferta obligatoria por parte de los centros-;

---

<sup>854</sup> Lorenzo Vázquez P. *Libertad religiosa...* cit., p.115 y ss.; Ibán I.C. *La enseñanza de la religión católica. Primeras impresiones acerca de los RRDD 1006/1991 y 1007/1991 de 14 de junio.* La Ley, 1991, pgs. 1219 y ss.; Martínez Blanco A. *La enseñanza de la religión...* cit., pgs. 158 y ss.; Contreras Mazario, *La enseñanza de la religión en el sistema educativo...* cit., pgs. 132 y ss.

<sup>855</sup> Contreras Mazario, *La enseñanza de la religión en el sistema educativo...* cit., p. 133

<sup>856</sup> Martínez Blanco A. *La enseñanza de la religión...* cit., pags. 158-159

<sup>857</sup> La justificación de ese control por las autoridades de la confesión correspondiente se encuentra en el hecho de que se trata de una formación religiosa y no de una información cultural. Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 231.

<sup>858</sup> Habla de *educación* para promocionar al curso o ciclo siguiente y habla de *calificación*, basándolo en su carácter voluntario, a efectos de convocatorias de la Administración Pública en que concurren los expedientes académicos de los alumnos.

cumple el requisito de que el Estado ofrezca en su sistema escolar general los medios adecuados para conseguir la capacitación necesaria para ser profesor de esa asignatura. Requisito que se cumple en los planes de estudio de las Escuelas Universitarias del Profesorado con la enseñanza de la “Doctrina Católica y su pedagogía” como asignatura de carácter optativo y voluntario. Y con el RD 1440/1991 de 30 de agosto por el que se establece el título universitario oficial de Maestro en sus diversas especialidades y las directrices generales propias de los planes de estudio conducentes a su obtención. Conforme a su Disposición Adicional “los planes de estudios, en todas sus especialidades, se ajustarán a lo dispuesto en el artículo IV del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales”.<sup>859</sup>

Pero no cumple el tercer requisito: su integración dentro del expediente académico del alumno y con las mismas consecuencias jurídicas que el resto de las disciplinas fundamentales. Ya que en base al carácter voluntario de la asignatura, las calificaciones obtenidas no serán tenidas en cuenta en las convocatorias que realicen las Administraciones Públicas y que entren en concurrencia los expedientes de los alumnos.

#### 8.2.4.2. Críticas y posiciones doctrinales.

Para unos autores la razón alegada “por ser voluntaria para el alumno” es una “sinrazón” ya que la elección de una materia que admite esta posibilidad, determina que esa materia entre o no en el currículum del alumno que hizo la elección pero una vez elegida entra en tal currículum con todos sus efectos: los evaluatorios en igualdad de condiciones y efectos a las demás disciplinas fundamentales.<sup>860</sup>

Otros autores afirman que es plenamente coherente con el derecho de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE ya que la enseñanza de religión es una opción personal y voluntaria basada en dictados de conciencia, y por tanto una enseñanza de carácter dogmático-confesional, de la que no se puede hacer derivar, en ningún caso, que quien ha optado por ella imponga a los demás y a las autoridades académicas, su consideración más allá del ámbito estricto del currículum personal del alumno y menos aún cuando se trata de optar a favor de distintos expedientes académicos.<sup>861</sup>

#### 8.2.4.3. Críticas de la Iglesia.<sup>862</sup>

La Iglesia Católica considera que: 1) la regulación de la enseñanza de religión en los RRDD sobre enseñanzas mínimas en Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria ha sido concluida de forma unilateral por el Gobierno, no se ha tenido en cuenta el artículo XVI del AEAC; 2) la fórmula académica adoptada discrimina a los alumnos que elijan esta asignatura al exigirlos un esfuerzo formativo y académico superior al de los otros alumnos y no encontrar el correspondiente reconocimiento en notas y evaluaciones; 3) la clase de religión carece del debido rigor académico y se ve sometida a un proceso de deterioro escolar; 4) la propuesta de introducir la Ética en el

---

<sup>859</sup> Y el RD 1287/1991 de 2 de agosto sobre contratación de profesores asociados.

<sup>860</sup> Martínez Blanco A. *La enseñanza de la religión...* cit., p. 173; Lorenzo Vázquez P. *Libertad religiosa...* cit., p. 121.

<sup>861</sup> Contreras Mazario, *La enseñanza de la religión en el sistema educativo...* cit., p. 173

<sup>862</sup> Nota de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española de 27 de junio de 1991. Documentación jurídica.. cit., pgs. 138-139

último curso de la Educación Secundaria Obligatoria no resuelve el problema y se opone al principio de libertad religiosa y al derecho de libre elección que tienen los padres; 5) la enseñanza religiosa es una consecuencia importantísima del derecho fundamental a la libertad religiosa y un derecho de los padres y alumnos.

Ante esta situación se interpusieron una serie de recursos contra los RRDD 1006/1991 y 1007/1991 de 14 de junio por los que se establecían las enseñanzas mínimas de Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria y el RD 1700/1991 de 29 de noviembre por el que se establecía la estructura del Bachillerato.

#### 8.2.5. Sentencias del Tribunal Supremo de 1994.

Estos recursos fueron resueltos en una serie de sentencias por el Tribunal Supremo que dada su importancia en el iter legislativo de la enseñanza de religión y su alternativa procedemos a su enumeración.

##### 8.2.5.1. Enumeración de las sentencias. Son las siguientes:

▶ Sentencia del Tribunal Supremo 1133/1994 de 3 de febrero que resuelve el recurso contencioso administrativo 1635/1991 interpuesto por la Asociación Profesional de Profesores de Religión de Centros Estatales y varios particulares –Sres. S.R, T.M. y G.M.- contra los apartados 1 y 4 del artículo 3 y artículo 7 y los apartados 1 y 3 del artículo 16 del RD 1007/1991 de 14 de junio en cuanto que tales artículos afectan a la enseñanza de religión católica y al estudio asistido y son contrarios a los artículos 14, 16 y 27 CE y también a lo que establece el AEAC de 1979.

El Tribunal declara no ser conformes a Derecho y por consiguiente nulos el artículo 7 y los apartados 1 y 3 del artículo 16 del RD 1007/1991 de 14 de junio y declara la conformidad a Derecho de los apartados 1 y 4 del artículo 3 del expresado RD.

▶ Sentencia del Tribunal Supremo 2444/1994 de 17 marzo que resuelve el recurso número 4915/92 interpuesto por la Asociación Profesional de Profesores de Religión de Centros Estatales y los mismos particulares anteriormente mencionados, contra los artículos 6, 12, 13 y 16 apartados 1 y 3 del RD 1700/1991 de 29 de noviembre por el que se establece la estructura del Bachillerato y declara la disconformidad a Derecho y consiguiente nulidad de los apartados 1 y 3 del artículo 16 del expresado RD.

▶ Sentencia del Tribunal Supremo 5151/1994 de 9 de junio que resuelve el recurso número 7300/92 interpuesto por la Confederación Católica Nacional de Padres de Familia y Padres de Alumnos contra el artículo 14 del RD 1006/1991 de 14 de junio y artículo 16 del RD 1007/1991 de 14 de junio por los que respectivamente se aprueban las enseñanzas mínimas obligatorias en la Educación Primaria y en la Educación Secundaria Obligatoria.

El Tribunal declara no conformes a Derecho y por consiguiente anula los artículos 14 del RD 1006/1991 y el artículo 16 del RD 1007/1991.

▶ Sentencia del Tribunal Supremo 5279/1994 de 30 de junio que resuelva el recurso en única instancia número 1636/91 interpuesto por la Asociación Profesional de Profesores de Religión de Centros Estatales contra los artículo 3 y 7 y apartados 1 y 3 del artículo 14 del RD 1006/1991 de 14 de junio y declara ser conforme a Derecho el

artículo 3 y no ser conforme a Derecho y por consiguiente declara la nulidad del artículo 7 y los apartados 1 y 3 del artículo 14 del RD 1006/1991.

Es decir, el Tribunal Supremo declara no conformes a Derecho y por tanto nulos los artículos que se refieren a la enseñanza de la religión y moral católica de cada uno de los RRDD impugnados.

#### 8.2.5.2 Argumentos utilizados en estas sentencias por el Tribunal Supremo.

Se pueden resumir en los siguientes: se trata de una norma ambigua; quiebra el principio de igualdad y no discriminación; hay infracción del AEAC de 1979; se vulnera el artículo 16.2 CE.

##### 8.2.5.2.1. Norma ambigua.

Se trata de una norma ambigua que infringe el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, principio que requiere certeza en la regla de derecho y excluye cualquier fórmula arbitraria e implica que debe ser lo suficientemente clara y precisa que los destinatarios encuentren una respuesta precisa a las responsabilidades de su actuar,<sup>863</sup> una respuesta indubitada de los derechos, cargas y obligaciones que éstas establezcan y para que los posibles efectos sean de antemano previstos por aquellos y no dependan de la única voluntad del sujeto que ha de aplicarlos.<sup>864</sup>

No estaba expuesto con suficiente claridad el contenido de las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de la religión. Así en el artículo 7 del RD 1007/1991 no se sabe con claridad si han de formar parte del currículo solamente las enseñanzas mínimas de las áreas enumeradas en el artículo 20.1. del mencionado RD o si también han de entrar a formar parte las áreas o materias de la Disposición Adicional Segunda de la LOGSE a la que alude el artículo 16 del RD 1007/1991, vulnerando el principio de seguridad jurídica.<sup>865</sup>

La redacción del artículo 16 del RD 1700/1991 nada dice sobre: en qué habría de consistir las actividades de estudio –que han de organizar los centros para ofertarlos a los padres, tutores o alumnos- y sobre qué clase de materias han de versar para que éstos puedan hacer una “elección consciente”.<sup>866</sup>

Por la ambigüedad *en su literalidad* el artículo 14 del RD 1006/1991 y el artículo 16 del RD 1007/1991 no dejan lo suficientemente claro, tanto para los centros como para los padres o tutores, en que consiste las actividades de estudio; no especifica si han de ser sobre algunas o todas las materias relacionadas con las enseñanzas mínimas de las áreas correspondientes al curso escolar, ni especifica en cuales se ha de poner mayor incidencia...no aclara en qué han de consistir las actividades de estudio *adecuadas* a la edad de los alumnos y orientadas por un profesor, dejando en la nebulosa qué enseñanzas mínimas hayan de incidir en particular. Ello hace que dicha norma reglamentaria padezca de la suficiente certeza para que sea conocida por sus destinatarios, ya que no hay posibilidad de elección si no hay antes conocimiento suficiente para ejercerla.<sup>867</sup>

---

<sup>863</sup> STC de 30 de noviembre de 1982 y STS 1133/1994 de 3 de febrero, FJ.7.C.

<sup>864</sup> STS 5279/1994 de 30 de junio, FJ. 5.B.

<sup>865</sup> STS 1133/1994 de 3 de febrero, FJ 7.C

<sup>866</sup> STS 2444/1994 de 17 de marzo, FJ. 10, párrafos 2 y 4 .

<sup>867</sup> STS 5279/1994 de 30 de junio FJ. 5.c. párrafo 1

#### 8.2.5.2.2. Quiebra del principio de igualdad y no discriminación.

Ya que tales actividades de estudio, al tener un contenido curricular, suponían una mejor preparación académica para los alumnos que no optasen por la enseñanza de la religión.

La elección de una –expresión alternativa excluyente de la otra- de las dos opciones referidas (religión católica / actividades de estudio) veda a los alumnos que haya elegido el área de religión católica para acceder a estas actividades de estudio que se pueden calificar de complementarias, por lo que los alumnos que haya elegido estas actividades tendrán mayor bagaje de conocimientos en las expresadas áreas que inciden en un mejor y pleno desarrollo de su personalidad.

Mientras que las evaluaciones obtenidas en el área de religión católica no se computan en los expedientes escolares, los que hayan elegido las actividades de estudio, aunque no tengan su específica evaluación, su participación redundará en unos mejores resultados escolares, que han de reflejarse en sus expedientes académicos. Los hechos y circunstancias apuntadas suponen una desigualdad por recibir la enseñanza religiosa y no poder acudir por ello a realizar las actividades de estudio.<sup>868</sup>

Una mayor preparación que normalmente han de redundar en un mayor aprovechamiento educativo del alumnos con un también normal reflejo en las calificaciones de las referidas disciplinas y por consiguiente, en un mejor expediente académico, a competir no solo dentro del mismo sistema educativo, sino también a efectos de su concurrencia en otras áreas profesionales.<sup>869</sup>

Por ser dicha elección excluyente una de la otra no hay posibilidad de que los que eligieron la enseñanza de la religión puedan beneficiarse de dicho razonable aprovechamiento y mejora de calificación a reflejar en el expediente académico, lo que supone una infracción del principio de igualdad ante la ley que garantiza el artículo 14 CE.<sup>870</sup> Mejora de aprovechamiento y calificación de la que no puede beneficiarse los alumnos cuyos padres hayan elegido la enseñanza de la religión católica.<sup>871</sup>

#### 8.2.5.2.3. Infracción del A.E.A.C. de 3 de enero de 1979, artículo II.

Se infringe el artículo II del AEAC al no incluirse la enseñanza de la religión en condiciones equiparables al resto de las disciplinas fundamentales.

Los apartados 1 y 3 del artículo 16 del RD 1007/1991 han infringido la Disposición Adicional Segunda de la LOGSE y en particular el Acuerdo de la Santa Sede y el Estado Español, al no incluir la enseñanza de la religión católica en todos los centros de Educación Secundaria Obligatoria en condiciones equiparables a las demás áreas o materias fundamentales y *al no disponer que se adopten en aquéllas las medidas oportunas* para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga desigualdad alguna vetada por la Constitución en la actividad escolar.<sup>872</sup>

---

<sup>868</sup> STS 1133/1994 de 3 de febrero, FJ. 8.A. párrafo 1.

<sup>869</sup> STS 2444/1994 de 17 de marzo, FJ. 10, párrafos 4 y 5.

<sup>870</sup> STS 5151/1994 de 9 de junio, FJ. 7, párrafo 3.

<sup>871</sup> STS 5279/1994 de 30 de junio, FJ.5.c., párrafo 3.

<sup>872</sup> STS 1133/1994 de 3 de febrero, FJ. 8, párrafo 2.

Se vulnera asimismo el Acuerdo celebrado en 1979 y por ende la Disposición Adicional segunda de la LOGSE, en cuanto que mientras esté en vigor, obliga al Estado Español a incluir la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación; y no de cualquier manera sino en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, lo que no está en contradicción con la acordada no obligatoriedad para los alumnos, que por respeto a la libertad de conciencia en el artículo II del citado Acuerdo Internacional se establece.<sup>873</sup>

Dicha equiparación no se cumple en la redacción de las respectivas normas reglamentarias ahora impugnadas, en cuanto que, en el punto 3 de ambas, si bien se dispone una “evaluación” similar de la enseñanza religiosa a la del conjunto de las demás áreas, sin embargo sus calificaciones no han de tener el mismo valor dentro del sistema educativo a la hora de la concurrencia de los expedientes académicos de los alumnos.<sup>874</sup>

#### 8.2.5.2.4. La vulneración del artículo 16.2 CE.

Se pone de manifiesto que la obligación de los padres de manifestar a la dirección del centro la elección excluyente entre enseñanza de religión católica o actividades de estudio, vulnera el derecho de aquellos a no declarar sobre su religión ni manifestar cual sean sus convicciones religiosas que el artículo 16 CE garantiza.<sup>875</sup>

#### 8.2.5.3. Actuación del Tribunal Supremo en estas resoluciones.

El Alto Tribunal en estas sentencias dio la razón a las dos partes en litigio, anulándose los artículos de las normas reglamentarias que vulneraban el principio de seguridad jurídica, el principio de igualdad y no discriminación, el AEAC de 1979, y mantuvo en sus propios términos aquellos artículos en los que la Sala no tiene competencia para determinar sobre su conformidad o disconformidad a Derecho; o bien porque la Administración tiene facultad reglamentaria para residenciar la regulación de la enseñanza de la religión católica en uno y otro precepto del conjunto del RD – siempre que respete el ordenamiento jurídico superior en que se fundamenta dicha potestad reglamentaria- y declara que no infringe ningún precepto constitucional o de la LOGSE los artículos 6,12 y 13 del RD 1700/1991.<sup>876</sup>

O bien porque el Tribunal Supremo es incompetente para conocer de pretensiones que se deduzcan en relación con disposiciones de categoría formal de la Ley; por consiguiente nunca podrá entrar a conocer y resolver sobre la conformidad o disconformidad a Derecho del artículo 14 de la LOGSE, el cual es copia literal del artículo 3 del RD 1006/1991 de 14 de junio, al presente recurrido.<sup>877</sup>

Es decir, que no se pronuncia sobre el hecho de que en este artículo 3 del RD 1006/1991 al enumerar las áreas de la Educación Primaria no se encuentre la enseñanza

---

<sup>873</sup> STS 2444/1994 de 17 de marzo, FJ. 10, párrafo 2.

<sup>874</sup> STS 5151/1994 de 9 de junio, FJ. 7, párrafo 2; con idéntico fundamento la STS 5279/1994 de 30 de junio, FJ. 5.C., párrafo 2

<sup>875</sup> STS 5279/1994 de 30 de junio, FJ. 5.C., párrafo 3.

<sup>876</sup> STS 2444/1994 de 17 de marzo, FJ. 6, 7 y 8.

<sup>877</sup> STS 5279/1994 de 30 de junio, FJ. 5.A

de religión. Habría que preguntarse si este precepto formal influiría a largo plazo en la regulación de la enseñanza de religión, en cuanto a su consideración de materia fundamental, ya que no está en el articulado general donde están reguladas todas las disciplinas fundamentales sino en una Disposición Adicional. Reflejando este proceder la posición de aquellos que fundamentan la presencia en el sistema educativo de la enseñanza de religión tan solo en el Acuerdo Internacional sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 1979, y no reconocen que también se fundamenta en el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté conforme con sus propias convicciones y que garantizan los poderes públicos como un derecho que está estrechamente relacionado con la dignidad de las personas y que afecta al desarrollo de la personalidad de los alumnos.<sup>878</sup>

Una vez más se pone de manifiesto que la cuestión de la enseñanza de la religión católica es un problema ideológico, político, pero que debe ser resuelto por cauces jurídicos.<sup>879</sup>

#### 8.2.5.4. Ejecución de las sentencias.

Firmes las sentencias del Tribunal Supremo se procede a su ejecución, a su cumplimiento mediante las siguientes Resoluciones:

Resolución de 17 de octubre de 1994, el Consejo de Ministros dispuso conforme a lo prevenido en la Ley Reguladora del al Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1957, se cumpliera en sus términos la STS de 9 de junio de 1994; Resolución de 22 de junio de 1994 para que se cumpla en sus propios términos la STS de 17 de marzo de 1994; Resolución de 15 de junio de 1994 para la STS de 3 de febrero de 1994 y la Resolución de 6 de febrero de 1995 para que se cumpla la STS de 30 de junio de 1994.

#### 8.2.6. Real Decreto 2438/1994 de 16 de diciembre por el que se regula la enseñanza de la religión.

Por una parte, se procedió a ejecutar las sentencias del Tribunal Supremo de 1994 que anulaban parte de los artículos que regulaban la enseñanza de la religión católica; por otra parte, en 1992 se habían aprobado unos Acuerdos de cooperación entre el Estado Español y las Confesiones Evangélica, Israelita e Islámica; por lo que fue preciso una nueva regulación de la enseñanza de la religión en el sistema educativo. El Ministerio de Educación elaboró un proyecto que, con algunas modificaciones, llegó a ser el RD 2438/1994 de 16 de diciembre.<sup>880</sup>

---

<sup>878</sup> No hay que olvidar que el Acuerdo de 1979, al haber pasado los trámites constitucionales para su aprobación y su publicación como Tratado Internacional, forma parte del ordenamiento jurídico interno español, dentro del cual está la Constitución como norma suprema.

<sup>879</sup> Ibán I.C., *La enseñanza de la religión católica...* cit., pgs. 1219-1221

<sup>880</sup> Consta de un preámbulo, seis artículos, una disposición adicional única, que se refiere a la formación del profesorado y materiales didácticos necesarios, una disposición transitoria y tres disposiciones finales donde se afirma que este RD es norma básica y que se aplicará en el curso 1995-1996. el Proyecto fue sometido a informe del Consejo Escolar del Estado, se envía a la Conferencia de Educación para su estudio y recoge las manifestaciones de los Consejeros competentes de las Comunidades Autónomas. Se informa y comunica a las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas (católica, evangélica, judía e islámica). También fue sometido al Consejo de Estado que emitió su dictamen refiriéndose

#### 8.2.6.1. Características de la regulación de la enseñanza de la religión en el Decreto 2438/1994.

Las características principales de la enseñanza de la religión en este RD son las siguientes:

1) Habla no solo de la enseñanza de la religión católica sino también de las religiones que tiene Acuerdo de cooperación con el Estado Español.

2) Recoge la obligación de los centros de recabar expresamente la decisión de los padres o tutores sobre la opción elegida, esto lo realizarán voluntariamente (artículo 3.1.)

3) La alternativa para los que no opten por la clase de religión, ya no es “actividades de estudio orientadas por un profesor” sino “enseñanzas alternativas”, actividades de estudio alternativas como enseñanzas complementarias y serán obligatorias (artículo 3 párrafos 2 y 4).<sup>881</sup>

4) Si son obligatorias se impartirán como enseñanzas complementarias en horario simultáneo a las enseñanzas de religión.<sup>882</sup>

5) Las enseñanzas alternativas no versarán sobre contenidos incluidos en las enseñanzas mínimas y en el currículo de los respectivos niveles educativos.<sup>883</sup>

6) Tales enseñanzas tendrán un contenido formativo para cada ciclo o curso, orientadas al análisis y reflexión de aspectos de la vida social y cultural que en dos cursos de la Educación Secundaria Obligatoria y uno de Bachillerato versará sobre aspectos culturales con las Religiones, hechos, personajes y símbolos más relevantes...<sup>884</sup>

---

fundamentalmente al carácter de las enseñanzas alternativas, a su contenido y aplicación y a la evaluación de dicha enseñanza.

<sup>881</sup> En el Proyecto esto no queda del todo claro, como así lo recoge el Dictamen del Consejo de Estado al afirmar que “no queda expresado con suficiente claridad si las enseñanzas alternativas a la Religión son obligatorias para aquellos alumnos que no hubiesen optado por esta última o si se admite una tercera situación: la de alumnos que, sin optar por la enseñanza de religión, tampoco sigan las enseñanzas alternativas... Si lo que se pretende es una formación integral del alumno a través de la impartición de la enseñanza de la religión u otras enseñanzas alternativas... admitir la citada tercera situación podría quizás ser contradictoria con el mencionado objetivo. De ahí que sea preciso aclarar esta cuestión, pues las consecuencias de la configuración que se siga será sustancialmente distinta” Comisión Permanente del Consejo de Estado, de 3 de noviembre de 1994, N.1742/94/LD p. 18

<sup>882</sup> Ya no hay duda, no comprende religión o recreo; o religión o nada. Artículo 3.2. RD 2438/1994

<sup>883</sup> El Proyecto solo se refería a las enseñanzas mínimas conforme a lo establecido por el Tribunal Supremo y el Dictamen del Consejo de Estado matizó: “no parece que dicha exclusión deba circunscribirse exclusivamente a las enseñanzas mínimas, sino a todas aquellas del nivel educativo que puedan comportar una puntuación y en definitiva que repercutan en el propio expediente académico, pues solo así se evitará la discriminación en los términos señalados por el Tribunal Supremo”. Ibidem, Comisión Permanente del Consejo de Estado, p. 19.

<sup>884</sup> El Dictamen del Consejo de Estado señalaba que “en lo referente al contenido material de las enseñanzas alternativas a la religión, la regulación contenida en el Proyecto es insuficiente. En primer lugar, porque, al referirse el artículo 3.3. del Proyecto exclusivamente a las enseñanzas alternativas para un curso de la Educación Secundaria Obligatoria y para otro del Bachillerato, podría suscitarse la polémica de si los Centros docentes únicamente tendrán el deber de ofrecer tales enseñanzas en los dos cursos citados. En segundo lugar porque, aún interpretando que las enseñanzas alternativas deben ofertarse en todos los cursos de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato, nada se dice sobre cual será el contenido material de tales enseñanzas alternativas –con la exclusión de los citados cursos-; enseñanzas que razonablemente deberían tener un contenido análogo o similar al previsto para los dos cursos citados. En tercer lugar, el proyecto no se refiere tampoco al contenido de las enseñanzas



7) En cuanto a la evaluación, distingue entre la enseñanza de la religión católica que se realizará del mismo modo que la de las demás áreas o materias del currículo haciéndose constar en el expediente académico de los alumnos las calificaciones obtenidas en Educación Primaria y en Educación Secundaria Obligatoria (artículo 5.1.). Y la evaluación de la enseñanza de otras Confesiones en los mismos niveles mencionados, se ajustará a lo establecido en las normas que disponen la publicación de los currículos correspondientes, haciéndose constar las calificaciones u observaciones pertinentes en el expediente académico de los alumnos (artículo 5.2).

En el Bachillerato, las calificaciones obtenidas en clase de religión no se tendrán en cuenta para obtener la nota media a efecto de acceso a la Universidad, ni en las convocatorias para la obtención de becas y ayudas al estudio que realicen las Administraciones Públicas cuando hubieren de acudir a la nota media del expediente para realizar una selección entre los solicitantes (artículo 5.3.)

Las enseñanzas alternativas no serán objeto de evaluación y no tendrán constancia en los expedientes académicos (artículo 3.4).

En este tema el Consejo de Estado dictaminó que “aunque podría haberse optado por configurar un sistema de evaluación y calificación de las enseñanzas religiosas y también de las enseñanzas alternativas, con el correspondiente reflejo en ambos casos en el expediente académico lo que disiparía, a su vez, las dudas suscitadas acerca del alcance de la exigencia de que la religión católica sea incluida en los planes de estudio en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales. Sin embargo no es a priori rechazable la admisibilidad del sistema propuesto en el que no evalúan las enseñanzas alternativas, pues es legítimo disponer que la existencia de una asignatura más –estas enseñanzas alternativas- y su eventual calificación no dependa, sin más, del ejercicio por otros de su derecho a elegir para sus hijos la enseñanza de religión.”<sup>885</sup>

La explicación que da el RD del hecho de que no se tendrán en cuenta la calificación de la enseñanza de la religión a efectos de nota media, en determinados supuestos, es el principio de igualdad entre los alumnos, del mismo modo que entre todos los ciudadanos, que no han de verse discriminados por razón de la religión que profesen, circunstancia que ha de ser evitada, tanto en sentido negativo como positivo, por parte de un Estado aconfesional. Por esta cláusula relativa a la evaluación en el Bachillerato no se restringe indebidamente el tratamiento de la enseñanza de la religión como área o materia educativa en condiciones equiparables a las demás enseñanzas fundamentales.<sup>886</sup>

#### 8.2.6.2. Aspectos conflictivos de esta regulación.<sup>887</sup>

Los aspectos conflictivos y no muy claros podrían resumirse en los siguientes puntos:

1) No se contempla la enseñanza de religión ni en el segundo ciclo de la Educación Infantil ni en los ciclos formativos de grado medio de Formación Profesional (artículo 1 del RD).

---

alternativas ni en el segundo ciclo de la Educación Infantil ni en la Educación Primaria, niveles en los que también deben impartirse”. Comisión Permanente del Consejo de Estado... cit., p. 19

<sup>885</sup> Ibidem...cit., p. 23

<sup>886</sup> Preámbulo del RD 2438/1994

<sup>887</sup> De la Cierva M.R., Acuerdos sobre enseñanza... cit., pgs. 394-395

2) No se contempla la existencia del Departamento de Religión. Según manifiesta la Iglesia y el sector católico, es un requisito indispensable para que la enseñanza de la religión tenga un tratamiento en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.

En torno a este tema la Asociación Profesional de Profesores de Religión en Centros Estatales interpuso un recurso contra el RD 83/1996 de 26 enero que aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria, en base a que la no inclusión de la asignatura de religión entre aquellas para las que explícitamente se dispone la existencia de un Departamento Didáctico<sup>888</sup> conculca el principio de su equiparación con las demás disciplinas fundamentales al que alude el artículo II del AEAC y vulnera el artículo 27.3 CE.

El Tribunal Supremo desestima el recurso manifestando que la equiparación del Acuerdo de 1979 no se extiende de *manera necesaria* a los aspectos organizativos ni exigen un tratamiento departamental igual a las demás disciplinas fundamentales. Hace una enumeración de las características y peculiaridades de la enseñanza de la religión, según el propio Acuerdo de 1979 y añade, en su mención, el artículo 68.5 del Reglamento impugnado, que atribuye a los profesores que imparten las enseñanzas correspondientes a las distintas religiones, la competencia para elaborar la programación didáctica de las mismas; todo ello obliga a descartar que la diferencia organizativa de la que arranca la tesis impugnatoria pueda ser determinante de la “falta de capacidad del docente encargado de impartir tal enseñanza” o de “la incapacidad de formar al alumno en esa materia” o, en fin, de que “la enseñanza que reciban sobre esa materia sea irreconocible”, citadas por la parte recurrente como consecuencia que anula a aquella diferencia.

Y concluye afirmando que ni la diferencia organizativa es irrazonable o incongruente dada la singularidad de la asignatura de que se trata, ni tiene aptitud para causas lesión alguna en el derecho fundamental antes citado.<sup>889</sup> Considero que la conclusión de esta resolución no facilita la función del profesor de religión.

3) Las enseñanzas alternativas no serán objeto de evaluación y por tanto se mantiene la discriminación desde el punto de vista del sector católico (artículo 3 .4 del RD).<sup>890</sup>

4) La enseñanza de religión se evalúa como el resto de las áreas o materias, excepto en el Bachillerato, que no se computa su evaluación en la obtención de nota media a efectos de acceso a la Universidad, obtención de becas o ayudas de estudio. (artículo 5.3. del RD).

Ante esta situación una vez más se interponen una serie de recursos por Asociaciones, Confederaciones, Obispos y arzobispos ante el Tribunal Supremo, que dan lugar a las sentencias correspondientes.<sup>891</sup>

---

<sup>888</sup> Artículo 40.b) del RD 83/1996

<sup>889</sup> STS 7629/1998 de 28 de septiembre.

<sup>890</sup> Habría que recordar el Dictamen del Consejo de Estado al señalar que “se podría haber optado por configurar un sistema de evaluación y calificación, que ambas enseñanzas –religión y alternativa– constaran en el expediente académico ya que dispararía las dudas suscitadas sobre el alcance de la exigencia de que la religión católica sea incluida en los planes de estudio en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”.

<sup>891</sup> A las que nos referiremos más adelante, ya que son de fecha posterior a las Disposiciones Reglamentarias que desarrollan el presente RD.

### 8.2.7. Disposiciones Reglamentarias que desarrollan el RD 2438/1994 de 16 de diciembre.

Se dicta la Orden de 3 de agosto de 1995 por la que se regulan las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de la religión establecida por el RD 2438/1994. Esta regulación es completada por dos Resoluciones de la Dirección General de Renovación Pedagógica:

- Resolución de 16 de agosto de 1995 sobre actividades de estudio alternativas a las enseñanzas de la religión en la Educación Primaria, en el primer ciclo de la Educación Secundaria y en el segundo curso de Bachillerato.

- Resolución de 16 de agosto de 1995 sobre actividades de estudio alternativas a la enseñanza de la religión en lo relativo a las actividades de “Sociedad, Cultura y Religión” para los cursos tercero y cuarto de la Educación Secundaria Obligatoria y primero de Bachillerato.

#### 8.2.7.1. La Orden de 3 de agosto de 1995 que regula las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de religión.

La Orden de 1995 -que define estas actividades alternativas y fija los contenidos generales en orden a los que han de organizarse- distingue:

▶ Para la Educación Primaria y primer ciclo de la ESO y segundo de Bachillerato, actividades de enseñanzas que tendrían la finalidad de *facilitar el conocimiento* y la apreciación de determinados aspectos de la *sociedad, cultura y las artes*, en su dimensión histórica o actual, no incluidos entre los que en cada centro se proponga desde las diferentes áreas o materias, y que consistirán en análisis, comentarios de textos, imágenes y composiciones musicales previamente seleccionados y adaptados a la edad de los alumnos (artículo 2, párrafos 1 y 2).

▶ Para el segundo ciclo de la ESO y primero de Bachillerato, actividades que se refieran a manifestaciones escritas, plásticas y musicales de las diferentes religiones, en dos dimensiones: una referida al conocimiento de hechos, personales y símbolos de las distintas religiones y otra que tienda a la reflexión sobre la influencia del hecho religioso en el pensamiento, cultura y vida social, que debe propiciar un espíritu de tolerancia y reflexión sobre las demás religiones (artículos 2.3 y 5.2).

#### 8.2.7.1.1. Régimen académico.

La Orden se remite al artículo 3.4 del RD 2438/1994 en lo que se refiere al régimen académico de tales actividades que deberán realizarse en horario simultáneo a la enseñanza de religión y no serán evaluables, ni tendrán constancia en el expediente académico del alumno, *pero añade* que “a petición de los interesados” los centros podrán extender una acreditación de las actividades realizadas.<sup>892</sup>

#### 8.2.7.1.2. Organización.

En cuanto a la organización de tales actividades distingue: en los centros públicos, el Claustro de profesores, a propuesta de la Comisión de Cooperación

---

<sup>892</sup> Artículo 3, párrafos 1 y 3 de la Orden de 1995.

Pedagógica se encargará de la selección y aprobación de las actividades alternativas que habrán de organizarse. Y en los centros privados, los encargados serán los Directores a propuesta de los profesores (artículo 4, párrafos 2 y 3).

#### 8.2.7.1.3. Profesorado.

El profesorado que ha de impartir dichas actividades alternativas: en los centros de Educación Primaria e Institutos de Educación Secundaria correrá a cargo de maestros y profesores de secundaria que quieran realizarlo de forma voluntaria. En su defecto, los maestros y profesores de secundaria según su disponibilidad de horario y correspondencia entre su especialidad y la actividad alternativa (artículo 6.1.)

Cuando se trate de actividades correspondientes al segundo ciclo de la ESO y primero de Bachillerato, en defecto de profesores de secundaria voluntarios se encargarán los profesores de secundaria especializados en Filosofía, Geografía e Historia, Lengua Castellana y Literatura, Lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, Latín y Griego y de Idiomas modernos (artículo 6.2.).

8.2.7.2. La Resolución de 16 de agosto de 1995 sobre actividades de estudio alternativas a la enseñanza de religión en Educación Primaria, primer ciclo de la ESO y en segundo curso de Bachillerato.

Realiza una enumeración ejemplificativa de una serie de actividades que han de realizarse en un marco de trabajo cooperativo preferentemente. El alumno ha de participar en varios repertorios de actividades según sus preferencias e intereses.

#### 8.2.7.2.1. En Educación Primaria.

En este nivel los temas se organizarán en CICLOS<sup>893</sup> como Cine-Video, Colecciones, “Tradicionarios” y Compilaciones, Formación de grupos musicales, Audición y Organización de conciertos, Charlas-conferencias, Gastronomía, Narraciones orales.

Y PROYECTOS que se realizarían de la siguiente forma: elección del tema, elaborar un índice de cuestiones que interesasen plantear o tareas que fueran preciso realizar. Una vez reunidas las fuentes documentales y conocidas las tareas que se habrían de hacer, elaborar un pequeño dossier. Ello pasaría a la Biblioteca del Centro y a las Aulas. Estos proyectos serán: confección de una guía de la localidad, comarca, región; Música y juegos del mundo; Otros pueblos y otras culturas; Taller de construcción; Taller de juegos, de prensa, de publicidad, de televisión; Tareas de apoyo a la Biblioteca escolar.

#### 8.2.7.2.2. En el primer ciclo de la ESO y segundo curso de Bachillerato.

En este amplio repertorio de actividades que han de realizarse se recoge la finalidad que se persigue, se indica el Departamento o profesorado más idóneo u oportuno para impartirla y se ofrecen como actividades las siguientes: Topográficas, de América Latina, Aprendiendo a conocerse, Arte y Matemáticas, Asociaciones de jóvenes, Audiciones Musicales, Biblioteca, Ciencia y Fantasía, Colecciones, Debates sobre temas de actualidad, Democracia Paritaria, Dilemas morales, Dramatizaciones, Exposiciones, Fiestas Populares, Guía de nuestra localidad o Comarca; así como Juegos

---

<sup>893</sup> Que los recoge en su Anexo I

y Deportes autóctonos y populares, Juegos Lógicos, Ocio y tiempo libre, Otros pueblos y otras culturas, Taller de construcción, y una gran variedad de actividades de Ciencias de la Información y de la Imagen, como Historia del cine, Nuestra Revista, Periódico anual, Radio escolar, Taller de ciencia-ficción, Taller de Fotografía, de Prensa, de Publicidad, de Televisión, de Video, Correspondencia. Siendo los Departamentos más apropiados una gran variedad de ellos, desde el Departamento de Plástica y Visual, al de Tecnología, Lengua y Literatura, Física y Química, Geografía e Historia...

Todo ello, hay que recordar, como alternativa a la enseñanza de la religión y entre el amplio repertorio de modelos de actividades de enseñanza se encontraba también los *Juegos deportivos-recreativos*, se afirmaba que son especialmente apropiados para su práctica en momentos de ocio cotidiano y vacacional,<sup>894</sup> por ejemplo, el frisbee, las palas, las cometas, la indiacá, y *Juegos de mesa y pasatiempos*, manifestando que poseen un alto valor educativo, que contribuyen al desarrollo de la atención, memoria y capacidad de resolución de problemas y favorecen la socialización del alumnado, juegos tales como adivinanzas, crucigramas, damero, naipes, parchís, oca, tres en raya...

Se interpuso recurso que dio lugar a la sentencia que a continuación comentamos.

#### 8.2.7.2.3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 544/1998 de 20 julio.

Es una resolución que resuelve aspectos conflictivos y dudas que se dan en esta materia.

La Confederación Católica de Padres de Familia y Padres de Alumnos (CONCAPA) presentó recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 16 de agosto de 1995 y la Resolución de 30 enero de 1996 del Secretario de Estado de Educación que confirma la anterior resolución, en base a que vulnera lo dispuesto en el RD 2438/1994, artículo 3 y la Orden de 3 de agosto de 1995, artículo 2, ya que la Resolución recurrida prevé actividades en cuyo desarrollo no participan todos los alumnos del centro, en segundo lugar, no tiene en cuenta que dichas actividades han de desarrollarse en horario simultáneo a aquel a que se estudia la religión, y en tercer lugar, en cuanto al tipo de actividades propuestas son variadas, siendo muy diferente el valor pedagógico y educativo entre ellas, las cuales carecen del nexo común de fomentar de igual manera la formación integral del alumno. Y en base a que vulnera el artículo 27.3 CE, en función del carácter disuasor que para los alumnos tiene las actividades alternativas a la religión, la mayoría de carácter lúdico, lo que limita el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral acorde con sus convicciones.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid,<sup>895</sup> estima parcialmente el recurso, realiza un resumen de los requisitos que han de cumplir las actividades alternativas y procede a comprobar si se cumplen, resolviendo lo siguiente: el primer motivo no lo estima porque las actividades en cuyo desarrollo pueden participar todos los alumnos del curso, por ejemplo un periódico, serán desarrolladas por los alumnos que no hayan optado por la enseñanza de religión, en horario simultáneo, dando la posibilidad a aquellos alumnos que sí cursen religión a participar en ellos de manera voluntaria fuera

---

<sup>894</sup> Parece recordar a la cuestión debatida de enseñanza de religión o recreo.

<sup>895</sup> Sentencia número 544/1998 de 20 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección novena, siendo Magistrado Ponente D. Ramón Verón Olarte.

de dicho horario, no infringiendo dicha opción los principios establecidos en las disposiciones citadas.

El segundo motivo tampoco lo estima porque dicha Resolución *tan solo regula de manera orientativa los tipos de actividades a elegir* en cada centro educativo sin hacer referencia al horario o tiempo de duración de las mismas, el cual será fijado en cada programa concreto, que será el que en su caso pueda infringir dicha simultaneidad, pudiendo entonces ser impugnado.

El tercer motivo relativo al tipo de actividades incluidas, que tienen por finalidad el conocimiento y apreciación de determinados aspectos de la vida social y cultural y la forma de lograrlo ha de ser a través del análisis y comentario tanto de imágenes o composiciones musicales. En general las actividades contempladas en la Resolución recurrida cumplen tales finalidades a excepción de las incluidas bajo la rúbrica “*juegos deportivos-recreativos*” y *juegos de mesa y pasatiempos, los cuales tienen una función puramente recreativa, y, en ningún caso, podrían consistir, aún interpretado de forma laxo y flexible, en el análisis y comentario de imágenes o composiciones musicales*. Por lo que anula la mentada Resolución en cuanto se prevé suprimiendo de la misma como actividades alternativas a la Religión las comprendidas en las rúbricas “Juegos deportivos-recreativos” y “Juegos de mesa y pasatiempos” que se consideran contrarias a derecho.

En cuanto a la vulneración del artículo 27.3 CE lo desestima y se remite a la STS de 31 de enero de 1997, fundamento jurídico segundo.

8.2.7.3. Resolución de 16 de agosto de 1995 sobre actividades de “Sociedad, Cultura y Religión”, durante el segundo ciclo de la ESO y primer curso del Bachillerato.

Estas actividades tendrán como finalidad contribuir al desarrollo de los objetivos y capacidades generales de la etapa correspondiente (artículo 2), se organizarán en módulos de trabajo (artículo 3) y en los dos primeros módulos se atenderá fundamentalmente a aspectos históricos, literarios y artísticos, incluyendo obras cinematográficas. En primero de Bachillerato se propiciará una reflexión filosófica en torno al hecho religioso y sus implicaciones en la sociedad y la cultura (artículo 4), a tal fin se distribuirá una guía de trabajo que ayude a los profesores en el desarrollo de los módulos (artículo 5), encomendándose preferentemente a profesores de Filosofía (artículo 6).

En el Anexo se recoge el contenido de estas actividades, son las siguientes:

*Tercer curso (ESO):* 1. Historia y religión del pueblo de Israel. La tradición bíblica. 2.El Cristianismo primitivo y su desarrollo. 3. Catolicismo en la sociedad y en las instituciones de la Europa Medieval. 4. El Islam: Doctrina, civilización y cultura. 5. Humanismo, Reforma y Contrarreforma. Guerras de Religión. Tolerancia. 6. Las tres culturas religiosas en la Península Ibérica y su proyección externa.

*Cuarto curso (ESO):* 1. El Cristianismo en América. 2. Evolución de las confesiones cristianas en Occidente. 3. Cristianismo, Ilustración y Revoluciones liberales. 4. Movimientos sociales, políticos, culturales y religiosos en el siglo XIX. 5. Cristianismo

en el siglo XX. 6. Islam Contemporáneo: tradicionalismo, reformismo y revisionismo crítico. 7. Judaísmo: tradición y modernidad.

*Primero de Bachillerato*: 1. El hecho religioso. Formas y manifestaciones. 2. Dios y el hombre en las religiones monoteístas. 3. La razón y la fe. Teísmo, agnosticismo, fideísmo, ateísmo. Teología y mística. 4. Política y religión. Las relaciones Iglesia-Estado. Libertad religiosa, tolerancia y fundamentalismo. 5. Sociedad y religión. La “religión civil”. Laicismo. 6. Ética y religión. Ética pública y ética privada. 7. El hecho religioso en la Constitución Española.<sup>896</sup>

#### 8.2.7.4. Regulación en algunas Comunidades Autónomas.

Cabe mencionar:

❖ En la Xunta de Galicia, se dicta la Orden de 4 de octubre de 1995<sup>897</sup> por la que se regulan las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de religión, establecidas por el Decreto 235/1995 de 20 de julio<sup>898</sup> para las enseñanzas de régimen general en la Comunidad Autónoma de Galicia; autoriza en su disposición última a la Dirección General de Ordenación Educativa y Centros para dictar las normas precisas para la ejecución de lo establecido en dicha Orden. Y la Resolución de 25 de septiembre de 1996, de la Dirección General de Ordenación Educativa y Formación Profesional, por la que se dictan normas para el desarrollo de lo dispuesto en la Orden de 4 de octubre de 1995 en relación con la cultura religiosa.

❖ Comunidad Autónoma de Navarra: Orden Foral 268/1995 de 23 de mayo<sup>899</sup> del Consejero de Educación y Cultura, por la que se regula la Actividad Educativa Organizada (AEO) para el segundo ciclo de la Educación Infantil y para la etapa de la Educación Primaria; Orden Foral 269/1995 de 23 de mayo<sup>900</sup> para la etapa de Educación Secundaria Obligatoria.

❖ Comunidad Valenciana: Orden de 17 de julio de 1997<sup>901</sup> de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia, por la que se regulan las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de religión establecidas por el RD 2438/2994 de 16 de diciembre.<sup>902</sup> Y la Resolución de 24 de julio de 1997 de la Dirección General de Ordenación e Innovación Educativa y Política Lingüística, que desarrolla la Orden de 17 de julio de 1997<sup>903</sup> estableciendo el contenido de las actividades de estudio alternativas para el segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria y primer curso de Bachillerato.

---

<sup>896</sup> Ante la publicación de tales Resoluciones la Iglesia manifiesta su discrepancia y afirma que : 1) queda sin resolver los problemas de fondo, no se respeta el AEAC, no se reconoce el carácter fundamental, ya que las alternativas no son homologables académicamente con la Religión, no son evaluables y hay vaguedad e indefinición en los contenidos. 2) es una oferta inaceptable ya que el valor que contiene la alternativa “Sociedad, Cultura y Religión” como referencia preceptiva para los Centros, queda viciado y desvirtuado en su raíz por la inconsistencia académica derivada de su falta de evaluación, y estas actividades son meramente indicativas y con carácter de propuesta para los Centros que no elaboren las propias.

<sup>897</sup> DOG de 8 de noviembre de 1995

<sup>898</sup> DOG de 10 de agosto de 1995

<sup>899</sup> BON de 19 de junio de 1995

<sup>900</sup> BON 23 de junio de 1995

<sup>901</sup> DOGV de 24 de julio de 1997

<sup>902</sup> 97/X9278

<sup>903</sup> 97/9348

#### 8.2.8. Resoluciones del Tribunal Supremo por recursos presentados contra el RD 2438/1994.

Se trata de sentencias que desestiman todos los recursos presentados con argumentos similares en todas ellas.

##### 8.2.8.1. Enumeración de las sentencias:

► STS 597/1997 de 31 de enero.- Desestima el recurso 87/95 de la Asociación Juvenil de Encuentros, Asociación de Padres de alumnos del Colegio San Ignacio y D<sup>a</sup> G.J., presentado por el cauce procesal de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre contra los artículos 3, 5.3 y 6.3. del RD 2438/1994, y contra sus Disposiciones adicional única y final primera. Siendo parte recurrida la Administración del Estado, la Comisión Islámica de España, y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. Los demandantes consideran que las enseñanzas alternativas vulneran el artículo 27.3 ya que la naturaleza y contenido de tales estudios no son de carácter moral aconfesional; y vulneran el artículo 14 CE al no ser evaluables y no constar en los expedientes académicos, además de constituir un elemento disuador de la elección y discriminatorio, ya que quien opte por la religión deberá soportar más carga lectiva y aprobar una asignatura más.

► STS 919/1998 de 26 de enero.- Desestima el recurso 1/123/95 de la Confederación Católica Nacional de Padres de Familia y Padres de Alumnos (CONCAPA) solicitando la nulidad del artículo 3 párrafos 2, 3 y 4 y artículo 5.3 ya que vulneran el principio de igualdad y no discriminación, el principio de seguridad jurídica y se desvirtúa el principio de formación integral de la personalidad humana.

La nulidad de los artículos 3.4 y 5.3, dado que el artículo 10 del RD 1178/1992 de 2 de octubre solo permite cursar el segundo curso de Bachillerato a los alumnos que no hayan obtenido evaluación negativa en más de dos materias del primero y que obliga a repetir ese segundo curso en su totalidad a los alumnos que a su término tuvieran pendientes de evaluación positiva más de tres materias por los que “resultan discriminados los alumnos que opten por la enseñanza de la religión que deben obtener calificación positiva en una materia más que los que no la elijan”

Vulnera la exigencia de seguridad jurídica por la indefinición del artículo 3.2. acerca de a quien se hace la propuesta y si ésta puede contener varias alternativas, lo que supone la adopción de distintas soluciones.

Y el artículo 3.3. habla de “durante dos cursos de la ESO y durante otro de Bachillerato” y no especifica a quien corresponde determinar los cursos concretos en que las actividades de estudios versarán sobre esos contenidos, con posibilidad de ruptura del ciclo de aprendizaje,...desvirtuándose el principio constitucional de formación integral de la personalidad humana.

► STS 3634/1998 de 14 de abril.- Desestima Recurso 225/1995 de la Asociación Profesional de Profesores de Religión en Centros Estatales, varios particulares, 18 Arzobispados y Obispados de España, contra los artículos 3, 5.3 y 6.3. del RD 2438/1994, así como contra su disposición adicional primera y de cuantos preceptos se refieran a la enseñanza de la religión católica y a las enseñanzas complementarias o alternativas por vulnerar los artículos 27.3 y 14 y 16.2 CE, al constar en el expediente académico del alumnos el haber cursado religión o enseñanza alternativa, así como el



artículo II AEAC que dispone que la enseñanza de religión ha de ser impartida en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.

► STS 3636/1998 de 15 de abril.- Desestima el recurso de la Sociedad Española de Profesores de Filosofía (SEPM) y varios, por vulnerar los artículos anteriormente mencionados.

#### 8.2.8.2. Argumentos utilizados por el Tribunal Supremo.

##### 8.2.8.2.1. *No vulnera el artículo 27.3 CE* el RD 2438/1994 de 16 de diciembre.

Por el hecho de que la Administración haya optado por que las actividades de estudio alternativas no sean de un contenido total y estrictamente dirigido a la docencia moral, sino a la ampliación de conocimientos culturales de carácter general, con un especial llamamiento en determinados cursos a los hechos y fenómenos religiosos.

Y ello es así, según el Alto Tribunal, porque “parte de principios, garantías y mandatos, al calificar el contenido del artículo 27 CE, los apartados 1 y 2 delimitan el sistema unitario y obligatorio que a todos alcanza; el apartado 3 supone el respeto a la libertad de los ciudadanos para que puedan elegir para sus hijos una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones, entendido esto como un *plus* que, siendo compatible con los objetivos del artículo 27.2 CE como obligatorios para toda la educación sin embargo *no están comprendidos necesariamente en los mismos*, por lo que dando lugar a la prestación garantizada por los poderes públicos, nadie resulta obligado a servirse de ella, ni nadie está legitimado por la Constitución para imponer a los demás la enseñanza de cualesquiera otras religiones o sistema morales, dependientes de las convicciones personales...y más en el caso de que consideren que el contenido ordinario y obligatorio de la enseñanza es suficiente para atender a las exigencias de conductas y conocimientos morales que quieran para sus hijos.”<sup>904</sup>

Y añade que “el sistema educativo de la LOGSE está impregnado de ese sentido moral que se propugna constitucionalmente, de tal forma que, en virtud del efecto de “*transversalidad*” se está inculcando en los alumnos los valores morales<sup>905</sup> en todas las asignaturas que se les imparten, como claramente lo ha dejado expresado el artículo 2.3 cuando dispone que las actividades educativas se desarrollarán atendiendo a los siguientes principios: a) la formación personalizada que propicie una educación integral en conocimientos, destrezas y valores morales de los alumnos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar, social y profesional”.<sup>906</sup>

##### 8.2.8.2.2. *No vulnera el artículo 14 CE*.

Afirma que no existen elementos discriminatorios en el RD 2438/1994 al estar vedado que las actividades alternativas versen sobre contenidos incluidos en las enseñanzas mínimas y en el currículo de los respectivos niveles educativos. “No es razonable aceptar que quien desee valerse de *una garantía constitucional de formación religiosa* –no obligada para quien no se acoja voluntariamente a ella- tengan un derecho constitucional de imponer que las condiciones pactadas para su prestación en orden a la

<sup>904</sup> STS 579/1997 de 31 de enero, FJ.2.

<sup>905</sup> Entendido como noción en sentido cívico y aconfesional: pleno desarrollo.. (artículo 27.2 CE)

<sup>906</sup> STS 3634/1998 de 14 de abril, FJ.3

evaluación se extienda a actividades alternativas no cubiertas con dicha garantía, y *cuya misma existencia es una mera consecuencia del reconocimiento de aquella garantía*, de modo que, tales actividades no serían necesarias programarlas si no fuera preciso que los poderes públicos estuviesen obligados constitucionalmente a atender a la enseñanza religiosa en los términos indicados... constituiría una carga desproporcionada para los alumnos no inscritos en la enseñanza religiosa que, además de ver intensificado su horario lectivo con las actividades alternativas, además se les impusiera la evaluación de las mismas”.<sup>907</sup>

Y subraya que la parte actora<sup>908</sup> no propugna que se quite la evaluabilidad de la enseñanza religiosa en base al Acuerdo de 1979 (...). Habla de la complejidad inherente a la regulación de esta materia, que se trata de situaciones jurídicas distintas, pero que se salvaguarda la libertad de opción entre unos estudios y otros. Desde esta perspectiva la norma impugnada satisface esas exigencias de razonabilidad y de salvaguarda de la libertad de opción, pues *conjuga el mandato del Acuerdo de 1979 y otras previsiones de proporcionalidad y de exclusión de desigualdad*, y así se evita que como mero efecto de la legítima opción de unos de recibir enseñanza religiosa, se traslade a quienes –no menos legítimamente optan por la enseñanza alternativa- una carga desproporcionada. Y se evita -a través del artículo 5.3- que ese distinto régimen de evaluación pueda llegar a incidir en ámbitos de especial trascendencia para el alumno, y en cuanto tales, aptos para incidir o afectar a la libertad de opción.<sup>909</sup>

Y por otra parte, “el derecho de los alumnos, reconocido en el artículo 6.1.b) de la LODE no es una evaluación en todas las asignaturas, como alegan los demandantes, sino a una evaluación con criterios objetivos, siendo en esta objetividad en donde radica ese derecho, debiendo observarse, claro está, en las asignaturas que deban evaluarse, no en aquellas actividades que por las razones apuntadas en las sentencias transcritas no tienen que someterse a evaluación”.<sup>910</sup>

#### 8.2.8.2.3. *No vulnera el artículo 16.2 CE.*

Afirma que “el sistema ha variado las normas actualmente impugnadas, preocupándose el artículo 3 del RD 2438/1994 de consignar que la manifestación de que se opta por la enseñanza de religión se hará “voluntariamente” y si falta esta manifestación se recibirán por el alumno las enseñanzas alternativas, con ello se consigue eliminar el carácter imperativo de la elección...<sup>911</sup> si bien no pasa desapercibido por esta Sala el hecho de que la preferencia por unos determinados estudios religiosos permita suponer unas determinadas creencias y convicciones, pero ante las dificultades que entraña conciliar todos los elementos de un sistema complejo en que se barajan derechos constitucionales, Acuerdos internacionales y ordenación armónica de la estructura educativa ya es bastante conseguir que el mero hecho de la elección de una religión, no suponga, de modo absoluto e incontestable, la profesión de la misma, sobre todo en el estado actual de nuestra sociedad, en el que predomina la diversidad de actitudes e inquietudes ante distintos fenómenos espirituales, culturales y filosóficos”.<sup>912</sup>

---

<sup>907</sup> STS 579/1997 de 31 de enero FJ.3.

<sup>908</sup> En este caso la CONCAPA

<sup>909</sup> STS 919/1998 de 26 enero, FJ.3

<sup>910</sup> STS 3634/1998 de 14 de abril, FJ.3

<sup>911</sup> Ibidem. FJ. 5.

<sup>912</sup> STS 3636/1998 de 15 de abril, FJ.3

#### 8.2.8.2.4. No vulnera el artículo II del AEAC de 1979.<sup>913</sup>

El Tribunal se pronuncia sobre qué ha de entenderse por “condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales” que dispone el artículo II AEAC de 1979 y hace dos observaciones: a) *el término “equiparable”, como ha señalado el Consejo de Estado, es netamente diferenciable del de “identidad”*; b) *lo prohibido por el ordenamiento jurídico no es tanto la desigualdad de trato como la desigualdad carente de una justificación objetiva y razonable.*<sup>914</sup> Y concluye diciendo que *en el Bachillerato no se evalúa la enseñanza de religión porque las calificaciones ya tienen aspectos competitivos y que la equiparación no comprende aspectos organizativos sino educativos “de enseñanza”*.<sup>915</sup>

#### 8.2.8.2.5. No se vulnera el artículo 9.3. CE.

Manifiesta que “de las omisiones que denuncia la parte recurrente podrá tal vez derivarse la necesidad de normas complementarias, pero no se sigue razonablemente un grado de incertidumbre capaz de afectar a la seguridad de opción por unas u otras enseñanzas, ni se deriva la vulneración de normas de rango superior jerárquico o de principios generales de ineludible observancia”.

Todas las sentencias hasta aquí mencionadas han seguido una línea argumental y de actuación similar, siendo los pronunciamientos del Alto Tribunal igualmente similares y desestimatorios de los recursos presentados. La sentencia a que nos vamos a referir a continuación, la parte recurrente da unos argumentos diferentes aunque también considera vulnerados los artículos 9 y 14 CE, y el Tribunal también desestima el recurso.

#### 8.2.8.3. Sentencia del Tribunal Supremo 3941/1998 de 1 de abril.

Desestima el recurso 202/95 presentado por la Confederación Española de Asociaciones de Padres de Alumnos (CEAPA)<sup>916</sup> solicitando la anulación del artículo 3, apartados 2, 3 y 4 y artículo 4 en su totalidad del RD 2438/1994.

##### 8.2.8.3.1. Fundamento jurídico del recurso.

La parte recurrente considera que dichos preceptos vulneran los artículos 9 y 14 CE, y lo establecido en el Título II y III de la LODE, ya que introducen discriminación entre los alumnos que no opten por la clase de religión pues el RD impugnado les obliga a realizar, con carácter obligatorio, actividades de estudio. Consideran que el ejercicio positivo de un derecho por parte de algunos ciudadanos no puede engendrar obligaciones para aquellos otros que no lo ejercitan. Y el artículo 4 vulnera lo establecido en los Títulos II y III de la LODE.

---

<sup>913</sup> En sentencia 579/1997 el Alto Tribunal señaló: “no le corresponde pronunciarse acerca del concepto “condiciones equiparables” del Acuerdo de 1979, ya que se trata de un proceso especial de protección de los derechos fundamentales, ello sería posible en un proceso ordinario”.

<sup>914</sup> Se remite a la STS 919/1998 de 26 de enero.

<sup>915</sup> STS 3634/1998 de 14 de abril, FJ. 5

<sup>916</sup> Confederación que se define como aconfesional.

#### 8.2.8.3.2. Desestimación del recurso.

El Tribunal declara conforme a Derecho el RD impugnado, afirmando que “en el supuesto de que no se les impusiera tales actividades alternativas, ello supondría una penalización de la religión y un motivo disuasorio en contra de ella pues se dejaría a los alumnos que no opten por ninguna enseñanza religiosa en una situación ventajosa respecto de aquellos, pues tendrían menos horas de clase, menos actividades a realizar con la posibilidad de dedicar esas horas a juegos y ocio, lo que atraería a la mayoría de los alumnos a no optar por ninguna clase de religión, de lo cual se desprende que no existe la discriminación descrita por los recurrentes”.<sup>917</sup>

En cuanto al artículo 4 del RD que vulnera artículos de la LODE “es evidente que el Claustro de Profesores y Asociaciones de Padres de Alumnos carecen de capacidad para desarrollar el currículo de los diferentes niveles educativos, de las diferentes confesiones religiosas que al amparo del artículo 3.3. pueden establecer enseñanzas alternativas y complementarias, competencias que escapan del control del Consejo Escolar que tiene carácter laico o no confesional, y no debe intervenir ni en la determinación del currículo de las enseñanzas de religión ni en las determinaciones sobre libros y materiales correspondientes de dichas enseñanzas, de conformidad con los respectivos Acuerdos suscritos entre el Estado Español y las respectivas Confesiones religiosas en cuanto corresponden al terreno de las libres convicciones o creencias personales que no pueden ser impuesta a nadie, de ahí y dado su carácter íntimo y moral que se deje a cada confesión religiosa la elaboración de los programas y títulos y materiales que necesitan para su desarrollo, sin que ello suponga contradicción alguna con la LODE”.<sup>918</sup>

#### 8.2.9. Posiciones Doctrinales.

Antes de la presente regulación y los pronunciamientos del Tribunal Supremo, recordemos, las posturas doctrinales eran muy diversas y ahora siguen siendo igualmente divergentes y contrarias. Así están los que consideran que la pretensión establecida en los Acuerdos con la Iglesia católica solo puede interpretarse como un reflejo de la función que tuvo esta disciplina en el marco de un Estado confesional donde la religión católica no solo era una opción religiosa personal sino una doctrina integradora política, jurídica y socialmente. Una interpretación singular veda cualquier iniciativa tendente a establecer una alternativa obligatoria de la religión, de forma que la única alternativa válida será la enseñanza de otras doctrinas religiosas o concepciones filosóficas que libremente elijan los alumnos, y si no eligen ninguna alternativa, lo más respetuoso con la libertad ideológica y religiosa será naturalmente el recreo.<sup>919</sup> Hay que recordar que el RD 2438/1994 señala expresamente que las enseñanzas alternativas serán obligatorias para los que no opten por la Religión (artículo 3).

Otros autores afirman que sería más compatible con un sistema como el español, el establecimiento de un modelo, bien de enseñanza religiosa no confesional de tipo marcadamente formativo cuyos contenidos, tanto material como pedagógico, estuvieran establecidos por las autoridades académicas competentes y en todo caso, colaborasen las confesiones religiosas, o bien de enseñanza de la religión fuera del ámbito educativo

<sup>917</sup> STS 2941/1998 de 1 de abril, FJ. 2, apartado 4.

<sup>918</sup> Ibidem, FJ.3

<sup>919</sup> Souto Paz, J.A., *La comunidad política...* cit., pgs 473-474

como actividad propia de las confesiones; en este segundo supuesto fuera del currículo del alumno, mientras que en el primero podría incluirse dentro del mismo.<sup>920</sup>

En una posición distinta se encuentran los que opinan que el carácter fundamental de esta enseñanza, en juego con el principio de no discriminación, siendo voluntaria para el alumno, solo se mantiene si esa voluntariedad en la elección es compensada por otra asignatura o materia igualmente fundamental, sujetas ambas a pruebas y a evaluación.<sup>921</sup>

Otro sector recuerda que existe un Acuerdo válidamente celebrado y en vigor, que a nivel de Bachillerato, parece evidente que no se produce la exigida equiparación a las demás disciplinas fundamentales, puesto que las calificaciones obtenidas en tal enseñanza no se computan en la obtención de nota media, a diferencia de lo que ocurre con las demás disciplinas fundamentales. Éstas, *pero no aquellas*, se toman en cuenta para valorar “con carácter objetivo”, la madurez académica de los alumnos y los conocimientos adquiridos<sup>922</sup> lo que supone una obvia diferencia de trato. Y parece ignorarse que la letra del reiterado Acuerdo no equipara la enseñanza de la religión católica con las disciplinas alternativas que eventualmente puedan establecerse, sino con las fundamentales, incluso a la hora de obtener notas medias.<sup>923</sup>

Considero que esta opinión es coherente, jurídicamente hablando, con la regulación del Acuerdo sobre Enseñanza de 1979, válido y vigente en la actualidad y por tanto constitucional.

#### 8.2.10. Proyecto Borrador de 1999.

Tras la llegada al poder del partido popular, el entonces Ministro de Educación, Mariano Rajoy, en octubre de 1999, presentó un nuevo Proyecto-Borrador sobre enseñanzas alternativas a la Religión.<sup>924</sup>

El Proyecto<sup>925</sup> establecía un bloque común denominado “Educación en Valores” (artículo 1.1) que incluiría dos opciones: “Valores Cívicos” y “Enseñanza de Religión”; lo que constaría en el expediente del alumno sería “Educación en Valores” y no la opción elegida en concreto. Se aplicaría a todos los niveles educativos, incluido los ciclos formativos de grado medio de Formación Profesional, así se cumpliría el artículo 27, párrafos 2 y 3 CE, siendo pleno el desarrollo de la personalidad de los alumnos.

Y al ser un bloque común “Educación en Valores”, desaparecería el problema de al no evaluarse las enseñanzas alternativas, las calificaciones obtenidas en religión no se tenían en cuenta a efectos de becas, o nota media para el acceso a la Universidad y

---

<sup>920</sup> Contreras Mazario J.M., *La enseñanza de la religión...cit.*, pgs. 184-185.

<sup>921</sup> Martínez Blanco A., *La enseñanza de la religión... cit.*, p. 164.

<sup>922</sup> Artículo 29-2 LOGSE

<sup>923</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27... cit.*, p. 230. En sentido distinto, Contreras Mazario, *La enseñanza de la religión... cit.*, p. 173.

<sup>924</sup> Proyecto que no siguió el resto de los trámites de desarrollo normativo legales, quedando en Proyecto-borrador, pero es importante ver en qué consistía porque es una posible solución válida para solventar el ya antiguo problema de incluir la religión en los planes de estudio en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.

<sup>925</sup> Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa y enseñanza... cit.*, pgs. 141-145

además al no constar en el expediente la Religión elegida<sup>926</sup> se solucionaría el problema de si se vulnera o no el artículo 16.2 CE, ya que parece mucho más respetuoso con la Constitución que del expediente académico no se pueda deducir si se ha cursado religión o estudios alternativos;<sup>927</sup> y las calificaciones se adjudicarán al bloque común “Educación en Valores” sin especificar la opción que se ha elegido.

Con respecto a la evaluación, en el Proyecto constaba que, se evaluaría y calificaría tanto la enseñanza de religión como las enseñanzas alternativas, cumpliéndose así lo dispuesto en el artículo II del Acuerdo sobre Enseñanza de 1979. Los padres o tutores o en su caso los alumnos mayores de edad, deben elegir una opción que han de manifestar voluntariamente al Director del Centro al comienzo de cada etapa o nivel educativo, sin perjuicio de que pueda modificarse al comienzo de cada curso escolar (artículo 4). Y el currículo de la Enseñanza de Religión sería conforme a lo previsto en los Acuerdos suscritos entre el Estado y las Confesiones religiosas respectivas.

El currículo de la opción “Valores Cívicos” era de la siguiente forma:<sup>928</sup>

- En la Educación Infantil, segundo ciclo, la finalidad perseguida es “despertar y promover en el alumnos actitudes de autoconocimiento, responsabilidad, respeto y cooperación social. El alumno puede descubrir el valor de su participación en una sociedad culturalmente plural y heterogénea”.<sup>929</sup> El contenido se refiere a la “cooperación en la organización de actividades sociales”, “el lenguaje de las fiestas y los valores que transmiten: participación, cooperación, celebración”.<sup>930</sup>
- En Educación Primaria, se trata de aproximar al alumno a estos valores sociales, presentes en tradiciones culturales y las creencias religiosas del mundo que le rodea, a la tolerancia activa dentro del ámbito de una sociedad democrática.<sup>931</sup> Como contenidos se establecen formas de resolución de conflictos: “cooperación, imposición, negociación, arbitraje, mediación” o “Vida, enseñanza y mensaje de Abraham, Jesús, Mahoma. La Biblia y el Corán”.<sup>932</sup>
- En la Educación Secundaria Obligatoria, la finalidad es “profundizar en los valores cívicos como módulos similares a los de “Sociedad, Cultura y Religión”.<sup>933</sup> En los contenidos distingue: a) para el primer ciclo, temas como “Tradiciones culturales e Instituciones sociales. Las expresiones y manifestaciones religiosas del Judaísmo, Cristianismo e Islam”; b) para el segundo ciclo, mantiene la de “Sociedad, Cultura y Religión”.<sup>934</sup>
- En Bachillerato y Ciclos Formativos de grado medio de Formación Profesional tiene como finalidad “contribuir a reforzar el protagonismo y la responsabilidad del alumno en la asimilación, defensa y realización de los valores de democracia, de modo que atiendan al pluralismo de creencias sociales, culturales y religiosas, así como a la pluralidad de actividades, entre ellas, las profesionales, en que se concretan o realizan

---

<sup>926</sup> Vid., SSTS 3634/1998 de 14 de abril y 3636/1998 de 15 de abril

<sup>927</sup> Ibidem, Lorenzo Vázquez, p. 146.

<sup>928</sup> Lorenzo Vázquez P. *Libertad religiosa y enseñanza...* cit., pags. 142-143

<sup>929</sup> Anexo I. 1. del Proyecto.

<sup>930</sup> Anexo I.3

<sup>931</sup> Anexo II.1.

<sup>932</sup> Anexo II. 3

<sup>933</sup> Anexo III. 1

<sup>934</sup> Anexo III.3.

los valores”.<sup>935</sup> El contenido sería “Sociedad y Religión. La religión civil. Laicismo” o “El hecho religioso en la Constitución Española”.<sup>936</sup>

#### 8.2.11. Alusión a la situación del profesorado de religión.

##### 8.2.11.1. Convenio de 20 de mayo de 1993: características.

Tras la publicación de la LOGSE cabe mencionar el Convenio sobre régimen económico de las personas encargadas de la religión católica en los centros públicos de 20 de mayo de 1993,<sup>937</sup> por el que el Estado asume la financiación de la enseñanza religiosa en centros públicos de Educación Primaria y primer ciclo de la ESO (en centros de primaria). El importe económico es por horas de religión y similar al de un profesor interino; se pagará mediante transferencia y la equiparación se realizará a partir de 1994, mediante incrementos en el Presupuesto General del Estado de: 20% en 1994; 25% en 1995; 25% en 1996; 20% 1997 y 10% en 1998. El Gobierno aportaría las medidas precisas para su inclusión en el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos. Pero este Convenio no se cumplió.

##### 8.2.11.2. Ley 50/1998 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden social.

Fue la Ley 50/1998 en su artículo 93, la que modifica la LOGSE añadiendo un párrafo a la Disposición Adicional Segunda cuyo contenido es el siguiente: “los profesores que no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios docentes, impartan enseñanzas de religión en los centros públicos, en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo de los profesores interinos alcanzándose la equiparación retributiva en cuatro ejercicios presupuestarios a partir de 1999”.

Así pues, se trata de una relación laboral, -no administrativa-; esta normativa obliga a todas las Administraciones Educativa, y la equiparación ya se ha cumplido.<sup>938</sup>

##### 8.2.11.3. Convenio de 26 de febrero de 1999.

---

<sup>935</sup> Anexo IV. 1. del Proyecto

<sup>936</sup> Anexo IV. 3.

<sup>937</sup> Publicado mediante Orden de 9 de septiembre de 1993

<sup>938</sup> El Tribunal Supremo, por providencia de 15 de julio de 2003 ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4126/2003 planteada por la Sala de lo Social, con sede en las Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en relación con la Disposición Adicional Segunda de la LOGSE en redacción dada a la misma por Ley 50/1998 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y con los artículos III, VI y VII del AEAC de 1979, por posible vulneración de los artículos 9.3, 14, 16.3, 20.1, 23.2, 24.1, 28.2, y 103.3 CE. (B.O.E. de 29 de julio de 2003). Y con cierta sorpresa el B.O.E. núm. 262 de 1 de noviembre de 2003 pg. 38689 publica que el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite por providencia de 21 de octubre la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5924-2003 planteada por la Sala de lo Social, con sede en las Palmas de Gran Canaria, del T.S.J. de Canarias, en relación con la Disposición Adicional Segunda de la LOGSE, en redacción dada por la Ley 50/1998... con los mismos argumentos. La diferencia se encuentra en la fecha de la providencia y el número de la cuestión de inconstitucionalidad.

Con fecha 26 de febrero se firma en Madrid el Convenio sobre el Régimen Económico Laboral de las personas que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, están encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria.<sup>939</sup> Sustituye al Convenio de 1993 y desarrolla el párrafo segundo de la Disposición Adicional Segunda de la LOGSE. Su contenido es el siguiente:

#### 8.2.11.3.1. Financiación.

El Estado asume la financiación de los niveles mencionados y la retribución que percibirán los profesores será la que corresponde, en su respectivo nivel educativo, a los profesores interinos (cláusulas 3 y 6).

La condición de empleador corresponderá a la respectiva Administración educativa, en tanto no se lleve a cabo el traspaso de los profesores de religión a sus respectivas Comunidades Autónomas. El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte asume tal condición de empleador a los efectos previstos en este Convenio (cláusula 5, párrafo 2).

#### 8.2.11.3.2. Profesores competentes.

Se considera persona competente para la enseñanza de religión la que posea la titulación académica de nivel correspondiente y esté en posesión de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad de la Conferencia Episcopal Española y reúna los requisitos derivados del artículo III del Acuerdo sobre Enseñanza de 1979 (cláusula 4).<sup>940</sup>

#### 8.2.11.3.3. Relación Laboral.

Se trata de un contrato laboral de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial y quedarán encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social al que serán incorporados los profesores de Educación Infantil y Educación Primaria que aún no lo estén (cláusula 5, párrafo 1).

### 8.2.12. LAS IGLESIAS, CONFESIONES Y COMUNIDADES NO CATÓLICAS.

#### 8.2.12.1. Los Acuerdos de 1992.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.3 CE y el artículo 7.1. LOLR que establecen la posibilidad de que Estado suscriba Acuerdos de cooperación con las Iglesia, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro, que por su ámbito y número de creyentes haya alcanzado notorio arraigo en España; Acuerdos que se aprobarán por Ley de las Cortes Generales.

Se aprobó por Ley 24/1992 de 10 noviembre el Acuerdo de Cooperación con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), por Ley 25/1992 de 10 de noviembre el Acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas

---

<sup>939</sup> Por Orden de 9 de abril de 1999 se acuerda su publicación.

<sup>940</sup> Vid. Canon 804.2.



de España (FCIE) y por Ley 26/1992 de 10 noviembre el Acuerdo con la Comisión Islámica de España (CIE).

Estas Leyes incorporan respectivamente en su propio artículo único los Acuerdos de Cooperación “como anexo a la presente Ley”.<sup>941</sup>

Son los artículos 10 de cada Acuerdo los que se refieren a la enseñanza religiosa propia de cada una de las Federaciones o Comisión contratantes.

El contenido del texto es muy similar aunque hay algunas diferencias -en algunos términos utilizados-,<sup>942</sup> consta de 6 párrafos, y se aplican los principios generales de libertad ideológica y religiosa y de respeto y garantía del derecho reconocido en el artículo 27.3 CE.

#### 8.2.12.2. En los centros no universitarios.

Se garantiza a los alumnos, a sus padres y órganos colegiados que lo soliciten el ejercicio de los primeros a recibir enseñanza religiosa –evangélica, judía, islámica- en los centros docentes públicos y privados concertados, en éstos últimos siempre que no entren en conflicto con el carácter propio del centro, en los niveles de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria (artículo 10.1).

La redacción es casi idéntica, la única diferencia está en cómo se expresa la garantía constitucional del artículo 27.3. En los Acuerdos de la FEREDE se dice “se garantiza a los alumnos”, en los Acuerdos FCI “a los alumnos judíos” y en los de CIE la garantía se ofrece a “los alumnos musulmanes”.

Plasma este primer apartado la garantía del artículo 27.3 CE para los destinatarios de la enseñanza religiosa –los alumnos de los niveles de Enseñanza Infantil, Primaria y Secundaria Obligatoria- y la extiende a los padres y órganos escolares que lo soliciten, deberá entenderse en el sentido que “el precepto solo pretende garantizar ese derecho a los órganos escolares de gobierno en la medida misma que estas escuelas tengan alumnos cuyos padres deseen tal tipo de enseñanzas religiosas, pero no le corresponde si tales órganos, al margen de las necesidades de los alumnos, aspiran a que se introduzca tal enseñanza específica en su escuela”.<sup>943</sup>

La exigencia de esta enseñanza deriva del citado artículo 27.3 CE y el artículo 2 de la LOLR que dispone “la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para facilitar la formación religiosa en los centros docentes públicos”. Asimismo y como menciona este primer apartado del artículo 10, la LODE y la LOGSE.

#### 8.2.12.3. Profesorado. Medios Pedagógicos.

La enseñanza religiosa será impartida por profesores designados por las Iglesias o Comunidades correspondiente y la Federación o Comité deberá dar su conformidad a la designación.

Los contenidos de la enseñanza religiosa, los libros de texto serán señalados por la Iglesia o Comunidad respectiva, con la conformidad de la Federación correspondiente (apartado 3 artículo 10).

#### 8.2.12.4. Local. Sistema de acceso.

---

<sup>941</sup> BOE número 272 de 12 de noviembre de 1992.

<sup>942</sup> De Diego-Lora C. *La enseñanza religiosa escolar después de los Acuerdos de 1992 con Federaciones religiosas no católicas*, Ius Canonicum, 1993. pgs. 99 y ss.

<sup>943</sup> *Ibidem*, p. 100

Los centros docentes públicos y privados concertados deberán facilitar los locales adecuados sin que pueda perjudicar el desenvolvimiento de las actividades lectivas (apartado 4).<sup>944</sup>

Los centros docentes –públicos y privados concertados- ceden sus locales a la Confesión religiosa no católica para que impartan su enseñanza de religión por medio del profesor propuesto por la Confesión y autorizado por la Administración docente, - sin que se especifique nada sobre la retribución- fuera del horario escolar y el contenido de tal enseñanza y los libros de texto son determinados por las Iglesias o Comunidades correspondientes.

Conforme a estos Acuerdos se trata de un sistema de acceso –y no de integración como ocurre con la enseñanza de religión católica- y en opinión de parte de la doctrina, “se adapta más exactamente al artículo 27.3 CE y por supuesto a la laicidad del Estado”.<sup>945</sup>

No se trata de una asignatura equiparable a las demás disciplinas fundamentales, el centro pone a disposición de la Iglesia un espacio físico y moral de libertad para el libre desarrollo de la enseñanza religiosa con dos requisitos: que lo soliciten los alumnos, los padres o los órganos escolares y que los profesores propuestos cuenten con la autorización de la Administración educativa.<sup>946</sup>

#### 8.2.12.5. Currículos de la Enseñanza de la Religión.

▪ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, apartado 3 de los Acuerdos de 1992, la Orden de 28 de junio de 1993 dispone la publicación de los currículos de la Enseñanza religiosa Evangélica para la Educación Primaria, Secundaria Obligatoria y Bachillerato;<sup>947</sup> con lo que se decide integrarla, con especialidades, en los planes de estudios. Manifiesta en el preámbulo de sus Anexos que “el ordenamiento educativo establece que el modo en que los padres pueden ejercer su capacidad de elección de un tipo de formación religiosa y moral para sus hijos consiste en la elección de algunos de los modelos de enseñanza religiosa ofertadas por las distintas Confesiones (...). La existencia de la enseñanza religiosa evangélica implica la posibilidad de que los padres que deseen para sus hijos la formación religiosa y moral de la Iglesia evangélica pueda ver *garantizado el ejercicio de este derecho fundamental*”.

LOS CURRÍCULOS están recogidos en los Anexos de la Orden, en los que se pone de manifiesto que la enseñanza de la religión evangélica en la etapa de Educación Primaria tiene como objeto contribuir a que cada alumno adquiera las capacidades que le permita comprender el sentido de la experiencia religiosa, entendiéndose ésta –desde una perspectiva bíblica- como la respuesta del ser humano a la revelación de Dios.

Desde esta perspectiva las respuestas que el alumno comience a darse respecto a preguntas tales como ¿de dónde vengo? ¿qué hago aquí? ¿qué hay después de la muerte? influirán poderosamente sobre el desarrollo integral de la persona.

---

<sup>944</sup> Los apartados 5 y 6 se refieren al nivel universitario y el 6 al derecho a la creación de centros docentes.

<sup>945</sup> Fernández-Coronado A., *Los Acuerdos del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE)*, y *Federación de Comunidades Israelitas (FCI)*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, VII, 1991 p. 964.

<sup>946</sup> Martínez Blanco A., *La enseñanza de la religión...* cit., p. 199. En opinión de este autor la ventaja es la independencia con respecto al Estado.

<sup>947</sup> BOE de 6 de julio de 1993

El planteamiento básico de esta materia consiste en orientar a los alumnos, a partir del conocimiento y análisis de las enseñanzas de Jesús, en la búsqueda de respuestas válidas a las inquietudes que se les plantean en las diversas áreas de su existencia. El profesor aporta a los alumnos los recursos, medios y guía necesarios para que sean capaces, por sí mismos, de elaborar sus propias interpretaciones y conclusiones a partir de las situaciones planteadas.

En la Educación Secundaria Obligatoria, a través de esta enseñanza religiosa evangélica se pretende ofrecer aquellos elementos que, basados en los principios básicos, puedan ayudarles en su desarrollo integral como personas con el propósito de adquirir la adecuada madurez, autonomía y responsabilidad personal.

El profesor considerará, al desarrollar los contenidos del área, el desarrollo evolutivo de los alumnos; éstos estudiarán su realidad circundante –mediante la práctica de un juicio analítico y responsable- que le permitirá una reflexión sobre distintos temas éticos y trascendentes que le preocupen, de forma que podrán ir elaborando un cuadro de valores basados en los principios bíblicos, que les servirá de guía frente a la pluralidad de ofertas, modos de vida y de pensamiento característicos de nuestra sociedad actual.

CRITERIOS DE EVALUACIÓN.- Teniendo en cuenta las características peculiares del área de enseñanza religiosa evangélica, se recomienda que la evaluación –más allá de limitarse al hecho de poner nota a los alumnos- se entienda como todo un proceso de recogida de información sobre el curso del aprendizaje seguido, del que se haga participe al alumno y a su familia, con el objeto de que pueda orientar su propio aprendizaje y que ayude al profesor a reorganizar el proceso de enseñanza-aprendizaje.

En el caso de que se considere necesario o pertinente calificar al alumno, solo será objeto de valoración el grado de aprendizaje de los contenidos conceptuales y procedimentales. En la evaluación de las actitudes han de esperarse respuestas voluntarias, no sistematizadas, sino representativas: indicios de la actitud o actitudes que se pretende que los alumnos aprehendan. Y consideran conveniente que los resultados sean comunicados a los propios alumnos y sus padres a fin de que puedan contribuir al desarrollo personal, espiritual y social de los alumnos (artículo 5).

▪ La Orden de 11 de enero de 1996 dispone la publicación de los currículos de la Enseñanza religiosa Islámica correspondiente a la Educación Primaria, Secundaria Obligatoria y Bachillerato.<sup>948</sup> El contenido del Preámbulo es similar al recogido para la enseñanza evangélica. Y señala también que “a través de la enseñanza Islámica se pretende contribuir al desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de los alumnos, afirmando sus valores personales, familiares y sociales”.

LOS CURRÍCULOS recogidos en los Anexos de la Orden señalan que en la etapa de Educación Primaria, el área de enseñanza religiosa islámica tiene como finalidad contribuir a que cada alumno adquiriera las capacidades cognoscitivas que le permitan comprender la fe islámica desde sus fuentes básicas, el Corán junto con la práctica llevada por el profeta Muhammad. Esta enseñanza desarrollará las posibilidades del alumno para tomar iniciativas desde la libertad responsable manifestando su pensamiento libremente y a través de confrontación de ideas, para que aprecie los

---

<sup>948</sup> BOE de 18 enero 1996.

valores básicos que rigen la vida y la convivencia desde la perspectiva islámica, actuando de acuerdo con ellos. El profesor aportará a los alumnos los medios, guías, recursos necesarios para que sean capaces por sí mismos de mejorar sus conocimientos.

En la Educación Secundaria Obligatoria el área de enseñanza religiosa islámica tienen como meta contribuir a que cada alumno adquiera las capacidades cognoscitivas que le permitan comprender la fe islámica desde sus fuentes básicas, el Corán y la Sunna, ampliando sus conocimientos sobre la ética y la moral y los principios islámicos.

El conocer y valorar las bases sobre las cuales se han levantado la Comunidad Islámica, siguiendo sus principios y normas, influirán sobre el desarrollo integral de su persona, individual y colectivamente.

LA EVALUACIÓN de la enseñanza religiosa islámica es un instrumento que sirve al profesor y a los padres del alumno para ajustar su actuación en el proceso de enseñanza y aprendizaje, orientándolo, reforzando los contenidos que van adquiriendo los alumnos y realizando la adaptación curricular necesaria.

Como criterios de evaluación señala que la evaluación constituye un proceso continuo que forma parte del propio proceso de enseñanza y aprendizaje. En ningún caso puede quedar reducido a actuaciones aisladas en situaciones concretas. Y en cada ciclo, de acuerdo con el contenido temático curricular, se adaptan los criterios de evaluación a ese ciclo.<sup>949</sup> El profesor utilizará los medios necesarios para comprobar en qué medida el alumno va incorporando los aprendizajes realizados. La evaluación se realiza a través del seguimiento de las actividades en las unidades didácticas.

El profesor elaborará, al finalizar cada etapa –primaria, secundaria y bachillerato- un informe individual y detallado sobre el grado de desarrollo alcanzado por el alumno, en relación a las capacidades genéricas de la etapa (artículo 6).

- La Federación de Comunidades Israelitas no han publicado los currículos de la enseñanza religiosa judía.

8.2.12.6. El RD 2438/1994 de 16 de diciembre por el que se regula la enseñanza de la Religión.

Este RD no solo se refiere a la enseñanza de la religión católica sino también, y por primera vez en una disposición reglamentaria, a la enseñanza de religión de aquellas Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas que tengan Acuerdo de cooperación suscrito con el Estado o que pueda suscribirse, de conformidad con al Disposición Adicional Segunda de la LOGSE.

Su artículo 2 dispone que “en aplicación de la Disposición Adicional segunda de lo LOGSE y de los Acuerdos de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas de España y Comisión Islámica de España,(...) garantiza el ejercicio del derecho a recibir enseñanza en las respectivas confesiones religiosas en los niveles educativos y centros docentes mencionados en el apartado 1 del artículo anterior”, es decir, en los centros docentes de segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria

---

<sup>949</sup> Por ejemplo, en la Educación Primaria la evaluación se apoya en la recogida de información, a través de un seguimiento sistemático donde se valoran todo tipo de trabajo encomendados al alumno, tanto individualmente como en grupo, manifestando la capacidad de valorar la vida, el entorno y la naturaleza como creación de Dios.

Obligatoria y Bachillerato, tanto públicos como privados, sean o no concertados estos últimos.

Y añade que la enseñanza de dichas religiones se ajustará a los diferentes Acuerdos de Cooperación con el Estado Español (artículo 2, párrafo 2).

Los libros y materiales curriculares de la enseñanza religiosa deberán respetar en sus textos e imágenes los preceptos constitucionales y los principios a que se refiere el artículo 2.3 de la LOGSE. Las decisiones sobre la utilización de libros de textos y materiales didácticos, y en su caso, la supervisión y probación de los mismos corresponde a las autoridades de las respectivas confesiones religiosas, de conformidad con los Acuerdos suscritos (artículo 4, párrafos 2 y 3).

Estas enseñanzas serán impartidas por las personas designadas por las Comunidades e Iglesias correspondientes, conforme a lo previsto en las leyes que aprueben en los respectivos Acuerdos de Cooperación (artículo 6, párrafo 2). Estos profesores formarán parte del Claustro de profesores del centro, según dispone el punto 1 de la Orden de 21 de septiembre de 1993 por la que se regula la participación en los órganos de gobierno colegiados de los centros docentes, de los profesores que impartan enseñanza religiosa.

En cuanto al aspecto económico no se habla de pago por el Estado de los profesores de religión de estas confesiones hasta 1996, cuando se firman los Convenios con los evangélicos y los islámicos.

#### 8.2.12.7. Convenios económicos de 1996.

Con fecha de 12 de marzo de 1996 se firman dos Convenios sobre designación y régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza religiosa –evangélica e islámica- en los centros docentes públicos de Educación Primaria y Secundaria y establecen que “la hora de clase de la enseñanza religiosa evangélica o islámica- será compensada económicamente por el Estado cuando el número de alumnos a que se imparta sea igual o superior a 10. Si es menor de 10 se agrupan los alumnos/as de diferentes niveles educativos de una misma etapa.

El importe económico, por cada hora de enseñanza religiosa, tendrá el mismo valor que la retribución real, por hora de clase, de cualquier materia impartida por un profesor interino del mismo nivel” (cláusula 3 de ambos Convenios).

El Estado transferirá, anualmente, a partir del ejercicio presupuestario de 1998, a la autoridad confesional correspondiente –Comisión Islámica de España y al Consejo General de la Enseñanza Religiosa Evangélica- la cantidad global necesaria<sup>950</sup> para retribuir a las personas encargadas de impartir la enseñanza religiosa durante el curso 1997/1998.

En ejercicios presupuestarios sucesivos se procederá de la misma forma con respecto al profesorado que haya impartido dichas enseñanzas en el curso anterior (cláusula 9 de ambos Convenios).

Las Administraciones educativas competentes informarán a las autoridades confesionales correspondientes –Comunidades Islámicas y Consejo de Enseñanza Religiosa Evangélica- de las solicitudes de recibir dicha enseñanza (cláusula 2), y antes del comienzo de cada curso escolar la autoridad confesional comunicará las personas

---

<sup>950</sup> Conforme a la estimación realizada a partir de las necesidades del profesorado observadas y atendidas durante el curso académico 1996/1997.

que considere idóneas para impartir dicha enseñanza en los diferentes niveles educativos (cláusula 3 ).

Si son profesores del Cuerpo de Maestros con destino en el centro que lo hubiesen solicitado<sup>951</sup> serán retribuidos directamente por la Administración educativa correspondiente (cláusula 5).

Conforme a lo expuesto, el Estado, a partir del ejercicio presupuestario de 1998, paga –derecho de prestación– a los profesores que imparten enseñanza religiosa islámica y evangélica en los centros públicos, en los niveles de Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria.

#### 8.2.12.8. Ley 50/1998 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden social.

Hay que tener en cuenta el segundo párrafo de la Disposición Adicional Segunda de la LOGSE introducido por esta Ley 50/1998, que dispone que “los profesores que no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios docentes, impartan enseñanzas de religión en los centros públicos, en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo de los profesores interinos alcanzándose la equiparación retributiva en cuatro ejercicios presupuestarios a partir de 1999”.

En la práctica y con respecto a la enseñanza islámica solo se cumple en Ceuta y Melilla donde hay mayoría musulmana.<sup>952</sup>

#### 8.3. Ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre de Calidad de la Educación.<sup>953</sup>

##### 8.3.1. Documento Base para una Ley de Calidad de la Educación de 11 marzo de 2002.

Documento que establece las bases para una futura Ley de Calidad. En su Preámbulo recoge los retos educativos de la sociedad del conocimiento, entendiéndose por tal una sociedad en la que la formación está en la base de la vida profesional, laboral, social, de la tecnología y de los medios de comunicación. El reto es la búsqueda de la calidad de la educación como pieza esencial para la cohesión de nuestras sociedades y para el cambio y la innovación.

Señala como herramientas necesarias para alcanzar esa calidad: *la cultura del esfuerzo*, ya que no se adquiere conocimientos sin esfuerzos; *la cultura de la evaluación*, ya que no se ha aprendido lo que no se sabe que se ha aprendido. Establece

---

<sup>951</sup> Artículo 6.2. del RD 2438/1994 de 16 de diciembre por el que se regula la enseñanza de religión.

<sup>952</sup> En Ceuta ocho profesores y en Melilla diez profesores. En Madrid no ha habido ningún profesor en el curso 2002/2003. Información facilitada por el Sr. Tatary, presidente de la UCIDE y uno de los secretarios de la CIE. Las razones alegadas por la Administración son diversas entre las que cabe mencionar que no se cumple el requisito de titulación de los profesores: el de maestro para Educación Primaria, y el de licenciado para Educación Secundaria.

<sup>953</sup> BOE de 24 de diciembre de 2002.

asimismo una serie de *itinerarios educativos* para conseguir un sistema educativo de integración y oportunidades, según el cual todos los alumnos deben estudiar un programa común, matizado con medidas de “atención a la diversidad”.

Se refiere también a *la inmigración* como reflejo de la diversidad y que ha de tender a la integración en la sociedad; establece para los centros educativos la dirección profesionalizada y refuerza el prestigio del profesorado, respetando y valorando su función con los alumnos. Habla de la autonomía pedagógica de los centros educativos que permitirá que en ellos se ofrezcan proyectos educativos que refuercen y amplíen determinados ámbitos del currículo: lingüístico, humanístico, científico, artístico, las tecnologías de la información y la comunicación y *otros que en el futuro puedan reglamentariamente establecerse*.

La estructura del sistema educativo es similar a la recogida en la LOGSE. Con respecto a la formación religiosa y moral, este Documento Base no la menciona, guarda silencio. No menciona la Religión en las áreas que se estudiarán en Educación Primaria ni en la Secundaria Obligatoria, donde aparece como asignatura la Ética; ni entre las asignaturas comunes de los itinerarios, donde también aparece la Ética; ni en las asignaturas del Bachillerato.

Cuando habla de los derechos y deberes de los padres menciona el derecho a la libre elección del centro educativo para sus hijos, que sería una forma de elegir un tipo de educación determinado, pero no menciona el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

### 8.3.2. L.O.C.E.<sup>954</sup>

#### 8.3.2.1. Principios de calidad.

Esta Ley recoge en su artículo 1 los principios de calidad de la educación, entre los que se encuentran los siguientes: a) la equidad, que garantiza una igualdad de oportunidades de calidad, para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, en el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales; b) la capacidad de transmitir valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad social, la cohesión y mejora de las sociedades, y la igualdad de derechos entre los sexos, que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación, así como la práctica de la solidaridad, mediante el impulso a la participación cívica de los alumnos en actividades de voluntariado; e) la concepción de la educación como un proceso permanente, cuyo valor se extiende a lo largo de toda la vida.

#### 8.3.2.2. Regulación de la enseñanza de la religión.

---

<sup>954</sup> Existe un Anteproyecto de 12 de mayo de 2002 y un Proyecto de Ley de 26 de julio de 2002, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Congreso de los Diputados, VII Legislatura, número 104.1. Proyecto Ley 121/000/04 Orgánica de Calidad de la Educación. Su redacción es similar a la actual en los entonces artículos 15.2 para Educación Primaria; 22.1 Educación Secundaria Obligatoria y artículo 34.5 para Bachillerato. En el Proyecto de Ley 621/000092 Orgánica de Calidad de la Educación, publicada en el BOCG, Senado número 92(g), la numeración de los artículos es ya como la actual Ley, y en lo que se refiere a la asignatura de “Sociedad Cultura y Religión” es de contenido igual, solo hubo algunas modificaciones en cuanto a la enumeración de otras asignaturas.

En los medios de comunicación se hablaba de que se crearía una asignatura común, que podría llamarse “Cultura y Religión”, los alumnos elegirían entre la enseñanza religiosa y otra sobre Historia de las Religiones o Valores democráticos. Vid. Periódico ABC de 2 mayo de 2002, p. 31

Regula la enseñanza de la religión en los niveles de Educación Primaria, artículo 16, -que enumera las áreas que se cursarán en este nivel-; en Educación Secundaria Obligatoria, artículo 23.1, -que se refiere a las asignaturas a impartir-, y Bachillerato, artículo 35.5, -que establece que se organizará en asignaturas comunes, asignaturas específicas de cada modalidad y en asignaturas optativas-.

No menciona nada en los niveles de Educación Infantil, artículos 11 a 13 LOCE, -que va de los 3 a los 6 años, es voluntario y gratuito-; ni en la Formación Profesional, grado medio, artículos 38 y 39 LOCE.

La redacción de la regulación de la enseñanza de religión es igual en los preceptos mencionados, y es la siguiente: “Asimismo se cursará, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda, el área de Sociedad, Cultura y Religión”.

Y la Disposición Adicional Segunda, que trata del área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión dispone en sus dos primeros apartados: 1. “El área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión comprenderá dos opciones de desarrollo: Una, de carácter confesional, acorde con la confesión por la que opten los padres o, en su caso los alumnos, entre aquellas respecto de cuya enseñanza el Estado tengan suscritos Acuerdos; otra, de carácter no confesional. Ambas opciones serán de oferta obligatoria para los centros, debiendo elegir los alumnos una de ellas.

2. La enseñanza confesional de la Religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros suscritos, o que pudieran suscribirse, con otras Confesiones Religiosas”.

### 8.3.2.3. La Disposición Adicional Segunda: asignatura Sociedad Cultura y Religión.

De lo expuesto se puede afirmar que:

1) Se regula como área o asignatura en el articulado de la Ley y no solo en la Disposición Adicional Segunda –como ocurría en la LOGSE-.<sup>955</sup>

2) Se incluye como área de conocimiento y como materia en los planes de estudio de la Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, y evaluable como tal asignatura, y consta en el expediente.

3) Se refiere al área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión con dos opciones: una confesional y otra de carácter no confesional. Es decir, se opta por la posibilidad que ya mencionó la Comisión permanente del Consejo de Estado<sup>956</sup> con motivo del RD 2438/1994 de 16 de diciembre por el que se regula la enseñanza de la religión, al afirmar que “se podría haber optado por configurar un sistema de evaluación y calificación de las enseñanzas religiosas y también de las enseñanzas alternativas con el correspondiente reflejo en ambos casos en el expediente académico lo que disiparía, a su vez las dudas suscitadas acerca del alcance de la exigencia de que la religión católica sea incluida en los planes de estudio en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”

---

<sup>955</sup> Recordemos que el artículo 27.3 CE solo menciona la formación religiosa y moral, lo que dio lugar a una gran variedad de interpretaciones y es el Acuerdo sobre Enseñanza de 1979 el que menciona la “asignatura” de religión en su artículo II.

<sup>956</sup> De 3 de noviembre de 1994 N.1742/94/LD, p. 23



Se cumple así los tres requisitos para que una asignatura sea fundamental: a) una oferta obligatoria por parte de los centros, que ya se cumplía y se cumple; b) que el Estado ofrezca, en su sistema escolar general, los medios adecuados para conseguir la capacitación necesaria para ser profesor de esa asignatura, que también se cumplía; c) y su integración dentro del expediente académico del alumno, con las mismas consecuencias jurídicas que el resto de las disciplinas fundamentales, que se cumple ahora, ya que la asignatura es Sociedad, Cultura y Religión, con dos opciones, una confesional y otra no confesional, pero lo que constaría en el expediente sería la asignatura como tal, no la opción elegida. Observándose debidamente lo dispuesto en el artículo II AEAC “incluir la enseñanza de la religión católica en los planes de estudio en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”.

4) Da base legal al sector doctrinal que opinaba y proponía que el carácter fundamental de la enseñanza de la religión, en juego con el principio de no discriminación, siendo voluntaria para el alumno, solo se mantiene si esa voluntariedad en la elección es compensada con otra asignatura o materia igualmente fundamental, sujetas ambas a prueba y evaluación.<sup>957</sup> En este caso se trata de una asignatura con dos opciones.

5) La denominación de la asignatura es “Sociedad, Cultura y Religión”, similar denominación a la recogida en la Resolución 16 de agosto de 1995 que se refiere a las actividades de enseñanza alternativas a la enseñanza de la religión durante los cursos tercero y cuarto de la Educación Secundaria Obligatoria y primer curso de Bachillerato.<sup>958</sup>

6) Se trata de una asignatura con dos opciones. Al ser asignatura debería desaparecer el problema de que al no evaluarse la alternativa, las calificaciones obtenidas en religión no se tenían en cuenta a efectos de nota media para acceso a la Universidad, becas, ayudas de estudio;<sup>959</sup> y además al no constar en el expediente la opción elegida, que si es la confesional, no constaría la religión elegida, con lo que no se vulnera el artículo 16.2.CE.<sup>960</sup> Y parece más respetuoso con la Constitución que del expediente académico no se pueda deducir si se ha cursado religión o la opción no confesional y las calificaciones se ajustarán a la asignatura de Sociedad Cultura y Religión, sin especificar la opción que se ha elegido.<sup>961</sup>

#### 8.3.2.3.1. Opción Confesional.

La Ley dispone: el área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión comprenderá dos opciones de desarrollo: una confesional y otra no confesional, ambas de oferta obligatoria por los centros y debiendo elegir una el alumno.

La opción confesional será la enseñanza de la religión elegida por los padres o tutores o en su caso por los alumnos entre aquellas respecto de las cuales el Estado tenga suscrito Acuerdos, y que se ajustará a esos Acuerdos ya suscritos o que puedan suscribirse.

---

<sup>957</sup> Martínez Blanco A, *La enseñanza de la religión...* cit., p. 164.

<sup>958</sup> La programación de los contenidos de dicha actividad alternativa se encomendó a una comisión integrada, entre otros, por Herrero y Rodríguez de Miñón y Peces-Barba. Vid. Lorenzo Vázquez P. *Libertad religiosa...* cit., p. 135

<sup>959</sup> Aunque en Bachillerato no será así, como veremos más adelante.

<sup>960</sup> En las SSTs 3634/1998 de 14 de abril y 3636/1998 de 15 de abril se planteó este problema, el Tribunal consideró que “no se producía tal vulneración puesto que la decisión era voluntaria y dada la situación social actual, el elegir una religión determinada no supone necesariamente que se profese tal creencia”.

<sup>961</sup> Lorenzo Vázquez P. *Libertad religiosa...* cit., p. 146, con motivo del Proyecto Borrador de 1999.

Se refiere a los Acuerdos con la Iglesia católica, el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 1979<sup>962</sup>, y los Acuerdos con las Confesiones religiosas Evangélica, Judía e Islámica<sup>963</sup> de 1992 y recoge la posibilidad de que puedan suscribirse otros Acuerdos con otras Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas existentes en la sociedad española actual.

#### 8.3.2.3.1.1. Currículo.

La determinación del currículo de la opción confesional será competencia de las correspondientes autoridades religiosas, conforme dispone la Disposición Adicional segunda, apartado 3 de la LOCE, y como así se disponía en la normativa anterior:

Las Órdenes de 20 de febrero de 1992 establecen el currículo del área de religión católica en Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria y la Orden de 5 de octubre de 1993 para Bachillerato.

La Orden de 28 de junio de 1993 dispone la publicación de los currículos de la enseñanza religiosa evangélica para la Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato.

Y la Orden de 11 de enero de 1996 los currículos de la enseñanza religiosa islámica correspondiente a la Enseñanza Primaria, ESO y Bachillerato. La Federación de Comunidades Judías no ha publicado los currículos de la enseñanza religiosa judía.

#### 8.3.2.3.1.2. Libros de texto y materiales didácticos.

Las decisiones sobre la utilización de libros de texto y materiales didácticos y, en su caso, la supervisión y aprobación de los mismos corresponde a las autoridades religiosas respectivas, de conformidad con los Acuerdos suscritos con el Estado español.<sup>964</sup> De igual forma lo regulaba el RD 2438/1994 de 16 diciembre por el que se regula la enseñanza de religión en su artículo 4, apartado 3.<sup>965</sup> El RD que regula el uso y supervisión de los libros de texto y demás material curricular correspondiente a las enseñanzas de régimen general<sup>966</sup> dispone en su Disposición Adicional única que “el uso y supervisión de los libros de texto y demás materiales curriculares para la enseñanza religiosa católica y de otras confesiones se atenderán a lo previsto en los respectivos Acuerdos suscritos por el Estado Español”.<sup>967</sup>

---

<sup>962</sup> Artículos II, IV, VI fundamentalmente.

<sup>963</sup> Artículos 10 de cada Acuerdo

<sup>964</sup> Disposición Adicional Segunda, apartado 3 de la LOCE

<sup>965</sup> En el año 1983 el Ministerio de Educación se negó a aprobar los libros de 5 y 6 cursos de EGB. No es una novedad el hecho de que haya habido algunos conflictos entre el Ministerio de Educación y la Comisión Episcopal de enseñanza y catequesis porque el Ministerio se negaba a la aprobación de unos libros propuestos por la jerarquía eclesiástica católica y en opinión de la Comisión Episcopal aquel se pronunciaba sobre aspectos doctrinales que no eran de su competencia. Llegándose a afirmar, a lo largo de los años, que no todo lo legal es conforme con la moral.

<sup>966</sup> RD 1744/1998 de 31 de julio

<sup>967</sup> El Convenio entre la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía y las Diócesis de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre enseñanza de religión católica de 21 de mayo de 1993, reconoce el derecho de la jerarquía eclesiástica a autorizar y desautorizar libros de texto y materiales curriculares al disponer que “la supervisión y, en su caso, la autorización de los proyectos editoriales de libros de texto y material curricular de religión y moral católica corresponderá a la jerarquía eclesiástica y dicha autorización será publicada por la Consejería de Educación y Ciencia en el Boletín de la Junta de Andalucía” (artículo 7). “La jerarquía eclesiástica podrá desautorizar el uso de los libros y materiales de religión realizados en función de los proyectos editoriales autorizados por la misma, en el caso de que no cumplan las características previstas en dicho proyecto editorial y lo comunicará a la Consejería de Educación y Ciencia a los efectos oportunos” (artículo 8). Pero también dispone que “la Consejería de

#### 8.3.2.3.1.3. Profesorado.

El apartado cuarto de la Disposición Adicional Segunda se refiere al profesorado y dispone que “los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, impartan la enseñanza confesional de la Religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Estos profesores percibirán las retribuciones que corresponda en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos”.

Es de contenido similar al Convenio sobre régimen económico laboral de las personas que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, están encargadas de la enseñanza de la religión católica en centros públicos de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria de 26 de febrero de 1999,<sup>968</sup> al que me remito<sup>969</sup>. Si bien, la Disposición Adicional segunda se refiere a los profesores que impartan enseñanza de religión en colegio público, no solo de la religión católica, sino la de las Confesiones que tengan suscrito Acuerdo con el Estado, como la FEREDE y los Islámicos, o que pueda suscribirse. Por lo que se ha de estar a lo que se regule expresamente con respecto a estas confesiones.

#### 8.3.2.3.2. La opción no confesional.

El Gobierno fijará las enseñanzas comunes correspondientes a la opción no confesional.<sup>970</sup> Según los RRDD que las regulan<sup>971</sup> dentro del área de Sociedad, Cultura y Religión, esta opción entiende el hecho religioso como un elemento de la civilización, y las manifestaciones y expresiones históricas de las distintas religiones, como fenómenos que han influido en mayor o menor grado en la configuración social y cultural de los pueblos y en su trayectoria histórica, contribuyendo así esta opción a la formación humanística de los alumnos.

---

Educación y Ciencia, de acuerdo con las competencias que legalmente le corresponde velará para que todos los libros de texto y materiales curriculares usados en los centros andaluces respetan los valores constitucionales, la diversidad de culturas, la ausencia de discriminación, la igualdad de derechos entre sexos, la atención a la cultura andaluza y los derechos de los alumnos de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente. En caso de que no se respeten los principios citados la Consejería de Educación lo comunicará a la jerarquía eclesiástica para que proponga a las editoriales la supresión o modificación de los mismos; si no se procediera a realizar las correcciones correspondientes, la Consejería *podrá no autorizar su uso en los centros escolares*, previa audiencia de las editoriales correspondientes y lo comunicará a la jerarquía eclesiástica a los efectos oportunos” (artículo 9, párrafos 1 y 2). Es decir que se reserva el derecho a desautorizar estos mismos materiales. En el Convenio suscrito entre la Comunidad de Madrid y la Provincia Eclesiástica de Madrid sobre enseñanza religiosa católica el 22 de marzo de 1999 dispone que “será imprescindible el previo dictamen favorable de los órganos competentes de la jerarquía eclesiástica” (artículo 16).

<sup>968</sup> Por Orden de 9 de abril de 1999 se acuerda su publicación.

<sup>969</sup> Apartado 8.2.11. de este trabajo

<sup>970</sup> Disposición Adicional segunda apartado 3 de la LOCE.

<sup>971</sup> A ello nos referiremos en el apartado siguiente de forma extensa

Se trata de una asignatura con dos opciones, una confesional y otra no confesional. En opinión de González de Cardedal la asignatura o área de religión católica tiene que ofrecer el contenido religioso específico, la específica moral católica y, a su vez, ofrecer una información rigurosa, objetiva y serena de toda la Historia de las Religiones y su Ética. Esta propuesta deja el espacio abierto para que otros alumnos los que no opten por la religión, se encuentren con una materia que tiene los mismos contenidos pero en proporción invertida: Historia del Hecho religioso y moral como determinantes de nuestra cultura, trayectoria humana y situación continental. Si a cada uno se le informa de acuerdo a la naturaleza y libertad de su propia opción y se informa a todos *objetivamente* de lo mismo, no se discrimina a nadie.<sup>972</sup> Y además sin la dimensión religiosa la formación integral no es posible, y sin el conocimiento de la tradición cristiana no cabe entender la civilización occidental ni la Historia Universal.<sup>973</sup>

### 8.3.3. Desarrollo Reglamentario de la LOCE. La asignatura de Sociedad, Cultura y Religión.

Este desarrollo reglamentario de la LOCE se inicia con el R.D. 827/2003 de 27 de junio por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo establecida por la L.O. 10/2002 de 23 de diciembre de Calidad de la Educación,<sup>974</sup> dando cumplimiento a lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la LOCE que no ha sido objeto de impugnación por las Comunidades Autónomas.

El calendario de aplicación de la LOCE tendrá un ámbito temporal de cinco años a partir de la entrada en vigor de ésta, es decir, que concluirá en el curso 2007/2008 (artículos 1 y 13 del R.D.).<sup>975</sup>

Las enseñanzas de religión durante los cursos 2003-2004, 2004-2005 y 2005-2006 y en tanto no sean sustituidas por el área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión, las enseñanzas de religión y las actividades de estudio alternativas reguladas en el RD 2438/1994 de 16 de diciembre mantendrán para los alumnos que las cursen los efectos académicos previstos en el Real Decreto.<sup>976</sup>

Y según la regulación de este RD, en el año académico 2004-2005 se implantarán con carácter general, los tres cursos de la nueva ordenación de la Educación

---

<sup>972</sup> González de Cardedal, *Reflexiones con motivo de una sentencia*. Salamanca, 15 de junio de 1994, mencionado en De la Cierva, *Acuerdo sobre Enseñanza...cit.*, p. 393.

<sup>973</sup> Sánchez Cámara, *Religión y escuela*, ABC de 6 de mayo de 2002.

<sup>974</sup> Deroga el artículo 16.4 y la Disposición Adicional séptima del R.D. 986/1991 de 14 de junio y cuantas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en este R.D., de conformidad con lo dispuesto en la Disposición derogatoria única, apartados 1 y 2 del R.D. de 2003.

<sup>975</sup> La entrada en vigor de la Ley se produjo en enero de 2003, este precepto debe ser interpretado en el sentido de que contempla cinco años académicos completos a partir del curso 2003/2004, dada la improcedencia de iniciar el calendario de aplicación de la Ley en fracciones de un curso académico. Por ello el plazo de cinco años académicos concluirán en el curso 2007/2008. Vid. Informe del Consejo de Estado número 1616/2003, p. 8.

<sup>976</sup> Disposición Transitoria primera del RD 827/2003, (BOE de 2 de julio 2003, número 157 que corrige error del RD 827/2003, BOE 154 de 28 junio). Vid., ut supra epígrafes 8.2.6 y 8.2.7 de este mismo capítulo que se refieren respectivamente al RD 2438/1994 de 16 de diciembre y a las Disposiciones Reglamentarias que lo desarrollan.

Infantil, el curso 1º del primer ciclo de la Educación Primaria, los cursos 1º y 3º de la Educación Secundaria Obligatoria, y el primer curso de los programas de iniciación profesional, así como el primer curso de Bachillerato (artículo 5 R.D.).

En el año académico 2005-2006 se implantará, con carácter general, la nueva ordenación de las enseñanzas en los cursos 2º, 3º y 5º de Educación Primaria; los cursos 2º y 4º de Educación Secundaria Obligatoria y el segundo curso de los programas de iniciación profesional; y el segundo curso de Bachillerato. Asimismo se implantará la Prueba General de Bachillerato para obtener el Título de Bachiller (artículo 6 R.D.).

Mientras que en el curso académico 2006-2007 se implantará con carácter general la nueva ordenación de las enseñanzas de los cursos 4º y 6º de Educación Primaria (artículo 7 R.D.).

Y continua con la regulación de los distintos niveles educativos a los que nos vamos a referir a continuación.

#### 8.3.3.1. EDUCACIÓN PREESCOLAR.

Es el R.D. 828/2003 de 27 de junio, el que establece los aspectos educativos básicos de la Educación Preescolar, nivel éste que sustituye al primer ciclo de Educación Infantil.<sup>977</sup>

Tiene carácter *voluntario* para los padres y su finalidad es la atención educativa y asistencial de la primera infancia (artículo 1.1); está dirigida a los niños de hasta tres años (artículo 1.2) en el sentido de que el niño que cumple tres años debe finalizar su educación preescolar y comenzar su educación infantil.<sup>978</sup>

En torno a la cuestión de si es posible que los alumnos de preescolar reciban formación religiosa, el Consejo de Estado se ha manifestado refiriéndose, en primer lugar, a la Disposición Adicional Segunda, apartado 2 de la LOCE, que a su vez se remite al Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales (AEAC) de 1979 y por tanto a su artículo II, que dispone “los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar (...) correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”.

A primera vista, parece existir una contradicción entre este Acuerdo –que garantiza la enseñanza religiosa en Educación Preescolar- y el proyecto del R.D. relativo a la Educación Preescolar que nada dice acerca de la enseñanza religiosa; sin embargo esta contradicción es sólo aparente y la explicación es la siguiente: el citado Acuerdo se suscribió bajo la vigencia de la Ley General de Educación de 1970, en la que la Educación Preescolar comprendía a los alumnos de dos a seis años (art. 13), mientras que en la LOCE, la Educación Preescolar constituye un nivel educativo distinto, que se extiende únicamente hasta los tres años ( y no hasta los seis) por lo que

---

<sup>977</sup> Deroga el R.D. 1330/1991 de 6 de septiembre por que se establecen los aspectos básicos del currículo de la Educación Infantil en lo referente al primer ciclo de dicho nivel, conforme a la Disposición Derogatoria única, apartado 1 del R.D. de 2003.

<sup>978</sup> Vid., Dictamen del Consejo de Estado número 1617/2003 de 12 de junio, p. 9.

no resulta extraño que no mencione este tema. “Esta interpretación material, que atiende a la edad de los alumnos, fue precisamente la que, bajo la vigencia de la LOGSE, se recogió en el R.D, 1330/1991 de 6 de septiembre, por el que se establecen los aspectos básicos de la Educación Infantil, cuya disposición adicional única dispone que “en virtud de lo establecido en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, el currículo del segundo ciclo de la Educación Infantil (por tanto, de tres a seis años) incluirá enseñanzas de religión católica para los alumnos cuyos padres lo soliciten”.

*Así pues, este R.D. a la vista de los términos del Acuerdo no garantizaba la enseñanza religiosa para los alumnos de primer ciclo de Educación Infantil (hasta los tres años).*

Desde este punto de vista, debe entenderse que tales alumnos no se encuentran incluido en los términos del Acuerdo firmado por la Santa Sede, por lo que no cabe formular ninguna objeción de legalidad a los términos actuales del proyecto del R.D.”.<sup>979</sup>

### 8.3.3.2. EDUCACIÓN INFANTIL.

Las enseñanzas comunes de la Educación Infantil vienen reguladas por el R.D. 829/2003 de 27 de junio.<sup>980</sup> Este nivel tiene carácter voluntario y *gratuito* (artículo 1.1.) y su finalidad es el desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y *moral* de los niños (artículo 2).

Con respecto a la enseñanza de la religión dispone que “en virtud de lo establecido en el Acuerdo suscrito entre la Santa Sede y el Estado español, y, en su caso, con lo dispuesto en aquellos otros suscritos, o que pudieran suscribirse, con otras Confesiones religiosas, el currículo de la Educación Infantil incluirá enseñanzas de religión para los alumnos cuyos padres lo soliciten” (Disposición Adicional Primera).

En el primer borrador del proyecto del R.D. se incluía una referencia al hecho religioso que fue posteriormente eliminada ante las peticiones de supresión realizadas por representantes autonómicos.<sup>981</sup>

Aún así el Consejo Escolar del Estado, ha afirmado que debería añadirse el término “religioso” en el articulado, de forma que el artículo 3.1.b) quedaría “observar y explorar su entorno familiar, social, *religioso* y natural” ya que se trata de enmarcar el área de “formación básica en el hecho religioso” para hacer efectivo el criterio de evaluación del artículo 7.2.; añadir un nuevo apartado en este mismo artículo, i) “iniciarse en las realidades del hecho religioso”; y por último considera que debe incluirse un nuevo apartado al artículo 4 apartado 1. f) “formación básica en el hecho religioso”, “ya que las enseñanzas de la religión están reguladas en la Disposición Adicional segunda de la LOCE pudiendo los alumnos o sus padres, elegir dentro de esta área la opción confesional o no confesional. Esta regulación es común en todos los

---

<sup>979</sup> Ibidem, pgs. 12 y 13.

<sup>980</sup> Deroga el R.D. 1330/1991 de 6 de septiembre por el que se establecen los aspectos básicos del currículo de la Educación Infantil en lo referente a lo regulado para el segundo ciclo de dicho nivel, conforme a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única, apartado 1 de este R.D. de 2003

<sup>981</sup> Viceconsejero de Educación de Canarias, Viceconsejero de Asturias y el Secretario General de Educación de Extremadura. Vid., Dictamen del Consejo de Estado número 1615/2003 de 12 de junio, p.3.

niveles y etapas del sistema educativo, por lo que debe incluirse, de nuevo, en la Educación Infantil”.<sup>982</sup>

Sin embargo el Consejo de Estado señala que “lo cierto es que el proyecto del R.D. se limita a reproducir en sus mismos términos los objetivos de la Educación Infantil establecido en el artículo 12.2 de la LOCE, que en ningún momento utiliza el término “religioso” ni se hace mención a la “iniciación en las realidades del hecho religioso”. Además, la Disposición Adicional segunda de la LOCE no impone el área o asignatura Sociedad, Cultura y Religión para todos los niveles educativos pues la propia Ley precisa aquellas etapas en las que la misma es obligatoria, Educación Primaria, artículo 16.2 inciso segundo; Educación Secundaria Obligatoria, artículo 23.1 inciso segundo; Bachillerato, artículo 35.5 inciso segundo. Es decir, esta área solo es obligatoria a partir de la Educación Primaria, por lo que con cabe formular objeción alguna. Cosa distinta es que, como correctamente se precisa en la Disposición adicional primera del propio proyecto, los padres de los alumnos puedan solicitar una educación religiosa confesional en esta etapa de la Educación Infantil si así lo desean”.<sup>983</sup>

#### 8.3.3.3. EDUCACIÓN PRIMARIA.

##### 8.3.3.3.1. Características generales.

Está regulado por el R.D. 830/2003 de 27 de junio, por el que se establece las enseñanzas comunes de la Educación Primaria.<sup>984</sup> Este RD tiene su fundamento jurídico en los artículo 27.5 y 149.1.30 CE.

La LOCE mantiene el nivel de Educación Primaria con la misma estructura anterior, seis cursos académicos, divididos en tres ciclos, de dos cursos cada uno, para alumnos de seis a doce años. Las áreas son las mismas incluidas en la LOGSE a excepción del área de *Conocimiento del medio natural, social y cultura* que pasa a denominarse *Ciencias, Geografía e Historia*. Asimismo se incluye el área de *Sociedad, Cultura y Religión*.

La Educación Primaria tiene carácter obligatorio y gratuito (artículo 1.1.) y su finalidad es garantizar una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de la personalidad del alumno (artículo 2).

El Consejo Escolar del Estado haciendo referencia al proyecto de este RD señala que se ha de incorporar un objetivo que enmarque adecuadamente el área de Sociedad, Cultura y Religión, de forma similar al que en su día presentaba la LOGSE en el artículo 13.e),<sup>985</sup> ello responde también a la Recomendación 1396 sobre “Religión y Democracia” de 27 de enero de 1999 del Consejo de Europa. Por lo que considera que entre los objetivos de este nivel educativo, recogidos en el artículo 3, debería matizarse el objetivo g) “conocer los aspectos fundamentales de las Ciencias de la Naturaleza, la Geografía, la Historia, la Cultura y *la Religión*”; y añadirse un nuevo objetivo, n) “Iniciarse en el aprendizaje de los sistemas religiosos como conjunto de valores básicos que rigen la vida y la convivencia democrática”.<sup>986</sup>

<sup>982</sup> Dictamen del Consejo Escolar del Estado 6/2003 de 30 de abril.

<sup>983</sup> Dictamen del Consejo de Estado número 1615/2003 de 12 de junio, p. 11.

<sup>984</sup> Deroga el RD 1006/1991 de 14 de junio por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación primaria, así como las demás normas de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en este R.D., conforme a lo que establece su Disposición Derogatoria única.

<sup>985</sup> Artículo 13 de la LOGSE disponía que “la Educación Primaria contribuirá a desarrollar en los niños las siguientes capacidades: e) Apreciar los valores básicos que rigen la vida y la convivencia humana, y obrar de acuerdo con ellos”.

<sup>986</sup> Consejo Escolar del Estado, Dictamen número 7/2003 de 30 de abril.

Las enseñanzas de Sociedad, Cultura y Religión que están reguladas en la Disposición Adicional primera de este RD, se desarrollarán con restricto respeto a la Constitución Española.<sup>987</sup> Comprende dos opciones de desarrollo, ambas de oferta obligatoria por los centros docentes, una confesional y otra no confesional.

#### 8.3.3.3.2. Asignatura de oferta obligatoria por los centros.

Así pues, Sociedad, Cultura y Religión es un área o asignatura de *oferta obligatoria* por los centros docentes. Estas enseñanzas forman parte de la programación escolar, el conjunto del área, en su doble vertiente confesional y no confesional deberá proporcionar al conjunto de los alumnos:<sup>988</sup>

- Una formación humana lo más completa posible y garantizar su calidad formativa.
- Deberá enmarcar la expresión religiosa en su contexto histórico y social y dotar a ésta de un sentido de evolución en el tiempo, incluida la dimensión biográfica de los fundadores de las grandes religiones.
- Incluirá la dimensión cultural y artística del hecho religioso, de manera que su conocimiento contribuya, en todo caso, al mejor acercamiento de los alumnos a las distintas expresiones culturales.
- Posibilitará el análisis comparado de los contenidos y líneas básicas de las grandes religiones vigentes hoy en el mundo y su relación con el orden político basado en los derechos fundamentales de las personas.

#### 8.3.3.3.3. Procedimiento de elección de la opción. El horario escolar.

El procedimiento de elección de la opción de desarrollo de esta área se efectuará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1. y el primer inciso del artículo 3.2. del R.D. 2438/1994 de 16 de diciembre,<sup>989</sup> entendiéndose que las menciones de los citados preceptos a religión y a actividades de estudio alternativas se referirán, respectivamente, a las opciones confesional y no confesional del área de Sociedad, Cultura y Religión (Disposición Adicional primera, párrafo 4). Es decir, que los padres, tutores o los mismos alumnos si fueran mayores de edad, podrán manifestar la opción elegida al director del centro en la primera inscripción del alumno al centro, o al comienzo de cada nivel educativo, sin perjuicio de modificarlo al inicio de cada curso escolar.

---

<sup>987</sup> Así lo recoge el párrafo tercero del Preámbulo, y que en opinión del Consejo Escolar del Estado debía haberse añadido “así como a los Acuerdos y Convenios firmados, y los que se pudieran firmar, con las distintas confesiones de notorio arraigo”, recogiendo así el contenido de la LOCE en su Disposición Adicional segunda, apartado 2.

<sup>988</sup> Introducción ANEXO I del RD 830/2003 de 27 junio, de Educación Primaria, Sociedad, Cultura y Religión

<sup>989</sup> Artículo 3 del RD 2438/1994, párrafo 1, dispone: “los padres o tutores de los alumnos, o ellos mismos si fueren mayores de edad, manifestarán, voluntariamente, al director del centro al comienzo de cada etapa o nivel educativo o en la primera adscripción del alumno al centro su deseo de cursar las enseñanzas de religión, sin perjuicio de que la decisión pueda modificarse al inicio de cada curso escolar. Los centros docentes recabarán expresamente esta decisión en la primera inscripción del alumno en el centro al principio de cada etapa.

Párrafo 2: Para los alumnos que no hubieran optado por seguir la enseñanza religiosa los centros organizarán actividades de estudio alternativas...”.



El horario escolar, tanto en el primer ciclo como en los otros dos ciclos del área de Sociedad, Cultura y Religión es de ciento cinco horas (105 h.) conforme a lo dispuesto en el Anexo II de este R.D.

#### 8.3.3.3.4. Evaluación.

La evaluación del aprendizaje de los alumnos será continua, y tendrá en cuenta el progreso del alumno en el conjunto de las distintas áreas. Los maestros evaluarán a los alumnos teniendo en cuenta los objetivos específicos y los conocimientos adquiridos en cada una de las áreas, según los criterios de evaluación que se establezcan en el currículo (artículo 8, párrafos 1 y 2). Por ejemplo, algunos de los criterios de evaluación del primer ciclo del área Sociedad, Cultura y Religión, opción no confesional, son: identificar determinados edificios como lugares sagrados; indicar los grupos religiosos a los que pertenecen y describir sus principales características; conocer las principales fiestas religiosas que se celebran en su entorno o que aparecen en los medios de comunicación; identificar los ritos más importantes de las religiones de su entorno...

Los alumnos que hayan conseguido los objetivos correspondientes al ciclo, establecidos en el currículo, accederán al ciclo o nivel educativo siguiente. Y cuando no haya alcanzado los objetivos, podrá permanecer un curso más en el mismo ciclo (artículo 8, párrafos 3 y 4).<sup>990</sup>

Así pues la evaluación del área Sociedad, Cultura y Religión será del mismo modo que las demás áreas o materias del currículo, haciéndose constar en el expediente académico de los alumnos las calificaciones obtenidas, sea cual fuere la opción elegida.<sup>991</sup>

#### 8.3.3.3.5. Opción Confesional.

Como se ha puesto de manifiesto el área de Sociedad, Cultura y Religión comprende dos opciones: una de carácter confesional y otra de carácter no confesional.

La opción confesional<sup>992</sup> será acorde con la confesión por la que opten los padres o, en su caso, los alumnos, entre aquellas de cuya enseñanza el Estado tenga suscritos Acuerdos (Disposición Adicional primera, párrafo 1 del RD 830/2003).

La enseñanza confesional de la Religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español, y en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros suscritos o que pudieran suscribirse, con otras confesiones religiosas. (apartado 2).

---

<sup>990</sup> Esta medida podrá adoptarse una sola vez a lo largo de la Educación Primaria y exigirá la previa audiencia de los padres del alumno (artículo 8, párrafo 4 in fine).

<sup>991</sup> En el proyecto del RD, la disposición adicional primera se remitía expresamente al artículo 5.1. del R.D 2438/1994 de 16 de diciembre, remisión a la que el Consejo de Estado no hacía ninguna objeción, ya que “es plenamente conforme con los Acuerdos con la Santa Sede a los que se remite la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 10/2002 de Calidad de la Educación. En este aspecto, el proyecto no cambia la regulación previamente existente”. Vid. Consejo de Estado, Dictamen número 1614/2003 de 12 de junio p. 13.

<sup>992</sup> La regulación en este RD es muy similar a la dispuesta en la Disposición Adicional Segunda de la LOCE, por lo que nos remitimos a lo comentado en el apartado 8.3.2.3.1. de este capítulo.

Con respecto a la determinación del currículo de esta opción serán competentes las autoridades religiosas correspondientes. Recordemos que en la actualidad las Órdenes de 20 de febrero de 1992 establece el currículo del área de religión católica en Educación Primaria; la de 28 junio de 1993 dispone la publicación del currículo de la enseñanza religiosa evangélica; y la de 11 de enero de 1996 el currículo de la enseñanza islámica.

Las decisiones sobre utilización de libros de texto y materiales didácticos y, en su caso, su supervisión y aprobación corresponden a las autoridades religiosas respectivas, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos suscritos con el Estado Español. (apartado 3)<sup>993</sup>

#### 8.3.3.3.6. Opción no Confesional. Finalidad.

La opción no confesional entiende el hecho religioso como un elemento de la civilización, y las manifestaciones y expresiones históricas de las distintas religiones, como fenómenos que han influido en mayor o menor grado en la configuración social y cultural de los pueblos y en su trayectoria histórica, contribuyendo así esta opción, a la formación humanística de los alumnos, que completan con ella los conocimientos adquiridos en otras áreas. De esta forma se refiere la Introducción del área de Sociedad, Cultura y Religión del RD 830/2003, anexo I a la finalidad de la opción no confesional.

##### 8.3.3.3.6.1. Dimensiones del hecho religioso.

Tiene en cuenta los distintos aspectos que comprende el hecho religioso, y para ello distingue cuatro dimensiones en las que lo encuadra:

- a) *La dimensión histórica y cultural*, que sitúa el conocimiento de las religiones en su realidad histórica concreta, con sus proyecciones –tanto en las sociedades en las que surgen como en las relaciones entre los pueblos–; condicionamientos y claves culturales y religiosas que han influido en los hechos políticos, sociales y culturales de la civilización.
- b) *La dimensión humanística*, que será desarrollada mediante la combinación de tres tipos de factores relativos a las religiones: 1) las raíces religiosas de muchas estructuras, costumbres y usos sociales de la actualidad; 2) las diferencias entre los códigos de conducta individual y de relación que caracterizan a las distintas religiones, derivadas de sus respectivas concepciones del mundo; 3) la importancia determinante de la libertad de las conciencias y de la libertad religiosa como elementos esenciales de un sistema político de libertad y convivencia.
- c) *La dimensión científica*, que tiende a considerar los hechos religiosos a la luz de la metodología de la historia y de las ciencias sociales y de la naturaleza para *distinguir* con claridad lo que corresponde a éstas y lo que es propio de la dimensión específicamente religiosa.
- d) *La dimensión moral*, resultado del análisis de los diferentes sistemas morales propios de cada religión y del estudio de las diversas posturas que las distintas religiones mantienen respecto de los grandes problemas actuales de la Humanidad.

---

<sup>993</sup> Similar regulación a la contenida en el artículo 4, apartado 3 del RD 2438/1994 de 16 de diciembre por el que se regula la enseñanza de religión.

Y por otra parte, se ha de estimular el interés del alumno por los contenidos de las fuentes escritas de las grandes religiones que recogen sus tradiciones, y que tienen un alto valor literario; asimismo por las representaciones que las distintas culturas han realizado de la religión, como las imágenes, símbolos y rituales de cada sistema religioso; deberá estimular también el ejercicio de la valoración estética de las manifestaciones artísticas de lo religioso, y de su patrimonio histórico cultural, su conservación, reconstrucción y el conocimiento del patrimonio religioso de la Humanidad, utilizando para ello las tecnologías de la información y comunicación.

De tal forma que a lo largo de la Educación Primaria el alumno podrá adquirir unos datos básicos acerca de *la influencia* de los sistemas religiosos y morales en el desarrollo social y cultural de los pueblos en los que han estado o están vigentes.

#### 8.3.3.3.6.2. Objetivos.

Entre los *objetivos* que se persiguen, cabe subrayar los siguientes: a) mantener una actitud de tolerancia y respeto ante las diferencias religiosas (5); b) valorar los sistemas éticos propuestos por las diferentes religiones y las consecuencias que han tenido en la vida de las sociedades en que estuvieron o están vigentes (3); c) conocer y evaluar las respuestas más elementales (mitos, leyendas, modelos) con las que las religiones han respondido a las preguntas que, en todos los tiempos, la Humanidad se ha planteado sobre el origen del mundo, el origen de la vida, la existencia del mal, la muerte...(4); d) conocer las creencias, signos y valores de las religiones y su incidencia en la historia y la sociedad (7); e) valorar la importancia pasada y presente de la tolerancia y la libertad religiosa para la convivencia política pacífica y libre, así como para el desarrollo intelectual, científico y cultural de los pueblos (8).

#### 8.3.3.3.6.3. Contenido y criterios de evaluación en los diferentes ciclos de este nivel.

En cuanto a su contenido y criterios de evaluación son diferentes según el ciclo: en el primer ciclo, los ejes de conocimiento serán las celebraciones y los tiempos sagrados, las imágenes, los símbolos, los libros sagrados y el arte religioso. Así cabe mencionar como contenido de esta opción no confesional: I. Los espacios de la religión.<sup>994</sup> II. El calendario y las fiestas religiosas.<sup>995</sup> III Ritos y cultos.<sup>996</sup> IV. Las imágenes y el arte religioso.<sup>997</sup> V. Los libros sagrados de las religiones.<sup>998</sup>

Los criterios de evaluación que van a seguir los profesores son, entre otros, identificar determinados edificios como lugares sagrados, indicar los grupos religiosos a los que pertenece y describir sus principales características; identificar los ritos religiosos más importantes de las religiones de su entorno; conocer las principales fiestas; reconocer los signos externos de las diferentes religiones...

---

<sup>994</sup> 1.Los lugares del culto en la antigüedad y en la actualidad. 2. Lugares universales de peregrinación y reunión.

<sup>995</sup> 1. Fiestas religiosas de cada semana. 2. Las fiestas de cada año. 3.Los períodos santos.

<sup>996</sup> 1. La oración y la música. 2. Los ritos y sus formas. 3. Actitudes religiosas.

<sup>997</sup> 1. Símbolos de las religiones más importantes. 2. Las representaciones de los dioses griegos y romanos. 3. Las representaciones religiosas más frecuentes del entorno.

<sup>998</sup> 1. La Biblia, el evangelio y el Corán. 2. Los libros sagrados de las religiones orientales.

El contenido del segundo ciclo es el siguiente: I. Nacimiento de las grandes religiones.<sup>999</sup> II. Mitos y leyendas religiosas de la Humanidad.<sup>1000</sup> III. Mapa de las religiones en el mundo y las culturas de hoy.<sup>1001</sup> IV. El arte religioso en el mundo.<sup>1002</sup>

Entre los criterios de evaluación se encuentra el identificar a los fundadores de las principales religiones, conocer sus rasgos y hechos más importantes; conocer los principales mitos y leyendas; localizar las religiones dominantes en los diferentes países y proponer algún rasgo de la sociedad o la cultura del país, referidos a la religión...

En el tercer ciclo de la Educación Primaria el contenido de esta opción no confesional del área de Sociedad, Cultura y Religión es: I. Religiones de la antigüedad.<sup>1003</sup> II. Religiones orientales.<sup>1004</sup> III. Las religiones actuales.<sup>1005</sup> IV. Las constantes de lo religioso.<sup>1006</sup> Los criterios de evaluación son, entre otros, identificar la religión a la que pertenecen los enunciados de determinadas creencias, ritos u opciones morales; reconocer las semejanzas y diferencias que existen entre sus creencias religiosas y opciones morales y los que presentan las distintas religiones que el alumno conoce; identificar el origen religioso de algunas actuaciones o hechos sociales, o de algunas manifestaciones de la cultura y el arte.

Como se puede observar es un contenido bastante completo y extenso, que comprende los distintos aspectos del hecho religioso, histórico-cultural, humanístico, científico y moral, y que pretende dar al educando unas ideas y datos básicos de esta materia.

#### 8.3.3.4. EDUCACIÓN SECUNDARIA OBLIGATORIA.

Es el R.D. 831/2003 de 27 junio por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes de la E.S.O..<sup>1007</sup> En su Introducción se refiere a las enseñanzas

---

<sup>999</sup> 1. Los grandes maestros y profetas de la tradición religiosa oriental. 2. Los fundadores de las grandes religiones del Mediterráneo: Moisés, Jesús y Mahoma.

<sup>1000</sup> 1. Mitos y leyendas sobre el origen del mundo y de la vida. 2. Mitos y leyendas sobre dioses y héroes: en la religión mesopotámica, en Egipto, en Grecia, en Roma y en las religiones incaicas, aztecas y mayas.

<sup>1001</sup> 1. El mapa de las religiones antiguas: su lugar de origen, sus áreas de influencia. 2. Origen y áreas de influencia de las religiones en la actualidad: las religiones orientales; el Judaísmo; el Cristianismo y el Islam.

<sup>1002</sup> 1. Vestigios del arte religioso en el mundo antiguo. 2. Las obras más significativas del arte de las religiones monoteístas.

<sup>1003</sup> 1. Las religiones en Mesopotamia y Egipto. 2. La religión de los griegos y la religión de los romanos.

<sup>1004</sup> 1. Hinduismo y budismo. 2. El sistema ético de Confucio en la sociedad china. El Taoísmo.

<sup>1005</sup> El Judaísmo, el Cristianismo y el Islam.

<sup>1006</sup> 1. La persona, la trascendencia y las mediaciones, estructura básica de toda religión. 2. La expresión de lo religioso en el arte y la cultura, en la organización social y en los hechos de la historia, característica de todas las religiones.

<sup>1007</sup> En la medida en que se vaya implantando la nueva ordenación de este nivel educativo, de acuerdo con el RD 827/2003, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, quedará sin efecto el contenido del RD1007/1991 de 14 de junio, modificado por RD 3473/2000 de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la ESO. Y también quedan derogadas las demás normas de igual o inferior rango en todo aquello que se oponga en este R.D; todo ello de conformidad con lo establecido en la Disposición derogatoria única, derogación normativa del RD 831/2003.

Por otra parte, el apartado 2 de dicha disposición derogatoria en el proyecto del RD había sido redactado de la forma siguiente: "Quedan derogados los artículos 3, 5 a excepción del último inciso del apartado 3, 6.3 y Disposición Adicional única del RD 2438/1994 de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de religión". El Consejo Escolar del Estado indicó que sería conveniente no incluir en una

comunes como los elementos básicos del currículo, en cuanto a los contenidos, objetivos y criterios de evaluación (artículo 8 de la LOCE). Señala que las enseñanzas de Sociedad, Cultura y Religión correspondientes a su opción confesional y no confesional se desarrollarán con estricto respeto a la Constitución Española.<sup>1008</sup>

Los objetivos y contenidos generales se establecen en este RD sin perjuicio de la competencia correspondiente para la elaboración del currículo de la opción confesional.

#### 8.3.3.4.1. Características generales.

La Educación Secundaria Obligatoria comprende cuatro años académicos que se cursarán ordinariamente entre los doce y dieciséis años de edad (artículo 1.1.) y su finalidad es transmitir a los alumnos los elementos básicos de la cultura, así como afianzarles en hábitos de estudio y trabajo y formarlos como ciudadanos responsables (artículo 2).

Entre los objetivos establecidos para este nivel cabe mencionar los siguientes (artículo 5): a) asumir responsablemente sus deberes y ejercer sus derechos en el respeto a los demás, practicar la tolerancia y la solidaridad entre las personas y ejercitarse en el diálogo afianzando los valores comunes de una sociedad participativa y democrática; d) afianzar el sentido del trabajo en equipo y valorar las perspectivas, experiencias y formas de pensar de los demás; j) conocer los aspectos básicos de la cultura y la historia y respetar el patrimonio artístico y cultural; conocer la diversidad de culturas y sociedades, a fin de poder valorarlas críticamente, y desarrollar actitudes de respeto por la cultura propia y por la de los demás.<sup>1009</sup>

El artículo 6 enumera –aparte de las asignaturas optativas- las dieciséis asignaturas obligatorias de la ESO, por orden alfabético, finalizando con “Sociedad, Cultura y Religión”, es decir, enumera a la religión en el orden alfabético que le corresponde como una asignatura más, mientras que la LOCE, en su artículo 23.1., enumera correlativamente las quince asignaturas y al final de párrafo menciona la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión que hace la número dieciséis. En conclusión, “a pesar de existir una redacción distinta, se hace preciso constatar que la Religión en el RD que se dictamina tiene un *claro y evidente apoyo y reconocimiento legal*”.<sup>1010</sup>

La etapa queda estructurada en cuatro cursos, en los dos primeros, entre las asignaturas a impartir, se encuentra la de Sociedad, Cultura y Religión (artículo 7); y en el tercer y cuarto curso se organizan itinerarios formativos con idéntico valor académico y que tienen como finalidad la obtención del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria. Entre las asignaturas comunes a los dos itinerarios del tercer

---

norma que regula las enseñanzas en Educación Secundaria Obligatoria la derogación de normas que no afectan a estas enseñanzas, sino a otros niveles educativos, como sucede con el apartado 3 del artículo 5 del RD2438/1994, que afecta únicamente al nivel educativo de Bachillerato. Además esta misma derogación ha sido incluida de forma reiterada en los tres proyectos que regulan respectivamente las enseñanzas comunes de la Educación Primaria, Secundaria Obligatoria y Bachillerato. Dictamen 8/2003 de 30 de abril, del Consejo Escolar del Estado, apartado 21.

<sup>1008</sup> Al igual que el RD 830/2003 referente a la Educación Primaria, el Consejo Escolar del Estado propuso que se añadiera “así como a los Acuerdos firmados y otros que pudieran firmarse con las distintas confesiones de notorio arraigo”. Ibidem, apartado 3

<sup>1009</sup> El Consejo Escolar del Estado propuso que en la letra j) se añadiera “conocer los aspectos básicos de la cultura, la historia y la religión y respetar...”. Asimismo consideraba oportuno añadir un nuevo objetivo n) Conocer y apreciar las religiones, analizando las diversas propuestas de desarrollo de la capacidad trascendente, e iniciarse en el estudio crítico de la historia comparada de las diferentes religiones”. Ibidem., apartado 5.

<sup>1010</sup> Dictamen 1619/2003 de 12 de junio, del Consejo de Estado, p. 10.

curso –el Tecnológico y el Científico-Humanístico-, como entre los tres del cuarto curso –el Tecnológico, el Científico y el Humanístico-, se encuentra Sociedad, Cultura y Religión (artículo 9).

Una novedad introducida por la LOCE es la existencia de **Programas de Iniciación Profesional**, destinados a alumnos mayores de dieciséis años que no hubieran alcanzado los objetivos de la etapa, a los que podrán acceder también los alumnos de quince años que no siguieran un itinerario formativo de los indicados en el párrafo anterior. Con la superación de todos los módulos de estos Programas de Iniciación Profesional tendrá acceso al título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria (artículo 12). Estos programas tendrán una duración de dos cursos académicos con la siguiente estructura: a) formación básica; b) formación profesional específica. En ambos cursos se impartirá el área de Sociedad, Cultura y Religión, si bien en el segundo curso no se recoge de forma expresa en el artículo 11, aunque en el Anexo se especifica el contenido y los criterios de evaluación en este segundo curso.

La evaluación del aprendizaje de los alumnos será continua y diferenciada según las distintas asignaturas, ámbitos y módulos del currículo. Los profesores evaluarán, además de los aprendizajes de los alumnos, los procesos de enseñanza y su propia práctica docente (artículo 13, apartados 1 y 3).

#### 8.3.3.4.2. La asignatura Sociedad Cultura y Religión.

La asignatura Sociedad, Cultura y Religión viene regulada en la Disposición Adicional primera y tiene un contenido idéntico al recogido en la también Disposición Adicional primera del RD 830/2003 que se refiere a la Educación Primaria. Es de oferta obligatoria por los centros, debiendo elegir los alumnos una de las dos opciones que la componen. Y que se realizará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1. y en primer inciso del artículo 3.2. del RD 2438/1994 de 16 de diciembre, entendiéndose que las menciones de los citados preceptos a Religión y actividades de estudio alternativas se referirán respectivamente, a las opciones confesional y no confesional de esta área.

La enseñanza confesional de la religión se ajustará a los Acuerdos suscritos y que puedan suscribirse con otras Confesiones. La determinación del currículo y las decisiones sobre la utilización de libros de texto y materiales didácticos será competencia de las autoridades religiosas.

Y las enseñanzas comunes de la opción no confesional están incluidas en el anexo I, al que nos vamos a referir más adelante.

El horario escolar de esta asignatura viene recogido en el Anexo II de este RD., siendo en el primer y tercer curso de 35 horas en cada uno de ellos, y en el segundo y cuarto curso de 70 horas respectivamente.

La enseñanza de Sociedad, Cultura y Religión en su opción no confesional se atribuye a profesores especialmente idóneos para su impartición, considerándose idóneos a los profesores de Geografía e Historia, así como a los de Filosofía de los Cuerpos de Catedráticos y de Profesores de Enseñanza Secundaria (Disposición Adicional séptima del RD).

Tanto en el articulado del RD como en la Disposición Adicional primera no se menciona nada de forma expresa acerca de la evaluación de la enseñanza de Sociedad,

Cultura y Religión por lo que ha de entenderse que es evaluable y de la misma forma que las demás asignaturas.

No ocurría así en el proyecto del R.D. sometido al dictamen tanto del Consejo Escolar del Estado como del Consejo de Estado, en cuya Disposición Adicional primera se afirmaba en su apartado cuatro que esta asignatura se impartirá según los criterios determinados en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación y sus calificaciones “no computarán a los efectos de los artículos 15 (promoción) y 18.2 y 3 (título de Graduado en ESO) del presente Real Decreto”. Es decir, que la cuestión que planteaba el precepto era la exclusión de la calificación obtenida en la asignatura Sociedad, Cultura y Religión, a efectos de promoción y obtención del título de Graduado en ESO, cambiando así el sistema vigente, ya que el artículo 5.1. del RD 2438/1994 sí que reconocía evaluabilidad y computabilidad de las enseñanzas de la religión en la ESO.

Ante esta cuestión el Consejo Escolar del Estado propone suprimir la Disposición adicional primera por los siguientes motivos: 1) porque “introduce requisitos nuevos a los establecidos en la Ley para la promoción y la titulación sin que la propia ley determine que se fijarán condiciones diferentes para unas asignaturas y para otras respecto a la promoción y titulación, de tal modo que, en esta Disposición adicional primera, el RD no desarrolla, sino que modifica, altera y, por lo mismo, contraviene lo dispuesto en las correspondientes previsiones de la Ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación. 2) por coherencia con el enunciado f) de los principios de calidad enumerados en la LOCE.<sup>1011</sup> 3) porque introduce un elemento distorsionante en la evaluación de esta asignatura y la desvirtúa substancialmente al desactivar el efecto motivador de la función de control que toda evaluación lleva. No estimula a los alumnos ni premia su esfuerzo, y desmotiva a los profesores de esta asignatura (opción no confesional) que, con el tratamiento que se da a su evaluación, resulta gravemente devaluada frente a las demás”.<sup>1012</sup>

Por otra parte, la Conferencia Episcopal Española, el 8 de mayo de 2003, alega la “necesidad de que el proyecto en cuestión establezca la “plena evaluabilidad y computabilidad” de la asignatura o área denominada Sociedad, Cultura y Religión y ello, a todos los efectos, al igual que la casi totalidad de las demás asignaturas. Además se da la contradicción de que dicha evaluabilidad y computabilidad se da en la Enseñanza Primaria y no en la de ESO/Bachillerato”. Añade, además que el proyecto en su actual redacción creará desmotivación en los alumnos y, a medio y largo plazo, desigualdades estructurales en el sistema educativo. Finalmente, alega y hace mención del dictamen del Consejo de Estado de tres de noviembre de 1994, en el que se remarca el propósito de evitar cualquier discriminación que vulnere el artículo 14 de la Constitución que establece la igualdad ante la Ley, “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En conclusión, la Conferencia Episcopal considera que “no es legal el apartado 4 de la Disposición adicional primera del proyectado RD de la ESO, que debe sustituirse por otro precepto similar al que figura en el RD 2438/1994 de 16 de diciembre, por el que se regula la Enseñanza de la Religión en los Centros Docentes”.<sup>1013</sup>

Mientras que el Consejo de Estado considera que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión –la enseñanza de la religión y en particular su evaluación,

---

<sup>1011</sup> Artículo 1 de la LOCE: “son principios de calidad del sistema educativo: f) la consideración de la responsabilidad y del esfuerzo como elementos esenciales del proceso educativo”.

<sup>1012</sup> Dictamen 8/2003 de 30 de abril del Consejo Escolar del Estado, apartado 17.

<sup>1013</sup> Antecedente sexto del Dictamen 1619/2003 de 12 de junio del Consejo de Estado, pgs. 4 y 5.

computación y efectos- se hace necesario partir de los principios configuradores de la misma. Tales principios arrancan de la Constitución, artículo 27.3, un derecho que según interpretación del Tribunal Constitucional<sup>1014</sup> deriva de la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27.1 de la CE, entendida a su vez como proyección de la libertad ideológica y religiosa y de la libertad de expresión; todo ello con el objeto último de obtener “el pleno desarrollo de la libertad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” como expresa el apartado 2 del citado precepto constitucional. Finalmente este derecho se encuentra hoy consagrado en el plano legislativo por los artículos 3.1.c) y 2.2, apartados a) b) de la LOCE.

“La concepción de la LOCE en cuando al diseño de la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión *representa una variación sustancial respecto al modelo anterior*. La Ley crea la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión que comprenderá dos opciones de desarrollo: una de carácter confesional y otra de carácter no confesional; ambas de oferta obligatoria por los centros debiendo elegir los alumnos una de ellas. Además dicha asignatura se incluye entre las asignaturas comunes de las enseñanzas mínimas.

A vista de lo anterior, *se considera oportuno el replanteamiento del proyecto del RD, al objeto de dotarle de mayor congruencia con lo dispuesto por el sistema legal*. Puesto que las opciones de desarrollo hoy existentes se han integrado en una asignatura común –a diferencia del sistema anterior, en el que la asignatura de Religión convivía con estudios alternativos de carácter complementario-; ya que se ha optado por dotar a la opción no confesional de una mayor consistencia en su contenido –lo que se observa con el reforzamiento de los objetivos, contenidos y criterios de evaluación de la misma que se introducen en el Anexo I-; y puesto que, en consecuencia, se ha construido como una asignatura evaluable en sus dos opciones, ha de justificarse la razón de la no computabilidad de la misma a determinados efectos, algunos tan relevantes como el derecho al certificado con efectos académicos posteriores, en el que constará la evaluación positiva de todas las asignaturas y en cuya expedición haciendo constar también la evaluación positiva en la asignatura Sociedad, Cultura y Religión *puede estar interesado el alumno que pretenda usar de tal certificación para acceder a un campo laboral cercano a los contenidos de esta asignatura*.

Por otro lado, esta previsión no parece responder inequívocamente y sin mayor justificación a los objetivos que el propio legislador, en la exposición de motivos señala como “ejes fundamentales” de la reforma educativa: el del esfuerzo y exigencia personal y el de la evaluación, reconocido como derecho del alumno, cuya frustración por una norma como la proyectada debe ponderarse.

*Por ello, no aparece suficientemente justificado el abandono de la evaluabilidad y computabilidad de las opciones confesional y no confesional del sistema anterior (artículo 5.1. del RD 2438/1994).*

El Consejo de Estado hace una precisión adicional señalando que la sentencia del Tribunal Supremo que apreció la legalidad del RD 2438/1994 de 16 de diciembre,<sup>1015</sup> hacía hincapié en que “consta como acreditado estadísticamente en el expediente que las calificaciones obtenidas en formación religiosa son más altas que las del resto de las asignaturas del currículo” razón por la cual, al discriminarse a los alumnos que cursaban la asignatura alternativa, era legal no computar las asignaturas. Para evitar este efecto, sería conveniente que, si se opta por un modelo de equiparabilidad (y por tanto, de evaluabilidad y computabilidad) se estableciera un

---

<sup>1014</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero

<sup>1015</sup> STS 14 de abril de 1998, FJ. 5



mecanismo de seguimiento del sistema a efectos de realizar, en el futuro, en su caso, rectificaciones o de adoptar otras medidas pertinentes para evitar la discriminación.

Y finaliza afirmando, *“en conclusión, a la vista de las anteriores consideraciones, se sugiere la conveniencia de replantear la norma contenida en la disposición adicional primera, apartado 4, del proyecto, en el sentido de su sustitución por otra que establezca la computabilidad de la asignatura Sociedad, Cultura y Religión (volviendo al sistema establecido en el artículo 5.1. del RD 2438/1994) siempre que se refuercen los contenidos y se pongan mecanismos que eviten la discriminación”*.

#### 8.3.3.4.2. La opción no confesional: contenido, objetivos y criterios de evaluación.

Está regulada de forma detallada en el Anexo I del RD 831/2003. La Introducción es similar a la recogida en el RD de la Educación Primaria, a la que nos remitimos, habla de la finalidad de esta asignatura, de las dimensiones del hecho religioso y valores del factor religioso: el valor literario de las fuentes escritas que recogen sus tradiciones, el valor de las representaciones que las distintas culturas han realizado de la religión, como las imágenes, símbolos rituales, y el rico patrimonio histórico, artístico y cultural de los distintos edificios religiosos...

Los objetivos que se persiguen son, entre otros, los siguientes: 1) encuadrar el nacimiento y desarrollo de las religiones dentro de una situación histórica y relacionarlas con el desarrollo de los pueblos; 2) conocer los hechos más significativos de las tres religiones que han influido en la historia y cultura de España; 3) aplicar estructuras y métodos propios del estudio científico de la religión al conocimiento de los hechos y problemas actuales de las religiones; 4) valorar las tradiciones religiosas y el patrimonio sociocultural que ha generado; 5) analizar los sistemas morales propuestos por las diferentes religiones y los *procesos históricos, intelectuales, culturales y políticos, que han convertido la libertad de conciencia y la libertad religiosa en el fundamento de la civilización occidental*.

En cuanto al contenido, el Consejo de Estado consideró que “el contenido de la opción no confesional debía matizarse para que tuviera un rigor mayor, incluso todavía más del que sin duda ya tenía según aparecía descrita en el Anexo de Áreas, al haberse reforzado mucho los contenidos si se compara con el de las “actividades de estudio alternativas” existentes en el sistema de 1994 y que fueron reguladas, en último término, por la Resolución de 16 de agosto de 1995 de la Dirección General de Renovación Pedagógica, en línea, por lo demás, con lo previsto en la propia Exposición de Motivos de la LOCE al aludir a la necesidad de dar a esta asignatura “el tratamiento académico que le corresponde por su importancia para una formación integral”, por ello debería quizás completarse su contenido con otras referencias adicionales a otras manifestaciones del hecho religioso en las sociedades no occidentales”.<sup>1016</sup>

En el proceso que el alumno de ESO va desarrollando en torno a las grandes cuestiones del sentido de la vida, descubre y constata la religión como una de las fuentes de sentido que la humanidad ha ido desarrollando a lo largo de la Historia.

---

<sup>1016</sup> Dictamen 1619/2003 de 12 de junio, del Consejo de Estado, pgs. 13 y 14

Por eso, el alumnos del primer curso, efectuará un recorrido por las religiones en su historia. Así bajo el epígrafe de *Historia de las religiones*, el contenido es el siguiente: 1. Arte y religión en los pueblos prehistóricos.<sup>1017</sup> 2. La religión en Mesopotamia y Egipto.<sup>1018</sup> 3. Religiones de la tradición indoeuropea: hinduismo, budismo.<sup>1019</sup> 4. Religión en Grecia y en Roma.<sup>1020</sup> 5. Las religiones de la América precolombina.<sup>1021</sup> Y entre los criterios de evaluación cabe mencionar el identificar las religiones ya desaparecidas y localizar su posible influencia en determinados elementos de nuestra tradición cultural; o construir e interpretar esquemas históricos en los que se establezcan referencias paralelas entre las religiones de los distintos pueblos a lo largo de su historia; o comparar las propuestas que desarrollan las distintas religiones y las consecuencias que las mismas tienen en los comportamientos morales de las personas...

El contenido del segundo curso, bajo el epígrafe *Los componentes temáticos del fenómeno religioso*, analiza los grandes temas del fenómeno religioso, comprende: 1. Una realidad en dos dimensiones. Lo religioso y lo profano. 2. Politeísmo y Monoteísmo. Dioses y Dios: la trascendencia del ser supremo. 3. Las mediaciones del hecho religioso. El mito y los relatos. El rito y las celebraciones. La oración. La moral. 4. La actitud religiosa. La persona ante el misterio, el temor y la fascinación de lo religioso. 5. Los grandes interrogantes. El origen de la vida, el sufrimiento y la muerte. Las religiones y el sentido de la vida.

Siendo los criterios de evaluación, entre otros, los siguientes: a) identificar los principales elementos que constituyen el fenómeno religioso y las relaciones que se establecen entre ellos; b) identificar las preguntas por el sentido de la vida y señalar cuáles son los grandes temas sobre los que giran en relación con otras preguntas más orientadas al ámbito científico; c) establecer relaciones entre los ritos y las celebraciones de las religiones con los ciclos y ritmos de la vida humana identificando las constantes que se presentan en las distintas religiones; d) identificar en oraciones de las diferentes religiones las actitudes básicas de una persona religiosa...

En el tercer curso se pone énfasis en las tres religiones monoteístas presentes en la historia de nuestra cultura y su contenido es el siguiente: 1. Historia y religión del pueblo de Israel. La tradición bíblica. 2. El cristianismo primitivo y su desarrollo. 3. El cristianismo en la sociedad y en las instituciones de Europa Medieval. 4. El Islam: doctrina, civilización y culturas. 5. Las tres culturas religiosas en la Península Ibérica en la Edad Media y la formación del Estado moderno. Religión y Estado. 6. Humanismo, Reforma y Contrarreforma. Guerras de Religión. Tolerancia. Separación entre Estado y Religión.

Se recogen como criterios de evaluación el establecer las relaciones entre el judaísmo, el cristianismo y el Islam en el momento de sus respectivos nacimientos con el fin de poner de manifiesto su tradición común y sus diferencias; examinar los efectos

---

<sup>1017</sup> Interpretación del paradigma religioso en cuevas y cavernas durante la prehistoria. La sociedad de cazadores y los cultos totémicos: el arte rupestre y su significado religioso. Los cultos funerarios y significación de los enterramientos.

<sup>1018</sup> Mesopotamia: las ciudades-Estado y su dios. Las claves de la religión de Egipto.

<sup>1019</sup> Múltiples dioses y fuerzas de la naturaleza en el Hinduismo. El camino de Buda.

<sup>1020</sup> Origen de los dioses griegos en la tradición indoeuropea. Mitos y dioses en Grecia. El Panteón original romano y su referencia a la religión griega.

<sup>1021</sup> Los aztecas, los mayas, los incas. El cristianismo en el continente americano.

que las tres religiones monoteístas han producido a lo largo de su historia en sus relaciones mutuas...entre otros.

En el cuarto curso conocerán la existencia de los principales debates y reflexiones del hecho religioso, forjados en Occidente desde el siglo XVII, cuyo contenido es el siguiente: 1. Cristianismo, Ilustración y Liberalismo. 2. Ciencia y religión en la Europa del siglo XIX. Anticlericalismo y clericalismo. 3. Totalitarismo y religión en el siglo XX. El ateísmo de Estado. La catástrofe moral de los totalitarismos. El Holocausto. 4. Islam contemporáneo: tradicionalismo, reformismo, integrista y revisionismo crítico. 5. Judaísmo: tradición y modernidad.

Se recogen como criterios de evaluación el identificar la evolución de la historia de las tres grandes religiones monoteístas; identificar los conflictos entre el cristianismo y la modernidad en la Europa de los siglos XVII, XVIII y XIX; describir la respuesta que estas religiones dan a los problemas de la modernidad social y cultural, el desarrollo científico, la libertad individual y la democracia política, y analizar y valorar la evolución del cristianismo en España en los siglos XIX y XX.

#### 8.3.3.4.3. **Ámbito de la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión en los Programas de Iniciación Profesional.**

Como hemos visto la existencia de los Programas de Iniciación Profesional es una de las novedades introducidas por la LOCE y consta de dos cursos, en los que se imparte también la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión que deberá aportar a los alumnos una formación que les permita comprender y situarse en su propio entorno, dada la relevancia de las manifestaciones religiosas en el desarrollo de nuestra propia cultura, como se pone de manifiesto en la Introducción de su regulación. Y añade que este currículo aporta los elementos básicos para comprender las claves de religión desde sus propios orígenes. Aborda los grandes hitos de su evolución posterior, así como de la influencia que ha tenido en la cultura de nuestra sociedad y en la generación de principios y valores sociales.

Deberá ser desarrollada fundamentalmente con un método experimental a partir de los fenómenos culturales de carácter religioso que el alumno pueda identificar adaptándose a su diversidad como a sus actitudes e intereses.

El horario escolar correspondiente a las enseñanzas comunes para los Programas de Iniciación Profesional, para la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión es de 35 horas para el primer curso y 35 horas para el segundo curso.

Como objetivos propuestos se especifican los siguientes: 1. Encuadrar el nacimiento y desarrollo de las religiones dentro de su propia situación histórica. 2. Conocer los hechos más significativos de las tres religiones que han influido en la historia y la cultura de España. 3. Valorar las tradiciones religiosas y el patrimonio sociocultural que han generado. 4. Comprender como un valor objetivo la preparación práctica, previa al inicio de la vida laboral. 5. Potenciar como valores positivos el esfuerzo personal y la autoestima en el propio proceso de aprendizaje.

El contenido del primer curso comprende: 1. El hecho religioso. Primeras concepciones religiosas: animismo, zoomorfismo, antropomorfismo. 2. El politeísmo.

La religión del antiguo Egipto. Mitología grecorromana. 3. Principales religiones de Asia: Hinduismo, Budismo. 4. Monoteísmo: la Biblia como fuente de las tres grandes religiones monoteístas. 5. El Judaísmo: Historia y religión del pueblo de Israel. 6. El Cristianismo. Nacimiento y expansión. 7. El Islam. Nacimiento y expansión. 8. Las relaciones del Cristianismo, Judaísmo y el Islam en la Península Ibérica.

Siendo los criterios de evaluación, entre otros, identificar la pervivencia de las antiguas religiones politeístas en nuestra cultura; identificar los momentos fundacionales de las tres grandes religiones monoteístas en torno a la experiencia de los fundadores; establecer las relaciones entre el judaísmo, el cristianismo y el Islam a lo largo de la historia; valorar la influencia de las tres religiones monoteístas en la configuración de nuestra propia historia.

El segundo curso se referirá a: 1. Humanismo, Reforma y Contrarreforma. 2. Cristianismo, Ilustración y Liberalismo. 3. Ciencia y religión en la Europa del siglo XIX. 4. Totalitarismo y religión en el siglo XX. La catástrofe moral de los totalitarismos. 5. Islam contemporáneo: tradicionalismo, reformismo e integrismo. 6. Judaísmo: el establecimiento del Estado de Israel. Tradición y modernidad.

Y como criterios de evaluación se establecen entre otras: analizar la evolución de la historia de estas religiones monoteístas desde el siglo XVI hasta nuestros días; analizar el papel de las diferencias religiosas y culturales estudiadas en el mantenimiento de la paz o el estallido de conflictos.

Hasta aquí la regulación de la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión -en su opción no confesional- en la Educación Secundaria Obligatoria que es amplia y detallada, bastante completa ya que recoge todos los aspectos en los que, de una u otra forma ha estado presente, o se ha proyectado el hecho religioso de las distintas religiones, tanto en la historia remota, en la mediata y la inmediata, hasta nuestros días.

#### 8.3.3.5. BACHILLERATO.

Este nivel educativo está regulado por el RD 832/2003 de 27 junio, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes del Bachillerato.<sup>1022</sup> Etapa

---

<sup>1022</sup> En la medida en que se vaya implantando la nueva ordenación del Bachillerato establecida en este RD, de acuerdo con lo dispuesto en el RD 827/2003 de 27 junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, quedará sin efecto el contenido del RD 1700/1992 de 29 de noviembre por el que se establece la estructura del Bachillerato, y del RD 1178/1992 de 2 octubre por el que establecen las enseñanzas mínimas de Bachillerato. Asimismo quedan también derogadas las demás normas de igual o inferior rango en cuanto se opongan a lo establecido en este Real decreto. (Disposición derogatoria única). Si bien hay que tener en cuenta que el RD 3474/2000 de 29 de diciembre, modificó los RRDD referidos, fundamentalmente en lo que afecta a las enseñanzas comunes (entonces mínimas) que estos contenían. Pero esta modificación se llevó a cabo utilizando la técnica normativa que el Consejo de Estado ha dado en llamar de “incrustación”, según la cual los RRDD aprobados en 1991 permanecen en vigor, introduciendo en los mismos las modificaciones contempladas en el RD 3474/2000. Por lo que la derogación de los RRDD mencionados ocasiona asimismo la derogación de este RD 3474/2000. En opinión del Consejo Escolar del Estado, se debería reflexionar sobre este importante extremo y sus graves consecuencias, modificándose la redacción de esta disposición. Vid. Dictamen 9/2003 de 30 de abril, apartado 16.

Por otra parte, el apartado 2 de la Disposición Derogatoria del proyecto fue redactado de la siguiente forma: “Quedan derogados los artículos 3, 5 a excepción del último inciso del apartado 3, 6.3 y Disposición Adicional única del RD 2438/1994 de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de

esta que comprende dos cursos académicos (artículo1) y tiene como finalidad proporcionar a los alumnos una educación y formación integral, intelectual y humana, así como los conocimientos y habilidades que les permitan desempeñar sus funciones sociales y laborales con responsabilidad y competencia (artículo 3).

#### 8.3.3.5.1. Aspectos generales.

Objetivos.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 34.2. de la LOCE, los alumnos deberán desarrollar a lo largo del Bachillerato unas determinadas capacidades, entre otras, a) consolidar una sensibilidad ciudadana y una conciencia cívica responsable, inspirada por los valores de las sociedades democráticas y los derechos humanos, y comprometida con ellos; b) afianzar la iniciativa personal, así como los hábitos de lectura, estudio, y disciplina, como condiciones necesarias para el eficaz aprovechamiento del aprendizaje, y como medio de desarrollo personal; c) conocer, desde una perspectiva universal y plural, las realidades del mundo contemporáneo, sus antecedentes históricos y los principales factores de su evolución; j) afianzar el espíritu emprendedor con actitudes de creatividad, flexibilidad, iniciativa, confianza en uno mismo, sentido crítico, trabajo en equipo y espíritu innovador (artículo 6). En opinión del Consejo Escolar del Estado se debía añadir un nuevo objetivo: “analizar críticamente el ejercicio de la libertad religiosa en los distintos ámbitos de la sociedad, la cultura, la ética y la política”, ya que se trata de enmarcar adecuadamente la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión y, además la formulación del nuevo objetivo que se solicita está inspirada en la Recomendación 1396 “Religión y Democracia” de 1999 del Consejo de Europa.<sup>1023</sup>

El Bachillerato se organizará (artículo7) en asignaturas comunes –entre las que se encuentra la de Sociedad, Cultura y Religión-; en asignaturas específicas de las distintas modalidades –que son tres, Artes, Ciencias y Tecnología; y Humanidades y Ciencias Sociales- y en asignaturas optativas –corresponde a las Administraciones educativas la regulación de la oferta de estas asignaturas (artículo 13)-.

La evaluación será continua y se realizará de forma diferenciada, según las distintas asignaturas del currículo; asimismo los profesores evaluarán tanto los aprendizajes de los alumnos como los procesos de enseñanza y su propia práctica docente, en relación con el logro de los objetivos educativos del currículo (artículo 14).

El RD establece los criterios para la promoción de los alumnos, la prueba extraordinaria, la repetición de curso, la permanencia en la etapa educativa y el paso de una modalidad a otra (artículos 16 y 17); y se refiere también a la autonomía pedagógica y organizativa de los centros, tanto públicos como privados, haciendo posible la ampliación del currículo, del horario lectivo y del calendario escolar en estos últimos (artículo 18).

Se regula las condiciones de obtención del título de Bachillerato y del Certificado de Bachillerato (artículo 19). Para obtener este título será necesaria la evaluación positiva en todas las asignaturas de la modalidad cursada y la superación de

---

religión”. El mismo Consejo Escolar del Estado consideraba conveniente no incluir en una norma que regula las enseñanzas de Bachillerato la derogación de normas que no afecta a estas enseñanzas, sino a otros niveles educativos, como sucede con el apartado 1 y 2 del artículo 5 del RD 2438/1994, que afectan únicamente a los niveles educativos de Educación Primaria y ESO. Ibidem.

<sup>1023</sup> Ibidem, apartado 4

una Prueba General de Bachillerato; el título será único y en él constará la modalidad cursada y la calificación final obtenida. Ésta se calculará ponderando un 40 por ciento la calificación obtenida en la Prueba General de Bachillerato y un 60 por ciento la nota media del expediente académico del alumno en el Bachillerato.

La evaluación positiva en todas las asignaturas de cualquier modalidad de Bachillerato da derecho a un certificado que surtirá efectos laborales y posibilitará el acceso a ciclos formativos de grado superior.

#### 8.3.3.5.2. La asignatura Sociedad, Cultura y Religión.

##### 8.3.3.5.2.1.Regulación en la Disposición Adicional primera. Horario.

Los elementos básicos del currículo de Bachillerato se especifican en el Anexo I del RD. Entre las asignaturas comunes se encuentra, como una más, la de Sociedad, Cultura y Religión (apartado I). Su regulación se encuentra recogida, como en los restantes RD anteriormente mencionados, referidos a la Educación Primaria y a ESO, en la Disposición Adicional primera, con un contenido muy similar en cuanto que pone de manifiesto que se trata de una asignatura con dos opciones, una confesional y otra no confesional, ambas opciones de oferta obligatoria por los centros, debiendo elegir los alumnos una de ellas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1. y en el primer inciso del artículo 3.2. del RD 243871994, salvando las diferencias interpretativas, que en este caso se refiere a la opción confesional y a la opción no confesional (y no a actividades de estudio alternativas).

De la determinación del currículo de la enseñanza confesional de la Religión y de las decisiones sobre los libros de texto y material didáctico serán competente las correspondientes autoridades religiosas, de conformidad con los Acuerdos suscritos en esta materia o que puedan suscribirse. Las enseñanzas comunes de la opción no confesional están incluidas en el anexo I de este RD.

El horario viene recogido en el Anexo II, siendo para Sociedad, Cultura y Religión de 70 horas en el primer curso; con respecto al segundo curso, las Administraciones educativas podrán ofrecer un Seminario de Sociedad, Cultura y Religión, con carácter voluntario para los alumnos, de una hora semanal.<sup>1024</sup>

##### 8.3.3.5.2.2. Referencia a su evaluación. Argumentos de distintas instituciones y sectores.

Con respecto a las calificaciones de esta asignatura, se produce un cambio, con respecto a los demás niveles educativos –Educación Primaria y ESO- ya que a la Disposición adicional primera se le añade un apartado mas -el quinto- que se refiere de forma expresa a este aspecto afirmando que “las calificaciones obtenidas en la evaluación de la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión no computarán en las convocatorias para la obtención de becas y ayudas al estudio que realicen las

---

<sup>1024</sup> La Federación de Trabajadores de la Enseñanza de UGT propuso una redistribución de las horas asignadas en el Anexo II a esta asignatura. Dictamen número 1618/2003 de 12 de junio del Consejo de Estado p. 9

Administraciones públicas cuando hubiera que acudir a la nota media del expediente para realizar una selección entre los solicitantes”.<sup>1025</sup> Es decir que sus calificaciones no serán computables a determinados efectos.

Si bien, hay que señalar que en el proyecto del RD, en la Disposición Adicional primera, en el entonces apartado cuatro se disponía que “las calificaciones obtenidas en la evaluación de la asignatura Sociedad, Cultura y Religión no computarán a los efectos previstos en los artículos 16 ( promoción y permanencia) y 19 (título de Bachiller) del presente RD ni en las convocatorias para la obtención de becas y ayudas al estudio que realicen las Administraciones públicas cuando hubieran de acudir a la nota media del expediente para realizar una selección entre los solicitantes”. Hubo distintas manifestaciones en torno a esta cuestión, así el Consejo Escolar del Estado propuso suprimir esta Disposición Adicional primera dando los mismos argumentos recogidos con motivo de la regulación de las enseñanzas comunes de la ESO, esto es, porque el RD no desarrolla sino modifica, altera y por tanto contraviene lo dispuesto en la LOCE, por coherencia del artículo 1.f) LOCE y porque introduce un elemento distorsionante en la evaluación de esta asignatura.<sup>1026</sup>

La Federación Española de Religiosos de la Enseñanza estima que es un elemento que puede generar inseguridad jurídica y resultar contrario al marco legal establecido por la LOCE, la regulación por los diversos proyectos de desarrollo, de la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión (Disposición Adicional primera), pues dicha regulación establece diferencias por niveles educativos en cuanto a la consideración de la asignatura a efectos de evaluación y promoción de los alumnos; sin embargo la disposición adicional segunda de la LOCE no establece ninguna diferenciación en este sentido.<sup>1027</sup>

La Conferencia Episcopal Española afirma que no se ajusta a la LOCE, y que por tanto ha de sustituirse por un precepto similar al previsto en el RD de Educación Primaria, es decir, remitiendo a un sistema de plena evaluabilidad y computabilidad de dicha asignatura. Fundamenta tal alegación en el sistema normativo y el sistema educativo vigente, que requiere tal evaluación plena y que los estudios y evaluaciones computen a todos los efectos (con apoyo de la Constitución, artículo 27.3 en especial; AEAC de 1979; y artículos 1 f), 2.1.c. y 5) de la LOCE; e igualmente en una interpretación de la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen de 3 de noviembre de 1994) sustentadora, a su entender, de la adecuación de un sistema de plena evaluación de la asignatura de Religión en el marco normativo anterior, y que por ello, en el nuevo marco que viene a deparar la LOCE, ha de conducir a la supresión de cualquier restricción en el cómputo de tal asignatura.<sup>1028</sup>

El Consejo de Estado da unos argumentos muy similares a los recogidos en el dictamen que se refiere a la ESO,<sup>1029</sup> si bien con las diferencias propias de la regulación

---

<sup>1025</sup> Recordemos lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 19, la calificación final del Bachillerato se calculará ponderando un 40 por ciento la calificación obtenida en la Prueba General de Bachillerato y un 60 por ciento la nota media del expediente académico del alumno en Bachillerato. Es decir que se tendrán que hacer dos notas medias, una cuando se trate de acceso a la Universidad, y otra para obtener becas y ayudas de estudio, tratándose como se trata de una asignatura común, obligatoria y que contribuye a la formación integral del alumno, favoreciendo la calidad tanto de la enseñanza impartida por el centro como la recibida por el alumno, además de que el preámbulo del RD subraya que se establece las nuevas enseñanzas de Sociedad, Cultura y Religión, en las dos opciones confesional y no confesional, con estricto respeto a la Constitución española. Es como un vestigio de la anterior regulación.

<sup>1026</sup> Dictamen 9/2003 de 30 de abril, del Consejo Escolar del Estado, apartado 13.

<sup>1027</sup> Recogido en el antecedente tercero, in fine, del Dictamen 1618/2003 del Consejo de Estado, p. 10

<sup>1028</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>1029</sup> Al que nos remitimos.

concreta de este nivel de Bachillerato. Afirma que el diseño de la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión establecido por la LOCE representa una variación sustancial respecto del modelo anterior. Además, dicha asignatura se incluye entre las asignaturas comunes de las enseñanzas mínimas (artículo 35.5, último párrafo). Dicha configuración, como asignatura común a desarrollar en una de las dos opciones, se reitera por el proyecto sometido a consulta, en su artículo 8.1. y Disposición Adicional primera; y además establece los elementos básicos del currículo correspondiente a la opción no confesional, en su anexo I... Puesto que las opciones de desarrollo hoy existentes se han integrado en una asignatura común –a diferencia del sistema anterior, en el que la asignatura de religión convivía con estudios alternativos de carácter complementario-; y puesto que se ha construido como asignatura evaluable en sus dos opciones, ha de justificarse la razón de la no computabilidad de la misma a determinados efectos, algunos tan relevantes como el derecho al certificado con efectos laborales y académicos posteriores (ciclos formativos de Grado Superior) en el que constará la evaluación positiva de todas las asignaturas (artículo 19.5 del proyecto), y cuya expedición, haciendo constar también la evaluación positiva en la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión, puede estar interesado el alumno que pretenda usar de tal certificación para acceder a un campo laboral cercano a los contenidos de esta asignatura.

Y añade que la introducción de la norma relativa a la no computabilidad respondía en el sistema anterior (asignatura de Religión evaluable; actividades de estudio no evaluables) a la prohibición de la discriminación de aquellos alumnos que no escogiesen la asignatura de Religión, que se verían en peores condiciones que aquellos que sí lo hicieran, en ámbitos relevantes como el acceso a la Universidad o la solicitud de becas en que tuviera relevancia el expediente académico, ya que la configuración de tal expediente era obviamente distinta para quienes optasen por las actividades de estudio alternativas (puesto que se conformaba con una asignatura menos). En cambio, en el sistema actual, quedando salvaguardada la libertad de conciencia y religiosa a través de las dos opciones de desarrollo que se prevén, confesional y no confesional, es claro que ha desaparecido la dualidad académica de situaciones que caracterizaba el modelo anterior (y la posibilidad de discriminación por tal motivo), y se ha sustituido por un sistema de plena evaluabilidad de la única asignatura existente. Desaparecida, pues, tal justificación, *y establecido un modelo de plena evaluabilidad, cabría plantear la conveniencia de establecer también la plena computabilidad de la asignatura. Concluyendo con la conveniencia de sustituir la norma contenida en la Disposición Adicional primera, en el entonces apartado 4, por otra que establezca la computabilidad de la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión, siempre que se refuercen los contenidos y se pongan mecanismo que eviten la discriminación.*

Hace una precisión adicional, refiriéndose a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1998 que manifestaba que “consta como acreditado estadísticamente en el expediente de las calificaciones obtenidas en formación religiosa son más altas que las del resto de las asignaturas del currículo”, razón por la cual, al discriminarse a los alumnos que cursaban la asignatura alternativa era legal no computar las asignaturas. Y sugiere que si se opta por un modelo de equiparabilidad (y por tanto de evaluabilidad y computabilidad) se estableciera un mecanismo de seguimiento del sistema a efectos de realizar en el futuro, en su caso, rectificaciones o de adoptar otras medidas pertinentes para evitar la discriminación.<sup>1030</sup>

---

<sup>1030</sup>Ibidem, pgs. 17-19



Así pues, los argumentos y sugerencias son bastantes similares a los manifestados con ocasión del RD de enseñanzas comunes de la ESO pero los resultados en la regulación del RD de Bachillerato son diferentes, siendo una asignatura común - con dos opciones- en el primer año, como también lo son la educación física y la filosofía, las cuales tampoco aparecen entre las asignaturas comunes del segundo año.

#### 8.3.3.5.2.3.Regulación de la opción no confesional.

En cuanto al contenido de la enseñanza de la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión en el primer curso abordará la profundización de las formas y manifestaciones del hecho religioso, así como las filosofías o doctrinas que lo afirman o, por el contrario, lo niegan. Se estudiarán las relaciones de la Política, la Ética y el Estado con la religión, así como la presencia del hecho religioso en la Constitución Española. Todo ello desde una perspectiva que de respuesta a las inquietudes críticas y analíticas propias de un alumno de Bachillerato.

Sus *objetivos* son: 1. Analizar la relación en las sociedades abiertas y democráticas entre los valores cívicos y religiosos. 2. adquirir un juicio personal, crítico y razonado sobre las formas de resolver los conflictos en los que intervienen diferentes interpretaciones de los valores cívicos. 3. Analizar las consecuencias de la manipulación totalitaria de las conciencias, bien manipulando, bien destruyendo las creencias religiosas, el pluralismo cultural y político y la libertad de las conciencias. 4. Analizar el papel de la democracia, los derechos humanos y el pluralismo como fundamento de la convivencia.

El *contenido* de esta opción no confesional es el siguiente: 1. El hecho religioso. Formas y manifestaciones. 2. Dios y el hombre en las religiones monoteístas. 3. La razón y la fe. Teísmo, agnosticismo, fideísmo, ateísmo. Teología y Mística. 4. Política y Religión. La “religión civil”. Laicismo. El ateísmo como política de Estado. 6. Ética y Religión. Ética pública y éticas privadas. 7. El hecho religioso en la Constitución Española. 8. Valores cívicos y comunicación social. Tolerancia y pluralismo religioso en el Arte, la Publicidad y los Medios de comunicación social. 9. La responsabilidad ante un mundo interdependiente. El concepto de solidaridad y el humanitarismo.

Para la evaluación se atenderá a criterios como analizar la relación entre los valores cívicos de una sociedad y la historia de las creencias culturales y religiosas; identificar la relación que existe entre derechos y obligaciones; analizar y explicitar los problemas éticos de los distintos ámbitos de la vida científica, social, cultural y religiosa.

#### 8.3.3.6. VALORACIÓN.

El desarrollo reglamentario de la LOCE es amplio y detallado; refiriéndonos en concreto a la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión vemos que es una regulación distinta, hay una variación con respecto a la normativa anterior puesto que se trata de una asignatura única con dos opciones y no la enseñanza de religión y como alternativa unas actividades de estudios complementarias. Aquí la asignatura es evaluable y computable en sus dos opciones: confesional y no confesional.

Es una asignatura que cumple los requisitos para ser asignatura fundamental y por tanto equiparable a las demás áreas, es: 1) de oferta obligatoria para los centros; 2) el Estado ofrece los medios adecuados para conseguir la capacitación necesaria para ser profesor de la asignatura; y 3) se cumple el requisito de su integración dentro del expediente académico del alumno como las mismas consecuencias jurídicas que el resto de las disciplinas. Si bien en el Bachillerato no se tendrá en cuenta a efectos de becas y ayuda de estudio, que parece un vestigio de la normativa anterior, ya que como podemos observar el Consejo de Estado ha insistido, tanto al referirse a la ESO como al Bachillerato que se puede establecer un mecanismo de seguimiento del sistema a efectos de evitar la discriminación.

El desarrollo reglamentario es la última regulación de un tema tan conflictivo como ha venido siendo este de la enseñanza de la religión en las dos últimas décadas, cuya evolución legislativa y jurisprudencial hemos expuesto a lo largo del capítulo, llegándose a una regulación bastante acertada,<sup>1031</sup> es una asignatura obligatoria, es decir que se considera necesaria para una formación integral,<sup>1032</sup> con lo que se favorece y se cumple la finalidad de la educación establecida en el artículo 27.2 CE –común denominador a toda actividad educativa y a toda regulación jurídica en este tema– “el pleno desarrollo de la personalidad del alumno”, su formación integral, de la que forma parte el hecho religioso, el factor religioso existente en nuestra sociedad. Además se cumple el artículo II del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 1979, suscrito entre el Estado y la Santa Sede en base a lo establecido en el artículo 16.3 CE. Es una asignatura con dos opciones: una confesional y otra no confesional, de las cuales se elige una libremente por los padres o tutores si son menores de edad o por el alumno mayor de edad. Y ello es así precisamente porque no se puede imponer una enseñanza religiosa, pero tampoco se puede privar de ella a quien, conforme sus convicciones, quiere que sus hijos reciban dicha formación.<sup>1033</sup>

---

<sup>1031</sup> Existe un recurso presentado ante el Tribunal Supremo por la Confederación Española de Asociación de Padres y Madres de Alumnos (CEAPA) que considera inconstitucional la nueva normativa porque, desde su punto de vista lesiona el derecho de igualdad y no discriminación y el principio de laicidad en sus aspectos de neutralidad y separación del Estado y las Iglesias.

<sup>1032</sup> Vid. Informe Debray que afirma que “el conocimiento del hecho religioso es hoy una condición para la libertad de conciencia y que el estudio del hecho religioso no es más que la prolongación de las enseñanzas fundamentales”. Así como el Informe Delors que habla de los cuatro pilares de la educación: aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a vivir juntos en un contexto de igualdad y aprender a ser (educación global).

<sup>1033</sup> Vid. STS 3941/1998 de 1 de abril, FJ. 2 apartado 4 en el capítulo V, letra B) epígrafe 8.2.8.3.2 de este trabajo.

## VI. LA LIBERTAD DE CÁTEDRA.

### 1. INTRODUCCIÓN.

#### 1.1. Aspectos generales de la libertad de cátedra.

La libertad de cátedra es una actitud intelectual que rehuye permanentemente la reproducción mecánica del saber y los excesos de la razón burocrática. Tiene una triple configuración:

- como esfera de inmunidad y autonomía del profesor en la libre expresión del pensamiento en el ejercicio de la docencia;
- en su dimensión objetiva-institucional como garantía de la ciencia, de la cultura, del pluralismo y del servicio público de la educación (Estado Social);
- como libertad-participación o libertad inserta en una dimensión democrática (Estado democrático).<sup>1034</sup>

La libertad de cátedra es un instrumento de protección de las actividades investigadoras y docentes que se traducen en un complejo de garantías establecidas para asegurar la exención de trabas o constricciones, la autonomía, participación y facultades de actuación en el ejercicio de aquellas actividades.<sup>1035</sup> Y tiene un contenido específico, la protección de los profesores en su actividad cuando ésta es ejercida de forma sistemática y organizada y en relación con una disciplina académica institucionalizada.<sup>1036</sup> Es decir, que el contenido de la libertad de cátedra no es solo expresar ideas o un cuerpo de conocimientos y valores, sino que tal actividad se produzca de modo sistemático en el marco de la enseñanza institucionalizada, por eso

---

<sup>1034</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra...*, cit., p. 15; Gálvez Montes J. *Derechos y Libertades*, “Artículo 20”, en *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla y VVAA, Ed. Cívitas, 3ª edición, Madrid 2001, p. 467 y ss.

<sup>1035</sup> *Ibidem*, Gálvez, *Derechos y libertades...* cit., p. 467 y ss.

<sup>1036</sup> *Ibidem*, Salguero, *La libertad de cátedra...* cit., p. 75.

dicha libertad se diferencia del sentido más originario de la libertad de enseñanza que todos tienen.<sup>1037</sup>

Tres son los aspectos en los que se proyecta la libertad que se le reconoce al profesor:<sup>1038</sup> 1) la libertad de cátedra, consistente fundamentalmente en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación con la materia objeto de enseñanza y que estará, en cierta medida, predeterminada por su propio trabajo de investigación. 2) Se proyecta, de otra parte, a la metodología utilizada tanto en la investigación como en la docencia. 3) Proyección de la libertad de cátedra, a la par que una exigencia de ella derivada, es el derecho de los profesores a la participación en el gobierno de los centros en los que enseñan.

## 1.2. Posiciones doctrinales.

La mayoría de la doctrina considera como contenido de la libertad de enseñanza, la libertad de creación de centros docentes y la libertad de cátedra; dos libertades históricamente entremezcladas y ambas participan del contenido esencial de la libertad de enseñanza que consiste en la transmisión libre de pensamientos, ideas y opiniones y no hay una posición de preeminencia o de jerarquía entre ellas.

González del Valle pone de manifiesto que en aquellos países en que hay libertad de enseñanza, es decir, en los que para desempeñar tareas docentes no es necesario estar sometido a una especial relación de sujeción respecto al Estado, en esa misma medida, como los ciudadanos pueden libremente crear centros, resulta innecesario proclamar la libertad de cátedra. La razón es muy simple: hay libertad de enseñanza.<sup>1039</sup>

Garrido Falla señalaba que había que descartar cualquier interpretación de la libertad de enseñanza que intentare confundirla con la libertad de cátedra, es decir, con el pluralismo ideológico dentro de una misma escuela o centro docente.<sup>1040</sup>

En opinión de González del Valle establecer una incompatibilidad entre libertad de cátedra y libertad de enseñanza de tal modo que la afirmación de una signifique la negación de la otra, constituye el resultado de un juego dialéctico que consiste en establecer unas definiciones abstractas sobre lo que debe entenderse por libertad de cátedra y libertad de enseñanza. Por ello si se adopta una actitud basada, no en el análisis de definiciones, sino en contemplar el fenómeno de cómo surgen históricamente ambas nociones -libertad de cátedra y libertad de enseñanza- desaparece la problemática misma de la posible incompatibilidad.<sup>1041</sup>

Mientras la libertad de enseñanza surge ante la negativa de los padres a enviar a sus hijos a escuelas estatales, cuando los Estados comienzan a imponer la enseñanza obligatoria, y se resuelve en que los padres deben enviar a sus hijos a la escuela pero no necesariamente a escuelas estatales. La libertad de cátedra surge ante la negativa de los profesores a secundar las directrices de las autoridades públicas en materia de enseñanza.<sup>1042</sup>

---

<sup>1037</sup> Ibidem, p. 80

<sup>1038</sup> Llamazares D., *Derecho Eclesiástico...* cit., p. 573

<sup>1039</sup> González del Valle J.M., *Libertad de cátedra y de enseñanza en la legislación española*. Persona y Derecho número 8, 1981, p. 321.

<sup>1040</sup> Garrido Falla F., *Comentarios a la Constitución*, VVAA, Ed. Cívitas, 1980, pgs., 351-352

<sup>1041</sup> Ibidem, González del Valle, *Libertad de cátedra...* cit., p. 320

<sup>1042</sup> González del Valle, *La enseñanza*, en *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, VVAA, Ed. Eunsa, Pamplona, 1996, p. 334.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LIBERTAD DE CÁTEDRA.

### 2.1. La idea de libertad de cátedra.

La idea de libertad de cátedra surge en la Universidad y no en la escuela. La Universidad, a diferencia de la escuela, no es de origen estatal, sino eclesiástico. Eso explica la independencia con que la Universidad nace respecto al poder político. Su autonomía era tanta, que su recinto era aforado, estando prohibida la entrada de agentes de la policía del Estado.<sup>1043</sup>

En el siglo XVIII –especialmente durante la monarquía de Carlos III- el compromiso por la secularización equivalía a la lucha por la libertad de ciencia, que era concebido como un antídoto contra el oscurantismo y la ignorancia. Existía la convicción de que el control regio de las Universidades era el mejor remedio para conseguir estos objetivos, de ahí la necesidad de hacer frente al excesivo poder eclesiástico.<sup>1044</sup>

En la segunda mitad del siglo XIX, la libertad de cátedra o libertad científica surge contra el Estado por su pretensión centralizadora y monopolizadora del proceso de creación y transmisión del saber, es decir, surge como consecuencia de la previa estatalización de la enseñanza. Allí donde el profesor se fue convirtiendo en un funcionario del Estado surge la necesidad de reivindicar para éste en el desempeño de su tarea una libertad que no es propia del funcionario. El funcionario, por su relación de servicio a la Administración, ha de realizar sus tareas de acuerdo, no solo con el régimen legal vigente, sino según las directrices que sus superiores jerárquicos le van dando. El profesor funcionario reclama, mediante la libertad de cátedra, el derecho a ser él mismo quien impulse, dirija y oriente la propia actividad.<sup>1045</sup> Se configura como un derecho autonomía del profesor funcionario que pretendía reafirmar su inmunidad frente a las injerencias del gobierno.<sup>1046</sup>

### 2.2. La doctrina de la libertad de cátedra.

La doctrina de la libertad de cátedra es de origen alemán. Se enuncia por primera vez en la Constitución imperial de 1849 que establecía en su artículo 152: “La ciencia y su docencia son libres”. Esta fórmula pasa sin modificación al artículo 20 de la Constitución prusiana de 1850, pero serán los iuspublicistas alemanes de la época de la Constitución de Weimar quienes inicien la labor de dar a esa noción un contenido preciso y una operatividad práctica, en base al artículo 142: “El arte, la ciencia y su docencia son libres”.<sup>1047</sup>

### 2.3. Evolución histórica en el siglo XIX en España.

#### 2.3.1. Primera mitad del siglo XIX.

La Constitución de 1812 se refería en su Título IX a la libertad a escribir, imprimir y publicar ideas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna

---

<sup>1043</sup> Ibidem, p. 334.

<sup>1044</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra...* cit., p. 22

<sup>1045</sup> González del Valle, *Libertad de cátedra y de enseñanza...*cit., pgs. 320-321

<sup>1046</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra...* cit., p.106

<sup>1047</sup> Ibidem, González del Valle, *Libertad de cátedra...*cit., p. 313.

anterior a la publicación (artículo 371). Estas libertades de expresión del pensamiento estaban vinculadas al ámbito de la libertad de cátedra como libertad específica de los docentes.

El Plan Calomarde de 14 de octubre de 1824 establecía la exigencia de prestar juramento al recibir los grados y tomar posesión de la cátedra (artículo 167); crea el Tribunal de censura y corrección (artículo 266) que supone la expulsión de toda libertad científica o de cátedra.

### 2.3.2. Segunda mitad del siglo XIX.

#### 2.3.2.1. Ley de Instrucción Pública de 17 de julio de 1857 (Ley Moyano).

Con la Ley Moyano de 1857 se empieza a exigir la garantía de independencia y autonomía de los profesores en relación con la inamovilidad de éstos (artículo 170) pero esta exigencia se neutraliza con el poder de inspección otorgado a la jerarquía eclesiástica “para velar por la pureza de la fe y de las costumbres”.

Se dictan órdenes para asegurar una ortodoxia religiosa y política y se apoyan en la Iglesia para cortar las nuevas ideas krausistas.<sup>1048</sup> Se sostuvo que la Iglesia tenía el derecho-deber de “examinar los libros de texto y pedir que sean separados de sus destinos los catedráticos que nieguen lo espiritual, lo revelado y lo divino, que destruyen el catolicismo y pervierten a la juventud”.<sup>1049</sup>

#### 2.3.2.2. La primera cuestión universitaria.

Respuesta a esta situación es la Real Orden de 17 de octubre de 1864 que da lugar a la primera cuestión universitaria. Realiza una interpretación extensiva del artículo 170 de la ley Moyano<sup>1050</sup>. El juramento prestado por los catedráticos que consistía en atenerse a la defensa de la fe católica, fidelidad a la Constitución y a la Reina, obligaba fuera y dentro de la Universidad.

El Decreto de 22 de enero de 1866 del Ministro Orovio prohibía al profesorado pertenecer a partidos políticos. Fueron expulsados varios catedráticos<sup>1051</sup> por exposición de doctrinas erróneas (el krausismo), provocando la rebelión de los estudiantes y los sangrientos sucesos de la “noche de San Daniel”.

#### 2.3.2.3. Periodo revolucionario: los Decretos de Ruiz Zorrilla.

Los Decretos de Ruiz Zorrilla de 14 y 21 de octubre de 1868 son un ejemplo representativo de reconocimiento de la libertad científica y la libertad de enseñanza, bajo la inspiración ideológica del krausismo. El Decreto de 14 de octubre establecía que “los maestros emplearán los métodos que crean mejores en el ejercicio de su profesión”. Y el Decreto de 21 de octubre de 1868 en su preámbulo afirma que “El Estado carece de

---

<sup>1048</sup> Los krausistas defienden el principio de libertad de ciencia, que supone emancipar la enseñanza de todo extraño poder y convertirla en una función social.

<sup>1049</sup> Carta del Obispo de Tarazona a Isabel II, el 24 de enero de 1864, publicada en el *Pensamiento español*. De Puelles-Benítez M., *Textos sobre la educación en España (S. XIX)*, UNED Madrid, 1998, p.81

<sup>1050</sup> Disponía “Ningún profesor podrá ser separado sino en virtud de sentencia judicial que le inhabilite para ejercer su cargo o de expediente gubernativo, formado con audiencia del interesado y consulta del Real Consejo de Instrucción Pública, en el cual se declare que no cumplen los deberes de su cargo, que infunden en sus discípulos doctrinas perniciosas o que es indigno por su conducta moral de pertenecer al profesorado”.

<sup>1051</sup> Sanz del Río, Salmeron, Fernando de Castro, Giner de los Ríos.

autoridad bastante para pronunciar la condenación de las teorías científicas, y debe dejar a los profesores en libertad de exponer y discutir lo que piensan”.<sup>1052</sup> Este Decreto fija la apertura del curso académico y el gobierno confía la regulación de la enseñanza a los profesores krausistas, opuestos a todo monopolio, tanto estatal como de la Iglesia, a toda centralización, censura ideológica o uniformidad.

Este rechazo al monopolio explica la libertad de enseñanza, la libertad de creación de centros docentes; el rechazo al control ideológico da lugar a la libertad de cátedra o de ciencia; la oposición a la uniformidad da lugar a la libertad de aprender o a la libertad de método.<sup>1053</sup>

#### 2.3.2.4. Restauración borbónica.

En este periodo la Circular de Orovio de 26 de febrero de 1875 suprime la libertad de cátedra, y restablece la Ley Moyano. La libertad del profesor quedaba sometida al dogma católico y al dogma político. Hay protestas y se expulsan a profesores de las Universidades. Todas estas circunstancias adversas hacen que los krausistas se replieguen hacia la enseñanza privada y se crea la Institución Libre de Enseñanza el 29 de octubre de 1876. Esta Institución defiende la libertad de ciencia, la libre manifestación de pensamiento docente. Es completamente ajena a todo espíritu e interés religioso, escuela filosófica o partido político, conforme al artículo 15 de sus Estatutos. Nace en el ámbito universitario pero después llegará a la enseñanza secundaria y a la primera enseñanza.<sup>1054</sup>

La redacción abierta y ambigua de los artículos 11 y 12 de la Constitución de 1876 dio lugar a continuas polémicas con respecto a la libertad de enseñanza y libertad de cátedra. Se reconocía la confesionalidad católica del Estado y al mismo tiempo se garantizaba la libertad de culto. Dando lugar a dos interpretaciones: para la derecha católica suponía el control ideológico y confesional del sistema educativo. Para los liberales de izquierda suponía la tolerancia religiosa y la libertad de conciencia y la libertad de cátedra en los centros docentes, tanto públicos como privados.<sup>1055</sup>

#### 2.3.2.5. La Circular de Albareda.

Es la Circular de Albareda, Ministro del Gobierno Sagasta, de 3 de marzo de 1881 la que inicia una fase de consolidación de la libertad de cátedra que llegará hasta la Dictadura de Primo de Rivera.

Circular, que deroga la Circular de Orovio, está dirigida también a los rectores, establece que *“en vano ha sido abusar de la resistencia para ahogar el movimiento, ...las oposiciones injustificadas... no han conseguido que desaparezcan las ideas, ... se recomienda a V.S. que favorezcan la investigación científica, sin oponer obstáculos, bajo ningún concepto, al libre, entero y tranquilo desarrollo del estudio. Ni fijar a la actividad del profesor, en el ejercicio de sus elevadas funciones, otros límites que los*

---

<sup>1052</sup> *Historia de la Educación en España*, tomo II, p. 331, en Salguero, *La libertad de cátedra.. cit.*, p. 28. La expresión de libertad de cátedra ha equivalido a la libertad de los profesores “de exponer y discutir lo que piensan” y ello en atención a que la ciencia “debe ser libre en sus manifestaciones, cualquiera que sea el encargado en enseñarla”. Voto particular de Tomás y Valiente en la STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ. 11

<sup>1053</sup> De Puelles-Benítez M., *Textos sobre la educación...cit.*, p. 87 y ss.

<sup>1054</sup> Puelles-Benítez M., *Textos...cit.*, pgs. 109-110.

<sup>1055</sup> *Ibidem*, p. 108.

*que señala el derecho común a todos los ciudadanos, creyendo además el gobierno indispensable anular las limitaciones que pesan sobre la enseñanza, originadas de causas que, afortunadamente, han desaparecido*".<sup>1056</sup>

Esta Circular quiere igualmente fortalecer el sistema político existente pero opina que ello se puede conseguir por la vía de la libertad.<sup>1057</sup>

### 2.3.3. La libertad de cátedra en el siglo XX.

#### 2.3.3.1. La Constitución de 9 de diciembre de 1931

La Constitución de 1931 regula expresamente la libertad de cátedra. Es el primer reconocimiento constitucional de dicha libertad.<sup>1058</sup> Su artículo 48.3 dispone que "los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada". En los debates parlamentarios de este artículo el Sr. Ovejero en su intervención afirmó que "suscribía íntegramente cuanto dicen las últimas cláusulas de este artículo respecto a que la libertad de cátedra queda reconocida y garantizada en la Constitución y en cuanto a reconocer a las Iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, a enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos".<sup>1059</sup>

El precepto está ubicado en el Capítulo II "Familia, economía y cultura" del Título III "Derechos y deberes de los españoles". Se deduce que no se trata de un derecho de garantía individual como los derechos y libertades del Capítulo I "Garantías institucionales y políticas", tales como la libertad de conciencia y religión (artículo 27), sino que tiene un carácter objetivo-institucional: es una garantía de la libertad de ciencia, de la cultura y del pluralismo, lo que supone continuar una sólida tradición krausista institucionalista.

Pero también tiene una dimensión individual ya que el artículo 48 se refiere a la libertad de cátedra de maestros, profesores y catedráticos.<sup>1060</sup> Considera como sujetos de esta libertad "todos los funcionarios públicos docentes", de lo que se deduce que no se

---

<sup>1056</sup> *Historia de la Educación en España*, Tomo III, pgs. 58-61

<sup>1057</sup> Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 283. Cabe mencionar también el Decreto de Groizart de Bachillerato de 16 de septiembre de 1894 que garantiza la libertad pedagógica de los profesores de este nivel, que consiste en la autonomía e independencia para formular los programas y establecer el método de construcción y exposición de la ciencia. Y la Circular de Romanones de 21 de marzo de 1901 que recuerda que al catedrático "no se le puede señalar otros límites que los que marca a todos los ciudadanos el ejercicio del derecho". Salguero M. *La libertad de cátedra...* cit., p. 32.

<sup>1058</sup> Mencionado en el voto particular de Tomás y Valiente de la STC 5/1981, "la expresión libertad de cátedra aparece solo en uno de nuestros textos constitucionales, el de 1931..." FJ. 11.

<sup>1059</sup> DSCD de 20 de octubre de 1931 p. 1825. Y añade el Sr. Ovejero "Para nosotros la libertad de cátedra es algo tan intangible y tan sagrado que alcanza por igual a las doctrinas nuestras como a las doctrinas de los demás, a la verdad como al error; para el Estado no puede haber verdades ni errores; para el Estado no puede haber creyentes ni incrédulos; todas las enseñanzas son admisibles mientras se mantengan en el sagrado de las doctrinas, mientras permanezcan en el mundo de las ideas. Nosotros pedimos por igual la libertad de cátedra para nuestros partidarios y para nuestros adversarios; nosotros exigimos que bajo la inspección del Estado, que controle el funcionamiento de los centros docentes que las Iglesias establezcan, la enseñanza de teología, la enseñanza de la filosofía, las enseñanzas afines de carácter religioso, puedan hacerse con tal libertad de cátedra que no permita que se nos afrente diciendo que hemos mermado en lo más mínimo la libertad de pensamiento".

<sup>1060</sup> Salguero M. *La libertad de cátedra...* cit., p. 36.



garantiza la libertad de cátedra a los profesores de la enseñanza no oficial y que no son funcionarios públicos.<sup>1061</sup>

### 2.3.3.2. Ley General de Educación de 1970.

La Ley 14/1970 de 4 de agosto General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa supuso un reconocimiento de la libertad pedagógica. Su artículo 105 a) disponía que “los educadores tendrán derecho a ejercer funciones de docencia e investigación, *empleando métodos que consideren más adecuados*, dentro de las orientaciones pedagógicas, planes y programas aprobados”. Supuso un significativo avance cuantitativo del sistema educativo, pero la escasa democratización de las Instituciones fue un aspecto negativo.<sup>1062</sup>

### 2.3.3.3. La Constitución de 6 de diciembre de 1978.

La Constitución de 1978 regula expresamente la libertad de cátedra en el artículo 20.1.c): “se reconoce y protege el derecho a la libertad de cátedra”.<sup>1063</sup>

Si durante el siglo XIX la libertad de cátedra se limitaba a proteger al profesor funcionario frente a la censura por parte de la burocracia estatal competente en materia de enseñanza, a partir de la interpretación institucional de los derechos proclamados por la Constitución, la expresión “libertad de cátedra” tiene un significado de derecho fundamental; desde entonces la libertad de cátedra protege la libertad del enseñante, no solo frente a una actividad de censura por parte de las autoridades del Estado sino frente a injerencias del poder político en la institución universitaria.

En 1978, época de la promulgación de la Constitución Española la libertad de cátedra tiene cuatro dimensiones bien explícitas: 1) libertad de opinión docente; 2) que la Universidad está al servicio de la ciencia y no del Estado; 3) que la autonomía frente al Estado solo es posible si éste subvenciona económicamente a la Universidad; 4) la libertad de cátedra conlleva que las decisiones en el campo del nombramiento de profesores -de la investigación y de la docencia- deben estar tomadas por la mayoría absoluta de profesores cualificados y no por cogestión de estos junto con los estudiantes, aprendices de profesores y personal administrativo de la Universidad.<sup>1064</sup>

A continuación nos vamos a referir a los aspectos más polémicos en los debates parlamentarios.

## 3. DEBATES PARLAMENTARIOS.

En lo que se refiere a la elaboración del precepto,<sup>1065</sup> el anteproyecto de la Constitución (BOC de 5 de enero de 1978) el artículo 20 no regula expresamente la libertad de cátedra. Es el Informe de Ponencia (BOC de 17 de abril de 1978) en el artículo 19.1 c) donde se “reconoce y protege el derecho a la libertad de cátedra”. Y no se modificará ni en el Dictamen de la Comisión Constitucional (BOC de 1 de julio de

---

<sup>1061</sup> Ibidem, p. 37

<sup>1062</sup> Ibidem, p. 40

<sup>1063</sup> Artículo que se refiere a la libertad de pensamiento, de ideas...y no en el artículo 27 que se refiere a los derechos de educación y libertad de enseñanza.

<sup>1064</sup> González del Valle, *Libertad de cátedra y de enseñanza...* cit., pgs. 317-318

<sup>1065</sup> Gálvez Montes, *Derechos y Libertades...* cit., pgs. 462-463.

1978), ni en el pleno del Congreso de los Diputados (BOC de 24 de julio de 1978), ni en la Comisión Constitucional del Senado (BOC de 6 de octubre de 1978), ni en el pleno del Senado (BOC de 13 de octubre de 1978). En todo momento se mantuvo la redacción aprobada por la Comisión. Y la Comisión mixta Congreso-Senado (BOC de 28 de octubre de 1978) estableció la redacción definitiva. Con lo que puede decirse que hubo acuerdo desde el principio.

El Grupo comunista pretendía sustituir la expresión libertad de cátedra por libertad de expresión docente.<sup>1066</sup> Peces Barba consideraba que “la expresión libertad de cátedra es un término tan absolutamente consagrado y omnicomprendido que vale la pena y es importante mantenerlo en este artículo de la Constitución”.<sup>1067</sup> Las propuestas de cambiar su denominación respondían al objetivo de ampliar el alcance de esta libertad a todos los docentes.<sup>1068</sup>

Con motivo del debate sobre la LOECE, y en concreto de su artículo 15, Solé Tura manifiesta que este precepto plantea el tema fundamental del profesorado y debe contemplarse en todas sus connotaciones, es decir, en cuanto a sus derechos laborales, los derechos como ciudadanos, como personas que ejercen una función de extraordinaria importancia cual es la función educativa.

Los problemas de la libertad de cátedra y el papel del profesorado no se puede plantear en abstracto, porque este país tiene una historia dramática al respecto; hoy el nombre de Orovio, y el nombre de Institución Libre de Enseñanza, esos nombres representan toda una explicitación muy concreta de lo que ha significado en este país la lucha por la libertad de expresión en la docencia.

No queremos nuevos Orovios, ni tener que recurrir al remedio extraordinario de intentar crear Instituciones Libres de Enseñanza, y no por no haber cumplido un papel trascendental en la historia de la pedagogía de este país, sino por lo que han representado, es decir, esfuerzos privados enormes para intentar romper la coraza de un sistema que no se dejaba penetrar por ideas democráticas.<sup>1069</sup>

Alzaga también se refirió a la Historia, a la Real Orden de Albareda para la Universidad y el triste episodio de expulsión de catedráticos miembros de la Institución Libre de Enseñanza. “Todos asumimos nuestra historia y todos lo lamentamos por igual. Esa libertad de cátedra surge como libertad de ciencia. La interpretación que se hizo del artículo 48 de la Constitución de 1931 era una ampliación de la libertad de cátedra a los niveles educativos inferiores al de la Universidad, pero en el ámbito de los funcionarios docentes. Y en los restantes países la libertad de cátedra surge, también, con un sentido defensivo frente al Estado y, fundamentalmente, en el campo universitario, y de aquí su nombre, sin perjuicio de que “lato sensu” se haya extendido al profesor universitario no catedrático, y esto es algo que es obvio y que también, “lato sensu”, se vaya extendiendo, al menos en alguna medida, a otros niveles”.

Más adelante manifiesta que “nadie más que nosotros tiene interés en que esta Constitución se respete por entero”. Y añade que el sistema educativo que prevé la Constitución con respecto a los centros docentes públicos no hay el menor problema respecto de la libertad de cátedra. No hay al menos otro problema que el del nivel del alumnado, dimanante de la edad del alumnado...No en vano en la Universidad con adultos la libertad de cátedra es genuina, es prácticamente entera, es la auténtica y

---

<sup>1066</sup> Bravo Castells, DSCD núm. 106 de 7 de julio de 1978, pgs. 4004-4005.

<sup>1067</sup> DSCD núm. 70, de 19 de mayo de 1978, pgs. 2534-2535.

<sup>1068</sup> Martí J.M., *El factor religioso...* cit., p. 464.

<sup>1069</sup> Solé Tura, DSCD núm. 72 de 11 de marzo de 1980, p. 4818.

absoluta libertad de cátedra. A menor edad, menor libertad de cátedra, porque hay que respetar la juventud y la infancia. Incluso en el menor nivel, en pureza, no hay cátedra. Nunca se ha hablado en la escuela de cátedra.<sup>1070</sup> Y también señala que el artículo 15 debería recoger la expresión libertad docente.<sup>1071</sup>

En opinión de Salguero el intento de mantener esta última expresión no era en realidad una cuestión de términos sino un temor a que la libertad de cátedra pudiera tener primacía sobre el ideario.<sup>1072</sup>

De la Vallina Velarde afirma que la libertad de cátedra no puede afectar a todo puesto docente, puesto que no todo puesto docentes es una cátedra. La libertad de cátedra tiene unas claras connotaciones en la historia de nuestra Universidad pero en todo caso la libertad de cátedra debe quedar circunscrita a la enseñanza oficial. La cátedra, en sentido jurídico, es un puesto docente de la enseñanza oficial y particularmente de los niveles medio y superior.<sup>1073</sup> Y a la hora de pensar en el alcance de la libertad de cátedra y su articulación o coexistencia con la libertad docente, con la manifestación docente de la libertad de enseñanza que corresponde a los profesores, hay que señalar los límites del artículo 20 CE.<sup>1074</sup>

Con respecto a la libertad de cátedra y libertad de enseñanza se habla de que son libertades distintas, que en alguna manera entran en colisión, pero esto no puede extrañar en un régimen de libertades en donde no hay una proclamación de una libertad única y absoluta y esas libertades han de coexistir. Esas libertades tienen problemas de linderos. Y si se parte de que la libertad de cualquier persona acaba siempre donde empieza la de los demás, pues habrá que acudir al artículo 20.4 CE que establece el límite de “respeto a los derechos reconocidos en este Título”.<sup>1075</sup>

Y refiriéndose al tema del profesorado y el ideario del centro afirma que la preocupación es que el profesorado y el personal no docente deban atemperar su comportamiento y deban respetar, al menos respetar, aquello que justifica la razón de ser del centro donde presta su trabajo. Si incluso en el cumplimiento de cualquier relación contractual se supone inherente el principio de la buena fe –y una violación de este principio es la competencia ilícita– no parece excesivo que al personal docente que trabaja en un centro caracterizado por un ideario, se le exija que no realice competencia ilícita que supone utilizar las competencias docentes que este centro le proporciona para atacar el ideario que caracteriza a este mismo centro docente.<sup>1076</sup>

Aizpu Turo apunta que la libertad de cátedra, como toda libertad, no es ilimitada, termina donde empieza el derecho de los demás a elegir el tipo de educación que quiera. Si se enfrentaran las dos libertades, habría que acomodarlas para que la libertad de cátedra no se opusiera al tipo de educación que los padres han elegido para sus hijos.<sup>1077</sup>

---

<sup>1070</sup> Alzaga, DSCD núm. 72, p. 4822

<sup>1071</sup> Ibidem, p. 4829.

<sup>1072</sup> Salguero M., *Libertad de cátedra...* cit., p. 64.

<sup>1073</sup> Ibidem, DSCD núm. 72, p. 4833.

<sup>1074</sup> Ibidem.

<sup>1075</sup> Ibidem, Alzaga, DSCD núm. 72 p. 4823.

<sup>1076</sup> Ibidem, Alzaga DSCD núm. 73 de 13 de marzo de 1980, p. 4965.

<sup>1077</sup> DSCD núm. 72 de 11 de marzo de 1980, p. 4831.

#### 4. REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE CÁTEDRA.

##### 4.1. Constitución de 1978.

La Constitución Española regula y reconoce la libertad de cátedra en el artículo 20.1.c), precepto que se refiere también a diversas manifestaciones del grupo de las libertades de pensamiento o libertades de contenido intelectual.

Cualquiera de las especies comprendidas en dicho grupo implica necesariamente un contacto, más o menos intenso, del individuo con sus semejantes. Esta característica constituye el rasgo diferencial de las libertades de pensamiento frente a las denominadas libertades fundamentales de la persona que se refieren al individuo con abstracción de ulteriores relaciones.<sup>1078</sup>

El artículo 20.1.CE dispone: “se reconocen y protegen los derechos a : c) la libertad de cátedra”. No se reconoce en el artículo 27 que regula la enseñanza sino en el artículo dedicado a la libertad de expresión y difusión de ideas. Por lo que podría afirmarse que la libertad de cátedra no es otra cosa que un modo de denominar una concreta libertad de expresión.<sup>1079</sup>

El Tribunal Constitucional ha afirmado que la libertad de enseñanza proclamada en el artículo 27 CE no solo es una “proyección del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones”(artículo 20.1.a) sino que implica “el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan” (artículo 20.1.c), es decir la libertad de cátedra. (STC 5/1981, FJ. 7, párrafos 1 y 2).

“La mención expresa en el artículo 20 CE de la libertad de cátedra, al igual que la de las demás libertades de creación cultural (artística, literaria, científica y técnica) supone una medida reforzadora de los bienes jurídicos que, dentro del genérico de la comunicación humana, cada una de ellas encauza de modo singular”.<sup>1080</sup>

##### 4.2. L.O.E.C.E. de 1980.

Esta Ley se refería a la libertad de cátedra en el artículo 15 que disponía “los profesores, dentro del respeto a la Constitución, a las leyes, al reglamento de régimen interior y en su caso al ideario educativo propio del centro, tienen garantizada la libertad de enseñanza”. Como vemos habla de libertad de enseñanza del profesor, si bien ha de entenderse como libertad de cátedra.<sup>1081</sup>

A continuación señala en qué ha de consistir: “el ejercicio de tal libertad deberá orientarse a promover una formación integral de los alumnos, adecuada a su edad, que contribuya a educar la conciencia moral y cívica, en forma respetuosa con la libertad y dignidad personales de los mismos”.<sup>1082</sup>

##### 4.3. L.O.D.E. de 1985.

---

<sup>1078</sup> Gálvez Montes, *Derechos y Libertades...* cit., pags. 467-471; Lorenzo Vázquez, *Libertad Religiosa...* cit., p. 155.

<sup>1079</sup> Ibán I.C., *Enseñanza...* cit., p. 420.

<sup>1080</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social de Sevilla 100/2001 de 31 de marzo, FJ. 2, párrafo 4

<sup>1081</sup> Sobre la polémica que ello supuso respecto al respeto al ideario nos remitimos al Capítulo IV.

<sup>1082</sup> El Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la LOECE –5/1981 de 13 de febrero- ha precisado el sentido y alcance de este derecho de los profesores, tanto en centros públicos como privados, al que nos referiremos más adelante.

La LODE reconoce y garantiza la libertad de cátedra en su artículo 3 que establece que “los profesores en el marco de la Constitución, tienen garantizada la libertad de cátedra, su ejercicio se orientará a la realización de los fines educativos, de conformidad con los principios establecidos en esta Ley”.

Así pues esta Ley reconoce el derecho de los profesores a la libertad de cátedra tal y como lo hace el artículo 20.1.c) CE, e indica la orientación que debe tener esta libertad - “los objetivos educativos”-, y de forma más genérica sus posible límites –“los principios establecidos en esta Ley”-.<sup>1083</sup>

La LODE reconoce la libertad de cátedra a todos los docentes, tanto a los que prestan su servicio en los centros públicos como a los que imparten su enseñanza en los centros privados (artículo 3 en relación con el artículo 22), siguiendo el criterio establecido por la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981 de 13 de febrero, fundamento jurídico 9.<sup>1084</sup>

En el caso de la libertad de cátedra estamos ante un derecho al servicio de la educación y del libre desarrollo y transmisión de la ciencia, por lo que, como afirma la LODE, el ejercicio de esta libertad se orientará a la realización de los fines educativos (artículo 3); estos valores, que el reconocimiento de la libertad de cátedra consagra y el ámbito específico en el que se ejerce, conforman el contenido y los límites del derecho, situándolo en un plano distinto al de la libertad genérica de expresión, por lo que su concreción constitucional no puede ser en modo alguno calificada de innecesaria o irrelevante.<sup>1085</sup>

#### 4.4. L.O.C.E. de 2002.

Esta Ley Orgánica dedica el Título IV “De la función docente” al profesorado. Se refiere en concreto a las funciones del profesorado (artículo 56); a su formación (artículos 57-59); y a la valoración de la función pública docente, fomentando la evaluación voluntaria y adoptando medidas de apoyo al profesorado (artículos 60-62).

Entre las funciones que corresponden a los profesores de centros escolares señala las siguientes: a) la enseñanza de las áreas, asignaturas, materias y módulos que tengan encomendados; b) promover y participar en las actividades complementarias, dentro o fuera del recinto educativo, programadas por los profesores y departamentos didácticos e incluidas en la programación general anual; c) la contribución a que las actividades del centro se desarrollen en un clima de respeto, de tolerancia, de participación y de libertad para fomentar en los alumnos los valores propios de una sociedad democrática; d) la tutoría de los alumnos para dirigir su aprendizaje, transmitirles valores y ayudarlos, en colaboración con los padres, a superar sus dificultades; e) la colaboración, con los servicios o departamentos especializados en orientación, en el proceso de orientación educativa, académica y profesional de los alumnos; f) la coordinación de las actividades docentes, de gestión y de dirección que les sean encomendadas; g) la participación en la actividad general del centro; h) la investigación, la experimentación y la mejora continua de los procesos de enseñanza correspondiente (artículo 56).<sup>1086</sup>

---

<sup>1083</sup> Riu i Rovira, *Todos tienen el derecho...* cit., p. 167.

<sup>1084</sup> Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza ...* cit., p. 210.

<sup>1085</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social de Sevilla 100/2001 de 31 de marzo, FJ. 2, párrafo 4

<sup>1086</sup> La LOCE no hace un reconocimiento expreso de la libertad de cátedra como la LODE en su artículo 3, precepto éste que sigue en vigor y no ha sido derogado por la Ley de Calidad de la Educación de diciembre de 2002.

## 5. LIBERTAD DE ENSEÑANZA, LIBERTAD DE EXPRESIÓN DOCENTE, Y LIBERTAD DE CÁTEDRA.

A lo largo del siglo XIX el término libertad de cátedra se ha entendido en algunos textos jurídicos como libertad de enseñanza y como independencia pedagógica de los docentes. En el siglo XX, en la LOECE por ejemplo, se refería su artículo 15 a la libertad de enseñanza de los profesores, tanto en centros públicos como privados, es decir identificaba libertad de enseñanza y libertad de cátedra. Conceptos que dan lugar a confusión porque no siempre se utilizan con rigor, en parte, porque no hay acuerdo sobre el alcance y contenido de cada uno de ellos.<sup>1087</sup>

Según Fernández-Miranda estos términos pueden tener un sentido unívoco y preciso en el lenguaje jurídico.<sup>1088</sup>

### 5.1. La libertad de enseñanza.

La libertad de enseñanza es una *norma organizativa*. “Se trata de una norma organizativa que sirve de cobertura a varias libertades concretas, de un *principio* que constituye la proyección en materia educativa de dos de los “valores superiores” de nuestro ordenamiento jurídico: la libertad y el pluralismo (artículo 1.1. CE)”.<sup>1089</sup>

La libertad de enseñanza se proyecta sobre la totalidad de los actores jurídicos en el proceso educativo y surgen concretos derechos públicos subjetivos:

- libertad de enseñanza de todos los miembros de la sociedad en cuanto libertad de creación y dirección de centros y a establecer un ideario educativo.
- libertad de enseñanza de padres y alumnos, de acceso a la enseñanza en cuanto libertad de elección de centro y de tipo educativo y libertad de participación en la gestión del centro.
- libertad de los profesores en cuanto participación en dicha gestión y en cuanto libertad de expresión docente que adquiere perfiles específicos como la libertad de cátedra en el ámbito de centros públicos conforme a la libertad pública frente al Estado, recogida en el artículo 20.1.c) de CE.

### 5.2. Libertad de expresión docente.

Mientras que la libertad de expresión docente es la proyección de la libertad de enseñanza sobre los profesores, cualquiera que sea el tipo de centro en el que imparta su enseñanza. Y como *derecho subjetivo individual*, su ejercicio ha de respetar el marco institucional derivado del principio de pluralismo educativo consagrado por el reconocimiento de la libertad de enseñanza.

La libertad de expresión docente ha de acomodarse a la naturaleza del medio en que se trabaja,<sup>1090</sup> de acuerdo con el marco institucional de pluralismo externo, lo que no significa que la libertad de expresión docente se defina de modo marginal ante la

---

<sup>1087</sup> Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa y enseñanza...* cit., p. 153.

<sup>1088</sup> Fernández-Miranda A. *De la libertad de enseñanza...* cit., pags. 133-135; Fernández Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., pags. 237-240

<sup>1089</sup> STC 5/1981 de 13 febrero, voto particular de Tomás y Valiente, FJ. 4.

<sup>1090</sup> Al igual que en la libertad de prensa, la libertad de expresión del periodista ha de acomodarse a la naturaleza del medio en que trabaja: público, privado con orientación determinada, o privado con plena autonomía individual, ideológicamente autogestionado.

tendencia expansiva de otros derechos porque, sin duda, posee un contenido propio y preciso.

### 5.3. La libertad de cátedra.

La libertad de cátedra no es un mero derecho individual de los docentes que se identifica, sin más, con la libertad de expresión docente. Se trata de una *garantía institucional* que define la estructura del proceso educativo y de la que deriva la posición jurídica de los profesores.

La libertad de cátedra es un *principio organizativo en el ámbito de la enseñanza pública y del profesor funcionario* que implica un sistema de pluralismo interno en los centros públicos y que, por tanto, resulta incompatible con la existencia de un ideario de centro o cualquier otra supeditación de la actividad del profesor a cualquier sistema de valores, salvo los consagrados por el propio ordenamiento jurídico político.<sup>1091</sup>

Es decir, en el ámbito de los centros públicos concurren el principio de libertad de enseñanza, que configura el derecho a la libertad de expresión docente, y el principio de la libertad de cátedra que dota a aquella de una significación especial al prejuzgar el modelo educativo.

La libertad de enseñanza define la estructura educativa general y la libertad de cátedra define la estructura educativa en el ámbito de los centros públicos.

Embid Irujo considera que se debe consolidar y respetar la expresión tradicional de libertad de cátedra –y no utilizar el término libertad de expresión docente- por las siguientes razones: por lo conciso de la misma, por la tradición y por su reconocimiento en la Constitución.<sup>1092</sup>

## 6. CONCEPTO DE LIBERTAD DE CÁTEDRA.

### 6.1. Definiciones de la doctrina.

Podemos encontrar distintas definiciones de libertad de cátedra tanto como libertad autonomía, derecho individual y como garantía institucional o que tiene una función social.

La libertad de cátedra como libertad-autonomía consiste en la libertad de expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones a través de la enseñanza, ejercida como saber organizado por profesores y en relación con alguna disciplina académica. Con ello la Constitución Española de 1978 enlaza con la terminología específica de nuestro derecho histórico.<sup>1093</sup>

Otros autores opinan que la libertad de cátedra debe entenderse en sentido amplio y no quedar vinculada a sus orígenes históricos, así la libertad de cátedra es la libertad del docente, cualquiera que sea su titulación y grado de enseñanza que imparta, cualquiera que sea el centro desde el cual ejerza su docencia.<sup>1094</sup>

---

<sup>1091</sup> La libertad de cátedra es una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza, entendida ésta como principio organizativo de nuestro sistema educativo. STC 5/1981, voto particular de Tomás y Valiente, FJ. 11.

<sup>1092</sup> Embid Irujo A., *Las libertades ...* cit., p. 288

<sup>1093</sup> Salgado M., *La libertad de cátedra...* cit., p. 48

<sup>1094</sup> Puente Egido, *Educación y Constitución*, en *Educación y Sociedad Pluralista*. Fundación Oriol-Urquijo, Bilbao, 1980, pgs. 56-58, citado en Otaduy Guerin, *La extinción...* cit., p. 96

La libertad de cátedra se caracteriza, básicamente, por la posibilidad del profesor de explicar de acuerdo con sus propias convicciones dentro, ciertamente, de los límites impuestos por el rigor científico. La imposición al profesor de una doctrina oficial supondría la desnaturalización del contenido esencial de la libertad de cátedra y la haría impracticable.<sup>1095</sup>

La libertad de cátedra como concepto funcional consiste fundamentalmente en la posibilidad de *expresar* las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de enseñanza, y por tanto violaría la libertad en su “contenido esencial” cualquier predeterminación de esos conceptos o ideas; y de *determinar* libremente el método de exposición a utilizar –es dueño de sus conocimientos y de la pedagogía que usará para transmitirlos-.<sup>1096</sup>

Souto Paz<sup>1097</sup> desglosa la libertad de cátedra en: libertad académica –libertad de texto, programas y método-, y libertad científica –libertad de investigación y difusión-. La libertad académica es expresión utilizada en el mundo anglosajón como equivalente a la libertad de cátedra. Sería mejor decir que la libertad de cátedra se extiende a la investigación y docencia, incluida la elección de método de enseñanza, libro de texto y programa.<sup>1098</sup> Y Ortiz Díaz afirma que la libertad docente implica la recta libertad de métodos pedagógicos y la aplicación de los principios de la metodología, principalmente la adaptación de la enseñanza al estado mental de los alumnos y por supuesto el respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas.<sup>1099</sup>

## 6.2. Definiciones de los Tribunales.

El Tribunal Supremo señala que por libertad de cátedra se entiende el derecho a transmitir opiniones, derecho que forma parte de la libertad de expresión. Y ha sido definida por el Tribunal Federal Suizo como “la opinión que puede ser libremente expresada y que abarca los frutos de la reflexión racional, así como las convicciones racionalmente asumidas del tipo de actividades, valoraciones, puntos de vista, interpretaciones y otros similares”.<sup>1100</sup>

Según el Tribunal Constitucional el derecho a la libertad de cátedra podemos definirlo como el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan.<sup>1101</sup> Y también ha afirmado que el derecho de los profesores a la libertad de cátedra es un aspecto de la libertad de enseñanza consagrada en el artículo 27.1. CE.

## 7. NATURALEZA JURÍDICA DE ESTA LIBERTAD.

### 7.1. Aspecto jurídico subjetivo.

---

<sup>1095</sup> Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza...* cit., pgs. 235-236.

<sup>1096</sup> Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 290; Martí J.M., *Factor religioso...* cit., p. 465

<sup>1097</sup> Souto Paz, *Derecho Eclesiástico del Estado*, 3ª edición, Madrid 1995, p. 175

<sup>1098</sup> González del Valle, *Enseñanza, ...* cit., p. 333.

<sup>1099</sup> Ortiz Díaz, *La libertad de enseñanza ..*cit., pgs. 263-264.

<sup>1100</sup> STS 16 de diciembre de 1985, (RJ. 6273)

<sup>1101</sup> STC 5/1981 FJ. 7, párrafo 2



En su origen la libertad de cátedra se configura como una libertad autonomía de los profesores frente a las injerencias del poder sobre la institución educativa. Es una libertad negativa que se define como la que los individuos tienen derecho a hacer y lo que la sociedad no tienen derecho a impedir.<sup>1102</sup> Dicha libertad protege al profesor tanto frente a la censura y burocracia estatal como a cualquier otra injerencia de la comunidad educativa.<sup>1103</sup>

La libertad de cátedra entendida como libertad-autonomía o libertad-resistencia ha sido recogida por la jurisprudencia constitucional, así la STC 5/1981 afirma que “la libertad de cátedra se trata de una libertad frente al Estado o, más generalmente, frente a los poderes públicos” (FJ. 9, párrafo 3). Y como libertad negativa, “la libertad de cátedra en cuanto libertad individual del docente, a quien depara un espacio intelectual resistente a injerencias compulsivas impuestas externamente”.<sup>1104</sup>

En opinión de Salguero se trata de una libertad jurídico política eminentemente laica, es una parcela de la libertad política y se desenvuelve en el ámbito de las libertades públicas y es una expresión concreta de la genérica libertad de pensamiento.<sup>1105</sup>

## 7.2. Aspecto objetivo-institucional.

Junto a este aspecto de derecho subjetivo hay que añadir el aspecto o dimensión objetivo-institucional.

Lucas Verdú pone de manifiesto que no existe una libertad privada de cátedra para cada profesor, sino una institucionalización de la misma que la hace regular, permanente y eficaz para todos los profesores.<sup>1106</sup> De Esteban Alonso y López Guerra consideran que la libertad de cátedra se configura como libertad individual o derecho público subjetivo y como garantía institucional.<sup>1107</sup>

Dimensión objetivo-institucional cuyo *contenido axiológico* es la libertad en tanto valor superior del ordenamiento jurídico y el *contenido institucional* es la garantía de creación, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura. La finalidad perseguida es el aseguramiento efectivo de un ámbito de libertad intelectual como garantía de la prestación del servicio público de la educación.<sup>1108</sup> En este sentido la libertad de cátedra no puede considerarse como el derecho del titular a “autorregular íntegramente y por sí mismo” la función docente, al margen de los criterios organizativos (ATC 475/1989, FJ. 3).

Añade Salguero que ambas perspectivas se superponen en la CE, en el aspecto subjetivo este derecho exige una acción de abstención por parte del Estado; de la

---

<sup>1102</sup> Salguero M. *La libertad de cátedra...*cit., p. 49

<sup>1103</sup> En Alemania, sentencia del Tribunal Karlsruhe de 29 de mayo de 1973, mencionada en *Ibidem*, p. 50

<sup>1104</sup> STC 217/1992 de 1 de diciembre, FJ. 3 párrafo 1; ATC 457/1989 de 18 de septiembre, FJ. 3, párrafo 2.

<sup>1105</sup> Salguero M. *La libertad de cátedra...*cit., p. 48

<sup>1106</sup> Lucas Verdú P., *Voz Libertad de Cátedra*, en Nueva Enciclopedia jurídica, tomo XV, Seix Barral, Barcelona, 1974, pgs. 340-350; Salguero M., *La libertad de cátedra..* cit., p. 55

<sup>1107</sup> De Esteban Alonso J., López Guerra L., *El Régimen Constitucional Español*, Vol. II, Ed. Labor, Barcelona 1978, p. 170.

<sup>1108</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra..* cit., p. 59

dimensión objetivo-institucional se deduce una papel activo de los poderes públicos para asegurar el disfrute de este derecho.<sup>1109</sup>

El artículo 2.3. de la LOU de diciembre de 2001 atribuye a la libertad de cátedra una explícita dimensión institucional al fundamentar en ella la propia autonomía universitaria: “la actividad de la Universidad, así como su autonomía, se fundamentan en el principio de libertad académica, que se manifiesta en las libertades de cátedra, de investigación y de estudio”.<sup>1110</sup>

### 7.3. STC 5/1981 de 13 febrero, voto particular.

Tomás y Valiente habla de esta doble dimensión de la libertad de cátedra, como libertad personal, que significa que el profesor puede expresar sin trabas su pensamiento en el centro escolar, -en cuanto esté cumpliendo desde la cátedra, entendida en sentido amplio como cualquier puesto docente- su actividad didáctica o eventualmente, a través del presupuesto de la docencia que es la investigación. La libertad de cátedra en este sentido de libertad individual es ejercida en o desde la cátedra. El grado de amplitud de la misma dependerá, entre otras muchas circunstancias, del título administrativo docente que posea, y del puesto que se desempeñe.

Además, y según algunos autores, la libertad de cátedra es una garantía institucional, en el sentido que dio a este concepto Carlos Schmitt, es decir, un derecho marcadamente público cuyo contenido está orientado de modo directo en beneficio de la sociedad y, en este, caso, en defensa concretamente de la libertad de la ciencia... Con ella el Estado, en cuanto “Estado de Cultura” trata de garantizar el libre cultivo de la ciencia, y su libre transmisión por vía docente en todos los grados e instituciones del sistema educativo (...). Es este aspecto institucional de la libertad de cátedra el que la configura no solo como un *derecho individual* de libertad esgrimida frente a los poderes públicos, sino como un *bien jurídico* cuya protección será exigible a los poderes públicos aun cuando la enseñanza se ejerza en centros privados, (voto particular de Tomás y Valiente, FJ. 12).

## 8. SUJETOS TITULARES DE LA LIBERTAD DE CÁTEDRA.

El artículo 20.1.c) CE solo reconoce y enuncia el derecho a la libertad de cátedra pero no dice quienes son los sujetos titulares de este derecho, y en este tema no existe unanimidad entre la doctrina. Cabe distinguir entre una interpretación restrictiva y una interpretación amplia de este derecho.

### 8.1. Según la interpretación restrictiva.

---

<sup>1109</sup> Considera que la libertad de cátedra se constituye como una estructura dualista no reduccionista. Su dimensión objetivo-institucional no debe disolver el aspecto jurídico subjetivo como derecho de resistencia frente a la imposición de una ciencia o doctrina oficial, porque el reduccionismo subjetivista resulta insuficiente, ya que corre el riesgo de quedar como mero conato si se elude la acción positiva de los poderes públicos. Y el reduccionismo objetivista-institucional olvida el beneficio procesal y todo el sistema de garantías de que gozan los derechos fundamentales y las libertades públicas de la Sección I, Cap. II del Título I de la CE. Ibidem, p. 60.

<sup>1110</sup> Es similar al artículo 2.1. de la LRU de 25 de agosto de 1983, derogada por la Disposición Derogatoria Única, apartado 1 de la LOU.

La libertad de cátedra se refiere al ámbito universitario, a la enseñanza científica, a la transmisión por la docencia de los resultados de la propia investigación. Es decir, esta libertad solo es aplicable al profesorado universitario (Lucas Verdú, Martínez Sospedra), esta interpretación restrictiva se refiere a todo profesor universitario y no solo a los catedráticos.<sup>1111</sup>

La extensión de la libertad de cátedra a todo personal docente se encuentra en el hecho de que los catedráticos universitarios –únicos miembros antaño de la enseñanza universitaria- han sido sustituidos por un conjunto de cuerpos funcionarios o de personal sometido a otro estatuto que realizan tareas de naturaleza común, aunque con diferente grado de responsabilidad. El alumno –sujeto receptor de la enseñanza- la promoción de la ciencia –artículo 44.4. CE- y la misma mecánica de un Estado pluralista, necesitan de la extensión a todo el personal docente universitario. La posible amplitud de la libertad, según categorías docentes, es un problema distinto de la afirmación del sujeto.<sup>1112</sup>

La interpretación restrictiva tiene su origen histórico en la Circular de Albareda de 1881 y en los documentos de la primera y segunda cuestión universitaria.

Fernández-Miranda sostiene esta posición restrictiva pero solo en el ámbito de la enseñanza pública y del profesor funcionario, afirmando que “hoy día no se circunscribe sólo y exclusivamente a los catedráticos. No es necesario porque lo que se garantiza es la transmisión de la ciencia y de la investigación científica, al margen de quienes sean los protagonistas de esos procesos docente e investigador”.<sup>1113</sup>

## 8.2. Según la interpretación amplia.

La libertad de cátedra se extiende a todo el profesorado (De Esteban, Embid Irujo), así este último autor citado recuerda que la interpretación restrictiva del artículo 20.1.c) CE olvida la realidad de que existe un cuerpo de catedráticos de Instituto, del que también debería predicarse esta libertad.<sup>1114</sup>

En este sentido amplio, Tomás y Valiente señala que la expresión libertad de cátedra aparece solo en uno de nuestros Textos Constitucionales, el de 1931, cuyo artículo 48 se refiere a los “maestros, profesores y catedráticos de enseñanza oficial” y que enlaza -aunque no sin interrupciones- con el artículo 20.1.c) de la vigente Constitución (voto particular de la STC 5/1981, FJ. 11). La Constitución de la II República consagraba la libertad de cátedra para todos los niveles docentes en los centros públicos, sin que ello supusiera una disminución de la intervención estatal en las enseñanzas inferiores y medias ni, por tanto, el reconocimiento en estos niveles del principio de autonomía.<sup>1115</sup>

### 8.2.1. Posición del Tribunal Constitucional.

---

<sup>1111</sup> Salguero M. *La libertad de cátedra...* cit., p. 62.

<sup>1112</sup> Embid Irujo A., *Las libertades...* cit., pgs. 286-287.

<sup>1113</sup> Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza ...* cit., pgs. 130-131.

<sup>1114</sup> Embid Irujo A., *Las libertades...* cit., p. 286.

<sup>1115</sup> Fernández Miranda, *Artículo 27...* cit., p. 241.

El Tribunal Constitucional ha interpretado ampliamente la titularidad de este derecho en la sentencia 5/1981 manifestando que “aunque tradicionalmente por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia solo de los docentes en la enseñanza superior o, quizás más precisamente, de los puestos docentes denominados precisamente “cátedras” y todavía hoy en la doctrina alemana se entiende, en un sentido análogo, que tal libertad es predicable solo respecto de aquellos profesores cuya docencia es proyección de la labor investigadora, resulta evidente, *a la vista de los debates parlamentarios*, que son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen, que *el constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza* en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora” (FJ. 9).

Una posible explicación que Salguero da al hecho de que el Tribunal Constitucional extienda la libertad de cátedra a todos los docentes, a todos los niveles de primaria y secundaria, tanto en centros públicos como privados, es la siguiente: no es habitual que la docencia del profesor universitario sea el resultado de su propia investigación, sino que en buena medida se limita a transmitir o reproducir investigaciones de otros y no las propias.

En este caso se reducen las diferencias entre el profesor universitario y no universitario. La diferencia no será cualitativa sino cuantitativa, en función de la labor investigadora o especialidad del profesor. Podría hablarse de una graduación de la plenitud de la libertad de cátedra en función del grado de conexión entre la docencia y la propia investigación.<sup>1116</sup> Cuestión distinta es el grado de plenitud de esta libertad en función del puesto docente, el contenido y las limitaciones específicas.

#### 8.2.2. En las Leyes Orgánicas posteriores a la CE.

Tanto la LOECE -artículo 15- como la LODE -artículo 3, en relación con el artículo 22- han reconocido la libertad de cátedra a todos los docentes de distintos niveles y que imparten enseñanza tanto en centros públicos como en centros privados.

La expresión genérica de “los profesores del artículo 3 de la LODE” se refiere a los centros privados que funcionan en régimen de mercado “como a los de los centros sostenidos con fondos públicos y dentro de éstos, los privados concertados y los de titularidad pública”.<sup>1117</sup>

Si bien el contenido de la libertad de los docentes será distinto en función de los niveles de enseñanza, pero todos se encontrarán protegidos por el artículo 20.1.c) CE frente a posibles intromisiones en los contenidos impartidos, en la forma de exposición y lo mismo con respecto a los docentes de centros privados. “La libertad de cátedra del profesorado de estos centros (privados) es tan plena como la de los profesores de los centros públicos”(STC 5/1981).<sup>1118</sup>

---

<sup>1116</sup> Salguero M. La libertad de cátedra... cit., p. 71

<sup>1117</sup> Exposición de Motivos de la LODE, apartados 10 y 11. Y también afirma que “la libertad de enseñanza se extiende también a los propios profesores, cuya libertad de cátedra está amparada por la Constitución, por cuanto constituye principio básico de toda sociedad democrática en el campo de la educación”.

<sup>1118</sup> Vid. Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 287.

Respecto de los profesores, sujetos de derecho, con independencia del nivel que impartan su enseñanza, ha de entenderse que son todos los habilitados para la docencia con las dependencias derivadas de su status académico, de acuerdo con el sistema que se establezca para el acceso a la docencia. Normalmente se exigen pruebas de aptitud, título de doctorado, un concurso-oposición..., exámenes previos o un trabajo de habilitación para la enseñanza.

Todas estas exigencias no suponen una merma de la libertad de cátedra, ya que son garantías académicas, requeridas por el bien común, encaminadas a asegurar la competencia y seriedad científica de los docentes.<sup>1119</sup>

## 9. CONTENIDO DE ESTE DERECHO.

### 9.1. Aspectos generales.

La extensión de la libertad de cátedra a todo el personal docente significa que todos ellos se encuentran protegidos por el artículo 20.1.c) CE pero no significa que el contenido de esta libertad sea idéntico para todos.

No es igual el contenido de la libertad de cátedra de un profesor universitario que el de un profesor de otro nivel de enseñanza, tanto si se trata de centros públicos como privados. El problema no consiste en la simple descripción de los sujetos de esta libertad sino en el tratamiento que debe darse al posible conflicto de derechos, por lo que resulta fundamental establecer el contenido esencial, teniendo en cuenta que no se trata de un contenido único, sino gradual, va disminuyendo según se descienda en el nivel educativo.<sup>1120</sup>

Se trata de una libertad que comprende las tres manifestaciones paradigmáticas de la libertad jurídica: ausencia de constricciones –en su aspecto puramente negativo-, autonomía y participación –aspecto positivo estricto-, y facultades de hacer –aspecto positivo potencial-.<sup>1121</sup>

El contenido de la libertad de cátedra es una singularidad de la genérica libertad de expresión,<sup>1122</sup> y solo existe –la libertad de cátedra- en relación a los ciudadanos que a esa cualidad unen la de ser profesionales de la docencia. Es decir, el contenido de la libertad de cátedra no es solo expresar ideas o un cuerpo de conocimientos y valores, sino que tal actividad se produzca de modo sistemático en el marco de la enseñanza institucionalizada, por eso dicha libertad se diferencia del sentido más originario de la libertad de enseñanza que todos tienen,<sup>1123</sup> y violaría la libertad en su contenido esencial cualquier *predeterminación* de esos conceptos o ideas.

Por eso el docente en los centros privados no está obligado a transmitir ciegamente los conceptos educativos plasmados en el ideario con los que esté en desacuerdo, sino solamente mostrar su respeto hacia ellos, limitándose a no atacarlos.<sup>1124</sup>

---

<sup>1119</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 242, donde citan a Lucas Verdú.

<sup>1120</sup> Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa y enseñanza...* cit., pgs. 157-158.

<sup>1121</sup> Gálvez Montes, *Derechos y Libertades...*cit., p. 463.

<sup>1122</sup> Ésta consiste en la emisión de pensamientos, ideas y opiniones pero de forma no organizada, sin ánimo de ofrecer un sistema de conocimientos estructurado.

<sup>1123</sup> Salguero M. *La libertad de cátedra...* cit., p. 80

<sup>1124</sup> Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa y enseñanza...* cit., p.158.

Significa también la libertad en la metodología expositiva y en la investigación, además para el profesor funcionario supone una excepción a ciertos principios generales de la función pública como la relación jerárquica que no puede tener una aplicación estricta en el ámbito de la docencia porque supondría la anulación de la libertad.<sup>1125</sup>

## 9.2. Contenido negativo común.

La libertad de cátedra de un profesor, tanto de un centro público como privado y en cualquier nivel de enseñanza tiene un contenido negativo común: *el derecho a resistirse contra cualquier mandato oficial de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada*; y ello es así en base a dos razones: por un lado, dicho mandato supondría la desnaturalización del derecho a la libertad de cátedra, y por otro lado, esta intromisión estatal desnaturalizaría el contenido esencial del derecho del titular a garantizar el carácter propio del centro y haría impracticable el derecho de los padres a dar a sus hijos una educación conforme a sus convicciones.<sup>1126</sup>

Junto a la ausencia de condicionamientos ideológicos hay una exigencia adicional derivada del *principio de libre transmisión del saber*. La libertad de cátedra supone aquí autonomía en lo que se refiere a los contenidos de la investigación y la enseñanza, libertad para “elegir, utilizar y aplicar los métodos procedimientos y tratamientos conducentes a la adquisición, exposición y transmisión de los conocimientos científicos y la libertad de concretar el programa de la asignatura con los límites marcados por los planes de estudio.”<sup>1127</sup>

## 9.3. Contenido modulado.

Todos los profesores, de todos los niveles y de todos los centros docentes tienen derecho a la libertad de cátedra, si bien *el ámbito* de esta libertad varía según el lugar docente que ocupa (STC 5/1981, FJ.9).

El contenido de este derecho a la libertad de cátedra “se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra, cuya ocupación titula para el ejercicio de esta libertad por parte de los profesores” (STC 5/1981, FJ. 9, párrafo 3).

Según la doctrina del Tribunal Constitucional estas características están determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores:

- Por la naturaleza pública o privada del centro docente.
- Por el nivel educativo correspondiente.

### 9.3.1. En los centros públicos.

□ En los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un ***contenido negativo uniforme***: consiste en una habilitación al docente para *resistir*

---

<sup>1125</sup> Ibidem.

<sup>1126</sup> Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza...* cit., p. 237; Salguero, *La libertad de cátedra...* cit., p. 81.

<sup>1127</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., pgs. 240-241. En este doble sentido – independencia ideológica y reconocimiento de pluralismo interno más autonomía en el ejercicio de sus funciones– la libertad de cátedra ha sido tradicionalmente una institución no solo referida a los centros públicos sino además a la enseñanza superior. Ibidem.

*cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada; resistir cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hacen posible.* La libertad de cátedra es, en este sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales.(STC 5/1981, FJ. 9, párrafo 4).

□ **Un contenido positivo.** En el nivel educativo superior, es decir, en el nivel universitario, la libertad de cátedra tiene un amplio contenido positivo –que el Tribunal Constitucional no analiza-. Se puede decir que el profesor puede dar a su enseñanza la orientación ideológica que considere oportuna sin tener que elegir entre ningún elenco de medios pedagógicos y tampoco queda afectado por las facultades de inspección ya que es la autonomía universitaria la que regula este nivel de enseñanza.<sup>1128</sup>

En los niveles inferiores -educación primaria y secundaria- este contenido positivo va disminuyendo gradualmente y ello es así, manifiesta el Tribunal Constitucional porque<sup>1129</sup> “el establecimiento de los planes de estudio y la determinación del contenido mínimo de las enseñanzas no corresponde a los profesores sino a la autoridad competente”.<sup>1130</sup> Son también estas autoridades las que establecen cuál es el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor.

Libertad pedagógica como dimensión específica de la libertad de cátedra, como conjunto de estrategias o métodos para efectuar la transmisión de los conocimientos y convicciones científicas. Gradación que es compleja porque comprende: métodos que se consideran más apropiados, estrategias e instrumental didáctico-pedagógico, libros de texto, material didáctico, sistema de educación. Todo esto constituye el centro neurálgico y el verdadero testimonio del ejercicio y la praxis de la libertad de cátedra en los niveles de secundaria y primaria.<sup>1131</sup>

El profesor no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad, de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones (STC 5/1981, FJ. 9, párrafo 5). Y ello es así por la necesidad de proteger o preservar otros derechos y bienes constitucionales y porque todas estas instituciones públicas deben ser neutrales respecto a la ideología; es decir, ni el centro globalmente considerado ni ninguno de sus docentes pueden promover ninguna ideología concreta a través de la enseñanza.<sup>1132</sup>

Esta es la neutralidad ideológica exigida a todas las instituciones de titularidad pública y en concreto en los centros docentes. “La neutralidad ideológica de la enseñanza en el centro público impone a los docentes que en ellos desempeñan su función, *una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por*

---

<sup>1128</sup> Salguero M. *La libertad de cátedra...* cit., p. 82.

<sup>1129</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ. 9, párrafo 5

<sup>1130</sup> El fundamento jurídico de estas facultades que la Constitución otorga a las autoridades públicas son: el artículo 27.5 CE –programación general de la enseñanza-; artículo 27.8 CE –inspección y homologación del sistema educativo-; artículo 149.1.1. CE –regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles-; artículo 149.1.15 CE –fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica-; artículo 149.1.30 CE –regulación de la obtención y homologación de títulos académicos y profesionales-. En la LOGSE, el artículo 4.2. se refiere al currículo y que ha sido derogado por la LOCE, y regula este tema del currículo en el artículo 8.2, párrafo primero y 8.3.

<sup>1131</sup> Salguero M. *La libertad de cátedra...* cit., p. 83.

<sup>1132</sup> Riu i Rovira, *Todos tienen derecho...* cit., p. 168

*decisión libre o forzada por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita*". (STC 5/1981, FJ. 9, párrafo 6).

El contenido operativo de la neutralidad debe expresarse en términos de respeto, así el Tribunal Constitucional se sujeta a lo establecido en el artículo 20.4 CE, "estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título"..., en este caso, es el respeto a la libertad de los padres para que puedan educar a sus hijos en centros públicos. Y también se adecua a lo que dispone el artículo 10.2 CEDH de 1950, "el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometida a ciertas ... restricciones que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la protección de la moral... de los derechos ajenos".

Cabe mencionar la sentencia del Tribunal Supremo en un supuesto en que se impugna una sentencia en base a "prohibir la realización de los llamados contratos de contingencia" práctica habitual en la enseñanza superior, "ya que ello supone cercenar el contenido positivo del derecho a la libertad de cátedra consagrado en el artículo 20.1.c) CE".<sup>1133</sup>

### 9.3.2. En los centros privados.

El puesto docente está definido por dos elementos: las características del nivel educativo y el contenido del ideario o carácter propio del centro. Este segundo elemento se tendrá en cuenta en el supuesto de que el titular haya fijado el ideario del centro en uso de su libertad de enseñanza y dentro de los límites establecidos (STC 5/1981 FJ.10, párrafo 1).

La intromisión de los poderes públicos en la enseñanza que se imparte en los centros privados significaría ir contra la libertad del profesor y la libertad del titular del centro docente. La libertad de cátedra de los profesores en estos centros privados tienen el mismo contenido que en los centros públicos, esto es, faculta al docente a resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica impuesta por el Estado. Y es en este sentido como debe entenderse la afirmación del Tribunal Constitucional de que "*la libertad de cátedra del profesorado de estos centros es tan plena como la de los profesores de los centros públicos*" (STC 5/1981, FJ. 10, párrafo1). Ya que esta intromisión estatal desnaturaría el contenido esencial del derecho del titular a garantizar el carácter propio del centro y haría impracticable el derecho de los padres a dar a sus hijos una educación conforme a sus convicciones.<sup>1134</sup>

Así pues uno de los elementos determinantes de la libertad de cátedra de los profesores en un centro privado es *la exigencia de respeto al contenido del carácter propio de éste* (STC 5/1981, FJ.10; STC 77/1985, FJ.9). Esta obligación de respetar el ideario no lesiona ni hace impracticable la libertad de cátedra, ya que *el profesor no está obligado por ello a subordinar al mismo las exigencias científicas connaturales a su labor*. Esta obligación de respeto tiene un doble fundamento:

1) No hacer impracticable el derecho del titular al mantenimiento del ideario y, al mismo tiempo, no desnaturar el carácter de la enseñanza privada que, a diferencia de la pública, puede tener una impronta ideológica.

<sup>1133</sup> STS de 24 de enero de 1987 FJ. 2 (RJ. 321).

<sup>1134</sup> Martín Sánchez, La libertad de enseñanza ...cit., p. 237.



2) No hacer impracticable el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones, a través del centro que han elegido.<sup>1135</sup>

Por tanto, el profesor del centro privado es libre como profesor en el ejercicio de su docencia, y puede ejercer esta docencia del modo que considere más conveniente, pero su libertad “en el puesto docente que ocupa” debe ser compatible con la libertad del centro, uno de cuyos aspectos es su carácter propio.

En consecuencia, el profesor del centro privado no podrá actuar ni enseñar de manera contraria al contenido del carácter propio del centro cuando realiza su función docente o participa en la vida de la escuela.(STC 5/1981, FJ. 10; STC 77/1985, FJ.9).

#### 9.4. El contenido esencial de la libertad de cátedra.

El contenido esencial o mínimo básico de la libertad de cátedra consiste en lo siguiente:

- En no someterse a ideas científicas impuestas, a orientaciones que impliquen un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social y a imposiciones que deriven de una ciencia social.
- La posibilidad de expresar libremente las ideas, las convicciones científicas racionalmente asumidas por el profesor en relación con una disciplina en el momento de la investigación; en la trasmisión de estos conocimientos; en la elección del método más adecuado.<sup>1136</sup>

#### 9.5. Alusión a los profesores como sujetos de este derecho a la libertad de cátedra. Su función de examinar.

Hay que distinguir diversos aspectos de la libertad de cátedra: 1) en cuanto independencia y libertad ideológica, tanto frente al Estado como frente a los superiores académicos o docentes, la libertad de cátedra es predicable de todos los profesores, cualquiera que sea su status académico. 2) En cuanto independencia científica y autonómica docente e investigadora, las facultades del profesor tendrán los límites y las dependencias de su status académico conforme al sistema de acceso a la docencia y a los diversos niveles previstos en él.<sup>1137</sup> Así la libertad de cátedra en sentido estricto distingue: la “gran libertad de cátedra” que será aquella en que se reúna en el mismo profesor la plena capacidad docente y la plena capacidad investigadora; y la “pequeña libertad de cátedra”, aquella cuyo contenido va gradualmente disminuyendo en función del sistema de acceso a la docencia y de los niveles previsto en el sistema educativo.<sup>1138</sup>

La primera se da en el nivel universitario, la LOU en su artículo 56.1. dispone que “los catedráticos y profesores *titulares de Universidad* tendrán plena capacidad docente e investigadora. Los catedráticos y profesores *titulares de escuelas universitarias* tendrán plena capacidad docente y, cuando se hallen en posesión del título de doctor, también plena capacidad investigadora”.

---

<sup>1135</sup> Ibidem, p. 237

<sup>1136</sup> Salguero M. *La libertad de cátedra...*cit., p. 84; Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 290; Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza ...* cit., p. 235; el voto particular de Tomás y Valiente.

<sup>1137</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 242

<sup>1138</sup> Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza ...* cit., p. 138

El profesor es el sujeto de la libertad pero no debe olvidarse que ésta tiene un carácter instrumental: es la cobertura jurídica que sirve para la formación y educación de los alumnos. El artículo 27.2 CE, de forma general, habla del fin de la educación como posibilidad del “pleno desarrollo de la personalidad humana del alumno”, lo que lleva consigo una acción educativa distinta según el grado de desarrollo de esa personalidad, el elemento de la edad, de la personalidad consiguiente de los alumnos va determinando el grado de amplitud de la libertad de cátedra.<sup>1139</sup>

Cabe preguntarse si la función de examinar forma parte o no de la libertad de cátedra.<sup>1140</sup> Esta cuestión consiste en saber si ha de separarse la función de enseñar de la función de examinar. Si se tiene en cuenta lo establecido en la Constitución –artículos 27.8, 27.5, 149.1.30.- se puede afirmar que la facultad de examinar es competencia o facultad atribuida a los poderes públicos que resulta deslindable de la tarea de enseñar encomendada a los profesores. Es decir, la facultad de examinar es una función distinta de la tarea de enseñar y *no forma parte*, por tanto, *del contenido esencial de la libertad de cátedra*.<sup>1141</sup>

Un ejemplo de ello es la STC 120/1983, de 15 de diciembre que separa enseñar y examinar. El supuesto fáctico es que en un centro docente se produce una huelga de profesores en el mes de septiembre, durante la celebración de los exámenes. El centro contrató a más personal, a otros profesores para realizar los exámenes y los resultados obtenidos fueron considerados válidos.<sup>1142</sup>

Pero en la práctica, de hecho, el control de conocimientos va unido –como elemento intrínseco de la tarea docente- con la facultad de examinar, *aunque jurídicamente* son escindibles y aunque dicha facultad no forma parte del contenido esencial de la libertad de cátedra. En la práctica son la misma cosa, sí atañe a los contenidos didácticos, pedagógicos, que constituyen elementos básicos, del ejercicio de dicha libertad de cátedra. Hay alguna excepción en el sistema actual donde se institucionaliza la separación entre enseñar y examinar: es la selectividad.<sup>1143</sup>

## 10. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE CÁTEDRA.

Ningún derecho o libertad es absoluto o ilimitado sino que está sujeto a unos límites que vienen determinados por los derechos y libertades de los demás. “El derecho a la libertad de cátedra, como cualquier derecho fundamental o no, no es absoluto, ya que tienen por una parte, un concreto contenido, que determina su extensión y alcance y, por otra, se encuentra limitado y condicionado por el derecho de los demás”.<sup>1144</sup> Las limitaciones solo tienen significación cuando se tratan de zonas fronterizas por el objeto.<sup>1145</sup> Desde la perspectiva constitucional hay elementos que confirman que los derechos son limitados, por ejemplo el hecho de ser incorporados al ordenamiento

---

<sup>1139</sup> Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., p. 159; Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 294

<sup>1140</sup> Vid., Salguero M. *La libertad de cátedra...* cit., pgs. 86-89

<sup>1141</sup> *Ibidem*, p. 87

<sup>1142</sup> Se apreció una situación de necesidad.

<sup>1143</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>1144</sup> STS de 10 febrero de 1987, FJ. 3 (RJ. 1001).

<sup>1145</sup> Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p.298.

constitucional, así se habla de límites intrínsecos o límites necesarios que resultan de la propia naturaleza (STC 5/1981, FJ.7 párrafo 2 in fine). La exigencia de armonizarse – que se deriva del principio de unidad de la Constitución- es lo que lleva a la necesidad de su limitación.<sup>1146</sup>

Y al tratarse de derechos que son expresión del supremo orden de valores en que se asienta la convivencia, y por afectar al núcleo en que reside la dignidad del ser humano, es preciso que los límites hayan de establecerse en sentido limitado y hayan de ser interpretados estos límites restrictivamente y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.<sup>1147</sup>

Como límites de la libertad de cátedra cabe mencionar:

#### 10.1. La obligación de respetar la Constitución.

La configuración de la garantía institucional académica exige el concierto entre la ordenación normativo-jurídica del Estado y el ejercicio auténtico de la libertad. Ya que una auténtica garantía institucional de la libertad de cátedra equidista tanto de la sumisión burocrática de los docentes y científicos como del desconsiderado ataque por aquellos de los fundamentos de la convivencia o de los derechos y libertades de los demás.<sup>1148</sup>

La CE no tiene un precepto similar al artículo 5.3 de la Ley Alemana que tras reconocer la libertad de enseñanza se dispone que “ello no exime de la fidelidad a la Constitución”.<sup>1149</sup>

A todos los funcionarios, también a los profesores de centros públicos, se les exige el juramento o promesa de respeto a la Constitución. Lo que queda prohibido al profesor de los niveles inferiores es la crítica o negación de los valores fundamentales de nuestra Constitución. Ello no quiere decir que tenga que convertirse en apologista de la Constitución pero sí está obligado a la exposición correcta de los principios básicos de la misma, si a ellos tiene que referirse en el ejercicio de su labor docente. Cuestión distinta es la de los profesores universitarios.<sup>1150</sup>

#### 10.2. Los límites establecidos en el artículo 20.4 CE.

Límites que se refieren a la libertad de expresión –artículo 20- en el que se encuentra ubicado la libertad de cátedra –artículo 20.1.c)-, y que son el respeto a los derechos reconocidos en este Título –entre los que se encuentra el artículo 27.2 CE-, en

---

<sup>1146</sup> Salguero M. *La libertad de cátedra...* cit., p. 92.

<sup>1147</sup> STC 81/1983 de 10 octubre, FJ.3; STC 254/1988 de 21 de diciembre, que manifiesta que “es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las normas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto estas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 CE como “fundamento del orden político y la paz social”. Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que *tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen los límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente*. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que *los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos*”. FJ. 3.

<sup>1148</sup> Gálvez Montes, *Derechos y Libertades...* cit., pgs. 467.471.

<sup>1149</sup> Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 304.

<sup>1150</sup> Llamazares D., *Derecho Eclesiástico...* cit., p. 575.

los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

En este caso es importante señalar el artículo 27 CE y las leyes que lo desarrollan y la protección de la juventud y de la infancia, lo que impone especial consideración con respecto al concepto y método de enseñanza según la edad escolar, recordando y aplicando lo dispuesto en el artículo 10.1 CE.<sup>1151</sup>

10.3. El artículo 27.2. CE.

Precepto que establece que “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”.

Este límite alcanza a todos los ámbitos del sistema educativo y no solo a la educación primaria y secundaria, niveles en los que constituye el fundamento y justificación de la protección de la juventud y de la infancia y de la neutralidad en el sentido de ausencia de adoctrinamiento.<sup>1152</sup>

Es un límite a la posibilidad que tiene el profesor de orientar ideológicamente su enseñanza –aspecto positivo del contenido esencial de la libertad de cátedra-. El Tribunal Constitucional refiriéndose al artículo 27.2 CE ha manifestado que “la enseñanza ha de servir determinados valores –principios democráticos y de convivencia- que no cumplen una función meramente limitativa sino de inspiración positiva (STC 5/1981, FJ. 7 párrafo 3). El contenido de este artículo 27.2 CE se tiene en cuenta y está presente en las regulaciones de los libros de texto, orientaciones didácticas e inspección educativa.<sup>1153</sup>

10.4. El respeto a la libertad de conciencia y dignidad personal de los alumnos.

Otro de los límites a la libertad de cátedra viene constituido por el respeto a la libertad de conciencia y a la dignidad personal de los alumnos, es decir, el respeto a los destinatarios directos del ejercicio de la libertad de cátedra; los niños y jóvenes son los destinatarios y sus derechos suponen un límite a la libertad de cátedra.

La importancia de este límite en el ámbito de la docencia procede de factores psico-antropológicos como: la edad, la madurez personal y afectiva, la capacidad de reflexión y crítica de los alumnos. La delimitación cronológica está en los dieciocho años.<sup>1154</sup> A mayor capacidad crítica del alumno, mayor libertad del profesor, siempre, desde luego, con el debido respeto a la objetividad científica y a la verdad.<sup>1155</sup>

---

<sup>1151</sup> STS de 10 febrero de 1987 (RJ.1001) afirma que “y así el derecho a la libertad de cátedra, aun hipertrofiado fuera del ámbito en que su ubicación lo concreta y extendido a toda actividad docente, enseñanza, exámenes, pruebas...etc, siempre estaría limitado “por los derechos reconocidos en este Título... y por la protección a la juventud” que destaca el artículo 20.4 CE y no cabe dudas que el derecho a la educación se encuentra reconocido en el mismo Título, correspondiendo además a los poderes públicos inspeccionar y homologar el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes. Así el derecho a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, de las pruebas, métodos,... aparece controlado por todos los sectores interesados...” FJ. 4, párrafo 2.

<sup>1152</sup> Salguero M., la libertad de cátedra... cit., p. 103.

<sup>1153</sup> Ibidem., p. 105. Vid., artículos 2 y 3 de la LODE, artículo 2.2.a) LOCE.

<sup>1154</sup> Ibidem., p. 98. Vid el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que define que es lo que se entiende por niño.

<sup>1155</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículos 27...* cit., p. 244.

Como hemos visto, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta estos factores y manifiesta que el contenido positivo de la libertad de cátedra es gradual y va disminuyendo en función del nivel educativo.

Asimismo el legislador ha tenido presente estos factores de edad, madurez y capacidad crítica y lo ha plasmado en las regulaciones que desarrollan el artículo 27.2 CE: la LOECE, artículo 15, “el ejercicio de tal libertad debe orientarse a una formación integral de los alumnos, *adecuada a su edad*”; la LOE, artículo 6.1.c), “el derecho de los alumnos a que se respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales de acuerdo con la Constitución”; La LOGSE, artículo 1.1.a) “el pleno respeto a la personalidad del alumno” y artículo 2.3.g) “atención psicopedagógica y la orientación educativa y profesional”; la LOCE que reconoce al alumno el derecho a “recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad”, artículo 2.2.a), “a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución”, artículo 2.2.b), y “a que se respete su integridad y dignidad personales”, artículo 2.2.c).

#### 10.5. El deber de enseñar.<sup>1156</sup>

La libertad de cátedra -a diferencia, por ejemplo de la libertad de asociación que supone el derecho a no asociarse-, *no puede significar la libertad de no enseñar*. No podrá estimarse que vulnera el artículo 20.1.c) CE una norma que asocie determinadas consecuencias jurídicas a los supuestos de falta de idoneidad didáctica del profesor, ineptitud en la docencia e hipótesis similares.<sup>1157</sup>

“La función docente, que se configura como un servicio público, delimita, por consiguiente, el derecho a la libertad de cátedra, restringiendo su titularidad a los profesionales de la docencia y encauzando su ejercicio, que no comprende ni la libertad de no enseñar, ni la libertad a expresar ideas completamente ajenas al contenido de la enseñanza. Desde el momento en que se admite que el docente tiene el deber de enseñar, no cabe duda de que la enseñanza debe regularse de tal modo que no viole la libertad, pero que se garantice al mismo tiempo que ésta no se traduzca en una falta de enseñanza”.<sup>1158</sup>

#### 10.6. El deber de cumplir las normas de organización del centro.

La libertad de cátedra no puede significar tampoco, la absoluta libertad de enseñar prescindiendo de las normas de organización del centro y que regulan el régimen académico de la enseñanza; el profesor viene obligado al cumplimiento de la normativa sobre horarios, horas lectivas, sistema de evaluación y cualquiera otra que regule la mecánica administrativa de la docencia o investigación. Pero a su vez, la organización docente no puede traducirse en un instrumento de influencia o condicionamiento de la docencia como tal.<sup>1159</sup>

A ello se refiere el siguiente supuesto fáctico, el Sr. B.C., profesor de BUP, impartía enseñanza en un centro docente “A”, con ideario del Opus Dei, ideario que se

---

<sup>1156</sup> Es lo que el E.T. denomina deber de colaboración -artículo 20,2-, es una obligación del trabajador asumida en el contrato; y deber de diligencia -artículo 5.a)- cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo.

<sup>1157</sup> Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa y enseñanza...* cit., p. 161.

<sup>1158</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social, de Sevilla, núm. 100/2001 de 31 de marzo, FJ. 2, párrafo 5.

<sup>1159</sup> *Ibidem*, Lorenzo Vázquez, p. 161.

manifiesta entre otras cosas, en la práctica de la preceptuación, consistente en que al profesor se le entrega una hoja con los alumnos que deben salir de clase, los cuales van saliendo de uno en uno, y tras la preceptuación regresan a la clase, la cual es sucesivamente interrumpida. El actor manifestó en reiteradas ocasiones su oposición a que la preceptuación se realizara en horas lectivas por lo que supone de interrupción de la marcha normal de la clase, pérdida de atención de los alumnos, y en última instancia pérdida de esa hora lectiva.

El juez consideró “que “los límites internos” de la actividad docente en la que se actúa la libertad de cátedra supone por consiguiente que esta actividad, y por ende, el ejercicio de la libertad, se desarrolla en el marco de unos contenidos y unos métodos, que se hallan en mayor o menor medida, predeterminados, en función de las competencias que en materia educativa se encuentran legalmente atribuidas a los poderes públicos y a las propias autoridades académicas en el marco diseñado por el artículo 27 CE. En este caso, la práctica del centro “A” durante todo el curso escolar, supone un atentado a la libertad de cátedra. *El actor con su protesta, descontento y con conocimiento colectivo de su disconformidad, actuó en defensa de un derecho que como docente le atañe. Es difícil entender como se puede dar clase, con siete u ocho interrupciones por hora lectiva*”.<sup>1160</sup>

#### 10.7. Los límites procedentes del puesto docente y de la materia impartida.

Al profesor se le exige ejercer la docencia bajo los parámetros de un saber – cuerpo de conocimiento, área o disciplina-, sistemáticamente organizada, que cumpla con los requisitos del rigor metodológico. Y esta exigencia de rigor metodológico se extiende a todas las áreas, disciplinas o asignaturas y a todos los niveles.

El profesor ha de enseñar desde su puesto docente y no puede enseñar lo que “mejor le parezca” sino que “debe transmitir la materia objeto de su enseñanza”.<sup>1161</sup>

#### 10.8. La libertad de cátedra no implica libertad de propaganda política o de proselitismo en el centro docente.

No puede el docente prevalerse de la función que ejerce –protegida por una garantía institucional- para exponer o defender cuestiones ajenas a la ciencia.<sup>1162</sup> La libertad de cátedra, tanto en los centros públicos como en los centros privados, supone el derecho del profesor a desarrollar su actividad libremente, con arreglo a un criterio serio y objetivo.

La libertad ideológica del profesor ha de ser respetuosa, de un lado, con las exigencias de la ciencia, y de otro, con la capacidad crítica del alumno, de tal modo que quedan excluidos el dogmatismo y el adoctrinamiento.<sup>1163</sup>

El Tribunal Constitucional se ha referido a este aspecto al afirmar que “la neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros públicos impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de

---

<sup>1160</sup> Sentencia Juzgado de lo Social de Sevilla, núm. 100/2001 de 31 de marzo, FJ.2, párrafo 7.

<sup>1161</sup> Salguero M. *La libertad de cátedra...* cit., pgs. 94-95; De Esteban y López Guerra, *El Régimen Constitucional...* cit., p. 170.

<sup>1162</sup> Gálvez Montes, *Derechos y Libertades...* cit., p. 467 y ss. ; Lorenzo Vázquez, *Libertad Religiosa...* cit., p. 161.

<sup>1163</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 243

adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzada por las circunstancias no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación determinada y explícita”(STC 5/1981, FJ.9).

En opinión de Fernández-Miranda el profesor transmite al alumno valores y pautas de comportamiento, enfoques sobre el objeto de conocimiento que en muchos casos serán tan lícitos como discutibles, distinguiendo entre lo que puede ser una percepción subjetiva, más o menos discutible, pero respetuosa, de lo que sería el adoctrinamiento dogmático y la manipulación de las conciencias.<sup>1164</sup>

Si bien hay que señalar que cuando se trate de centros privados con carácter propio, el profesor puede, ciertamente, hacer apología o propaganda del ideario, como veremos más adelante.

10.9. Alusión al orden público y a las buenas costumbres.

Con respecto a considerar el orden público y las buenas costumbres como límites a la libertad de cátedra, hay entre la doctrina, distintas interpretaciones.

Lo cierto es que ni las buenas costumbres ni el orden público son recogidos de forma expresa en el artículo 20.4 CE. No obstante los contenidos y los efectos que normalmente se refieren a estas nociones pueden, sin duda, ser encuadrados dentro de otros conceptos que sí ejercen este papel limitador.<sup>1165</sup>

El Tribunal Supremo ha llegado a encontrar en el concepto de orden público aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.<sup>1166</sup> Viene a equivaler al conjunto de principios reconocidos en la Constitución.<sup>1167</sup>

Salguero considera que la noción de “moral pública” es reducible a la protección de la juventud y de la infancia. Y el Tribunal Constitucional conecta también esta noción con la juventud y la infancia al afirmar<sup>1168</sup> que “de acuerdo con el artículo 20.4 CE y en conexión con el artículo 53.1. CE, la ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el propio artículo 20 (...) y así lo ha hecho el legislador postconstitucional al regular en la LOLR de 1980 la libertad religiosa (artículo 3.1.) señala como límite de su ejercicio la “moralidad pública”.<sup>1169</sup>

Dentro de la protección a la moral se comprende, muy señaladamente, -hasta el punto que la Constitución alude expresamente a ello- la protección de la juventud y de la infancia.

El concepto de “moral pública” puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, si bien tal utilización ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que se produzcan limitaciones injustificadas de tales derechos fundamentales y libertades públicas.

---

<sup>1164</sup> Ibidem, pgs. 243-244.

<sup>1165</sup> Lorenzo Vázquez, *Libertad Religiosa...* cit. P. 161; Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 302; Salguero M. *La libertad de cátedra...* cit., p. 100.

<sup>1166</sup> STS de 31 de diciembre de 1979, considerando 3, (RJ. 4499).

<sup>1167</sup> Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 303

<sup>1168</sup> STC 62/1982 de 15 de octubre, FJ.3.

<sup>1169</sup> El artículo 16.1. CE dispone “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades *sin más limitación*, en sus manifestaciones, *que las necesarias para el mantenimiento del orden público* protegido por la ley”.

Quando los destinatarios son menores –aunque no lo sean exclusivamente- el ataque a la moral pública y, por supuesto, a la debida protección a la juventud y a la infancia, cobran una intensidad superior”.

En el ordenamiento italiano se establece como límites al ejercicio de la libertad docente en la escuela estatal, las buenas costumbres y el orden público. El artículo 21 de la Constitución italiana dispone que “se prohíbe las publicaciones de prensa, los espectáculos y cualesquiera otras manifestaciones contrarias a las buenas costumbres”. Este precepto aplicado al ámbito de la escuela no solo es legítimo sino imprescindible ya que es el lugar donde se debe atender a la formación integral de la personalidad, en el momento en el que se encuentran es la fase de pleno desarrollo de los hábitos morales del individuo.<sup>1170</sup>

Otaduy opina que si el problema de los límites de la libertad docente no puede ser afrontado con independencia de la misión confiada al Estado de proteger a la infancia y la juventud, esos límites deben actuar mucho antes de llegar al ilícito penal. Y con respecto a la protección que el orden público presta a la dignidad de la persona humana, en el ámbito de la educación puede concretarse en el “respeto a la personalidad del alumno”.<sup>1171</sup>

Con respecto a las buenas costumbres, una enseñanza en contra de las buenas costumbres, en última instancia se caracterizaría por una falta a los derechos de la juventud y de la infancia que como tales aparecen en el artículo 20.4 CE. Ello lleva consigo la impropiedad de plantear la existencia de este límite para el docente universitario, porque el elemento de referencia es la edad del menor, que también es tomado en el derecho penal como punto importante.<sup>1172</sup>

Puede concluirse que, tras la enumeración de los límites a la libertad de cátedra, no es necesario establecer como límite específico y distinto de la protección de la juventud y de la infancia, el concepto de orden público y buenas costumbres, al menos en los niveles de enseñanza obligatoria.

Si se tratara de un centro docente privado con ideario o carácter propio, serán de aplicación los mismo límites más el respeto al ideario, supuesto al que nos vamos a referir a continuación.

## 11. LIBERTAD DE CÁTEDRA Y CENTROS DOCENTES PRIVADOS.

El reconocimiento constitucional de la libertad de enseñanza hace imposible la adopción por ley de un sistema de pluralismo interno presidido por el principio de libertad de cátedra en los centros privados. Sin embargo, sí es posible, por voluntad de su fundador, que un centro privado carezca de ideario, en este caso la libertad de cátedra del profesor será comparable a los docentes de centros públicos.<sup>1173</sup>

Como hemos visto, según la doctrina del Tribunal Constitucional en los centros privados el puesto docente, y por tanto la libertad de cátedra que se ejercita a través del

---

<sup>1170</sup> Otaduy Guerin, *La extinción...* cit., p. 101, que menciona a Pizzorusso, *La libertà d'insegnamento*, en “la pubblica sicurezza”, Milán, 1967.

<sup>1171</sup> Ibidem, pgs. 102 y 106.

<sup>1172</sup> Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., p. 162; Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 302. Vid, STS de 27 de octubre de 1965, considerando 2 (RJ. 4816).

<sup>1173</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...*cit., p. 244.



mismo, está definido por el nivel educativo y por el carácter propio del centro, “el ideario” (STC 5/1981, FJ.10).

Hay que distinguir tres clases de centros privados y su relación con la libertad de cátedra: los centros privados sin ideario, los centros privados concertados con carácter propio, y los centros privados con ideario o carácter propio.

11.1. La libertad de cátedra en los centros privados sin ideario en los que se imparten enseñanzas no universitarias.

Se trata del supuesto en que el titular no establece un ideario, y conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional “se trata de una empresa, expresión concreta del principio de libertad de empresa” (STC 5/1981, FJ. 8 párrafo 1). Pero hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 27.2 CE, el objeto o finalidad de la educación, que hace difícil que sólo pueda ser calificada puramente como empresa.<sup>1174</sup> La libertad de cátedra de los profesores es tan plena como la de los profesores de los centros públicos (STC 5/1981, FJ.10).

Si el titular no ha plasmado el ideario que pretende impartir en el centro docente, no puede plantearse el conflicto entre libertades porque en realidad el titular no ha ejercido su libertad de enseñanza en toda su riqueza constitucional que posee, sino, únicamente, la potestad de fundar un centro. Su empresa docente sólo es una empresa a estos efectos y la libertad del profesor no se encuentra limitada por la del titular. Y los posibles conflictos que puedan surgir serían meramente laborales y por problemas laborales debiendo resolverse con criterios ajenos al ordenamiento educativo.<sup>1175</sup>

Se someten al principio de autorización administrativa, cumpliendo los requisitos mínimos y “gozan de plenas facultades académicas” (artículos 25 y 26 LODE). Suelen configurarse como cooperativas de enseñanza y en la práctica se consideran centros “pluralistas o laicos” vinculados a una *función social*.<sup>1176</sup> Lo importante no es la configuración ideológica que se otorgan a sí mismos los partícipes de las cooperativas sino la necesidad de una praxis docente enfocada a las necesidades de las personas que solicitan sus servicios. Pueden considerarse como iniciativas docentes de la Sociedad civil.<sup>1177</sup>

11.2. La libertad de cátedra y los centros privados concertados con carácter propio.

En este caso no puede hablarse globalmente de neutralidad ya que el centro, aunque subvencionado con fondos públicos, no pierde el carácter propio establecido por su titular. Así el Tribunal Constitucional manifestó que “los centros públicos y los privados concertados tienen regímenes jurídicos diferentes en razón de la diversidad de titulares y este hecho puede justificar diferencias importantes en la composición, competencias y funcionamiento de los órganos de gobierno respectivo según prevé la ley” (ATC de 6 de mayo de 1987, FJ.2, párrafo 2).

---

<sup>1174</sup> Salguero M. *La libertad de cátedra...* cit., p. 222.

<sup>1175</sup> Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 268.

<sup>1176</sup> Pero también existen cooperativas con ideario, por ejemplo en la Comunidad de Madrid, existen tres con ideario católico, además de ser centros concertados. Vid. Guía de centros educativos católicos, 2002 de la FERE.

<sup>1177</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra..* cit., p. 223.

Al caracterizarse por una identidad preestablecida, aplicar la neutralidad supondría desnaturalizar la propia identidad.<sup>1178</sup> Es decir, no se puede aplicar la neutralidad de la misma manera que a los centros públicos.

Pero el hecho de que los padres puedan verse forzados por las circunstancias a llevar a sus hijos a un centro concertado con carácter propio, pero no por afinidad ideológica al ideario sino por no existir plaza en un centro público o quedar éste más alejado del domicilio familiar, en estos casos, en opinión de Salguero, se da una neutralidad modalizada, sui generis ad hoc, en la medida que el titular queda afectado por el artículo 27.7 CE y artículo 73.1 LOCE; la identidad ideológica perderá eficacia por lo que quedará un mayor espacio para la autonomía del profesor.<sup>1179</sup>

Lozano pone de manifiesto que el apartado 2 del artículo 52 LODE, “la enseñanza deberá ser impartida con pleno respeto a la libertad de conciencia” debe ser interpretado como “un respeto a cualquier opción ideológica, sea o no consagrada por el ideario, lo que resulta una consecuencia ineludible de la incorporación de estos centros a la “prestación del servicio público de la educación” (artículo 47.1 LODE) y del consiguiente reconocimiento de un derecho de acceso de los alumnos a los mismos en condiciones de igualdad”.<sup>1180</sup>

Y lo dispuesto en el artículo 57 b) LODE, el Consejo Escolar interviene en la selección y despido del profesorado; artículo 60.2, principio de mérito y capacidad a la hora de seleccionar a un profesor; artículo 60.5, conforme a la redacción de la LOPEGCD, el despido del profesor; artículo 62 LODE, que se refiere al incumplimiento del concierto... estas medidas tiende a reforzar la posición del profesor en el puesto docente y a evitar las arbitrariedades en el despido lo que supone una mayor garantía para el ejercicio de la libertad de cátedra en los centros concertados.<sup>1181</sup> *Y la Administración educativa no podrá adoptar en ningún caso medidas que supongan su subrogación en las facultades respectivas del titular o del consejo escolar, en caso de conflicto entre el Titular y el Consejo escolar del centro o incumplimiento de las obligaciones del régimen de conciertos.*<sup>1182</sup>

### 11.3. La libertad de cátedra y el centro privado con ideario o carácter propio.

#### 11.3.1. Aspectos generales.

El profesor del centro privado es libre como profesor en el ejercicio de la docencia y puede ejercer esta docencia del modo que considere más conveniente. Tiene el mismo contenido negativo que en los centros públicos, es decir, faculta al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica impuesta por el Estado (STC 5/1981, FJ. 10). De este pronunciamiento se extrae dos conclusiones:<sup>1183</sup> 1) la libertad de cátedra no ve mermada su entidad jurídico sustancial por ejercerse en centro público o privado, y su fuente normativa, en ambos casos, se encuentra en el artículo 20.1.c) CE; 2) la cuestión del conflicto entre libertad de cátedra y el ideario es un problema distinto que no atañe a la naturaleza jurídica de esta libertad que es tan plena en los centros públicos como privados.

---

<sup>1178</sup> Ibidem, p. 220.

<sup>1179</sup> Ibidem, pgs. 220-221

<sup>1180</sup> Lozano B. *La libertad de cátedra..cit.*, p. 304.

<sup>1181</sup> Ibidem, Salguero, p. 221

<sup>1182</sup> Artículo 61.7 LODE, tras la redacción de la LOPEGCD.

<sup>1183</sup> Ibidem, p. 203

Pero su libertad “en el puesto docente que ocupa debe ser compatible con la libertad del centro, uno de cuyos aspectos es su carácter propio”. Es decir, sus límites son los mismos que los de la libertad de cátedra con la obligación adicional de respetar el ideario. El profesor del centro privado no podrá actuar ni enseñar de manera contraria al contenido del carácter propio del centro cuando realiza su función docente o participa en la vida de la escuela.<sup>1184</sup>

Y el alcance limitativo del ideario puede sintetizarse de la siguiente forma: el ideario no puede entrar en conflicto con la ciencia; el ideario no obliga a una adhesión o aceptación positiva de sus principios ideológicos, mucho menos a hacerse apologista de los mismos, sino tan solo a respetarlos.<sup>1185</sup>

### 11.3.2. El respeto al ideario del centro: regulación jurídica.

El respeto al ideario por parte de los profesores implica que entren en concurrencia –y eventualmente en colisión- varios derechos: por un lado el derecho de los alumnos a ser educados en libertad y el de los profesores a la libertad de cátedra; por otro el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral conforme a sus convicciones; y en último término el derecho del titular del centro a establecer el ideario, recogido en el artículo 27.6 CE.<sup>1186</sup>

El problema surge, como señala el Tribunal Constitucional, ante la posible colisión entre el ejercicio de la libertad de enseñanza por el titular del centro a dotar a éste de un ideario, y la libertad de enseñanza que, dentro de los límites de este ideario, y en desarrollo del artículo 27.1 CE concede la ley a los profesores de los centros privados (STC 5/1981, FJ.10).<sup>1187</sup>

Se trata de un posible conflicto entre el profesor individual amparado por la libertad de cátedra y el titular del centro al que puede dotar de ideario. Ambos sujetos tienen derechos de mismo contenido originario –impartir unas determinadas direcciones metodológicas, ideológicas, anejas al mismo hábeas de conocimientos transmitidos- eso ha sido siempre la esencia de la libertad de cátedra y esa también ha sido la parte esencial del derecho a crear centros con “ideario educativo”.<sup>1188</sup>

Y el conflicto puede definirse como la colisión entre la libertad de pensamiento individual –la del profesor- y la libertad de pensamiento en su dimensión colectiva o propia del grupo o entre ideologías organizadas y la manifestación individual.<sup>1189</sup>

---

<sup>1184</sup> STC 5/1981, FJ.10; STC 77/1985, FJ.9. Vid. Riu i Rovira, *Todos tienen derecho...* cit., p. 168.

<sup>1185</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 245.

<sup>1186</sup> Vid. STC 5/1981, voto particular de Tomás y Valiente, FJ.15.

<sup>1187</sup> López Calera habla de: 1) Contradicciones entre dos derechos de igual contenido originario, pero de distintos titulares; 2) la contradicción entre derechos de diverso contenido y propios de distintos sujetos; 3) la contradicción entre los derechos -de igual o diferente contenido- de los sujetos individuales y colectivos. Aquí se refiere a los apartados 1 y 3. Vid. López Calera, *Naturaleza dialéctica de los derechos humanos*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 6, 1990, p. 82, mencionado en Salguero, *La libertad de cátedra...* cit., p. 205.

<sup>1188</sup> Embid Irujo, *Las libertades...* cit., p. 260.

<sup>1189</sup> Salguero, *La libertad de cátedra...* cit., p. 205.

En cuanto a la *regulación jurídica*,<sup>1190</sup> en la LOECE de 1980 no se recogía entre los posibles límites del derecho del titular a establecer un ideario educativo propio, el derecho de libertad de cátedra (artículo 34), pero sí se indicaba de forma expresa que este derecho de libertad de cátedra debía respetar el ideario del centro.

En la LODE de 1985 ocurre lo contrario, entre los límites del derecho a establecer un carácter propio del centro se enumeran los derechos de los profesores, y por tanto la libertad de cátedra (artículo 22.1) y en cambio, al menos de forma expresa no se dice que este último esté limitado por aquel (artículo 3).

A este respecto el Tribunal Constitucional afirmó que “el hecho de que la ley no haga referencia expresa al deber de los profesores a respetar el ideario, no tiene por qué suponer, ni que tal deber no exista –o no tenga virtualidad limitante- ni que se produzca una inversión de la relación general establecida en ocasiones anteriores por el Tribunal Constitucional en supuestos de conflicto o concurrencia entre los derechos de los miembros de la comunidad escolar y los del titular del centro”(STC 77/1985, FJ.9)

La LOCE de 2002 enumera también entre los límites del derecho del titular a establecer el carácter propio del centro, los derechos de los profesores (artículo 73.1).

Hay que tener en cuenta que el derecho del titular del centro no tiene carácter absoluto y está sujeto a límites y posible limitaciones, quedando siempre a salvo, de acuerdo con el artículo 53 CE, su contenido esencial. En algunos aspectos puede que el respeto a los derechos de los padres, profesores y alumnos suponga una restricción del derecho del titular a fijar el carácter propio; en otros, sin embargo, el ejercicio por el titular de su derecho a establecer el carácter propio del centro actúa necesariamente como límite de los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad escolar (STC 77/1985, FJ. 9).

### 11.3.3. Doctrina del Tribunal Constitucional.

La posición mayoritaria del Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1981 de 13 de febrero, es la de evitar la confrontación, hace notar la incompatibilidad de una tendencia expansiva de cualquiera de estas libertades (FJ. 10, párrafo 2) y la articulación recíproca será tanto mas fácil cuanto mayor conciencia se tenga de estas limitaciones, refiriéndose a los límites del ideario.<sup>1191</sup>

El voto particular de esta sentencia señaló que “no es constitucional supeditar jerárquicamente uno de tales derechos fundamentales, la libertad de cátedra, a otros como los del artículo 27.3 y 27.6 CE que tienen igual rango y naturaleza o al derecho del artículo 34 LOECE, que es de rango inferior (...) es constitucionalmente preferible, una interpretación que busque o fije el equilibrio y no la jerarquización entre los derechos en concurrencia, pues todos ellos son bienes del ordenamiento que importa conservar y armonizar en la mayor medida posible”.<sup>1192</sup> No hay radical y rigurosa incompatibilidad entre libertad de enseñanza –entendida como libertad para crear centros privados, artículo 27.6 CE- y la libertad de cátedra, ni es cierto que ésta deba

---

<sup>1190</sup> Vid. Lorenzo Vázquez, Libertad religiosa... cit., pgs. 163-164; Llamazares Fernández, Derecho Eclesiástico... cit., p. 576.

<sup>1191</sup> Salguero, La libertad de cátedra...cit., p. 206.

<sup>1192</sup> STC 5/1981, voto particular, FJ.15, párrafo 2.

ceder ante aquella por tener la primera carácter institucional y ser la libertad de cátedra de tipo individual pues ésta posee también el carácter de garantía institucional.<sup>1193</sup>

Para solucionar la posible colisión entre derechos fundamentales no es aplicable el principio de jerarquización de derecho sino que la doctrina del Tribunal Constitucional, según reiterada jurisprudencia podría sintetizarse de la siguiente forma:<sup>1194</sup>

1) En ningún caso, la limitación de uno de esos derechos en conflicto puede afectar a su núcleo esencial, por imperativo del artículo 53 CE. Deberá preservarse, en todo caso, las facultades que le hacen reconocible, cuidando que no quede cerrada la posibilidad de consecución de los intereses a los que sirve.

2) Deben compatibilizarse y armonizarse ambos derechos hasta el límite de lo posible, de manera que se consiga, atendidas las circunstancias concretas del caso, la realización de ambos en su grado óptimo posible.

3) Debe darse proporción entre el derecho que se limita así como el ámbito de la limitación y el bien que se protege, ponderación que le corresponde hacer al juez o tribunal caso por caso.

La solución al conflicto habrá que buscarse a través de la jurisdicción competente y en último término y en cuanto haya lesión de derechos fundamentales o libertades públicas de este mismo Tribunal por vía de amparo y no mediante el establecimiento apriorístico de una doctrina general (STC 5/1981 FJ. 10). Esta posición fue reafirmada por la STC 47/1985 de 27 de marzo que planteó el problema de un despido por razones ideológicas.

También habría que señalar, en opinión de Llamazares, un criterio o punto de referencia para hacer esa ponderación entre derechos en conflicto a que se refiere el Tribunal Constitucional, *tanto la libertad para establecer un ideario como la libertad de cátedra sirven a un mismo objetivo: la educación* tal y como aparece descrita en el artículo 27.2 CE, consecuentemente, deberá optarse por aquella solución del conflicto que, respetando el núcleo esencial de ambos derechos, mejor sirva a la realización del ideal y modelo de educación ahí descrito.

Y como consecuencia de la necesidad de respetar su núcleo esencial, sin que, en ningún caso esté permitido sacrificar uno u otro, lo que el respeto del ideario le exige al profesor no implica una renuncia al derecho de libertad de cátedra o a su ejercicio sino una matización de su ejercicio.<sup>1195</sup>

#### 11.3.4. Criterios de armonización entre la libertad de cátedra y el ideario.

Los criterios de armonización, equilibrio y conciliación entre la libertad de cátedra y el ideario están recogido en la doctrina del Tribunal Constitucional, fundamentalmente en las sentencias de 5/1981 de 13 de febrero, 77/1985 de 27 junio y 47/1985 de 27 marzo.<sup>1196</sup> Y son los siguientes:

---

<sup>1193</sup> Ibidem, FJ.5 párrafo 3. Vid. Otaduy Guerin, *La extinción...* cit., pgs. 134-138, se refiere al argumento institucional a favor de la libertad de cátedra y a favor de la libertad de creación de centro docente.

<sup>1194</sup> Llamazares Fernández, *Derecho Eclesiástico*, cit., pgs. 576-577.

<sup>1195</sup> Ibidem, pgs. 577-578

<sup>1196</sup> Vid. Salguero M., *La libertad de cátedra...* cit., pgs. 206-210; Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza...* cit., pgs. 227-230; Martí J.M., *El factor religioso...* cit., p. 469 y ss.; Llamazares, *Derecho Eclesiástico...* cit., p. 578 y ss.

11.3.4.1. *La existencia del carácter propio del centro obliga al profesor a una actitud de respeto y de no ataque a dicho carácter* (SSTC 77/1985 FJ.9, 47/1985 FJ.3).

11.3.4.1.1. Posición doctrinal y jurisprudencial.

Ante la cuestión de qué debe entenderse por “deber de respeto y no ataque” al carácter propio por parte del profesor hay diversas interpretaciones doctrinales: así Zumaquero considera que “el profesor debe respetar escrupulosamente el proyecto educativo del centro y aún colaborar activamente a la consecución de los fines educativos que se proponen en dicho proyecto”<sup>1197</sup>

Para Embid Irujo, “el profesor ha de respetar el ideario del centro en el que imparte su docencia, de tal forma que el despido solo podrá ser justificado cuando de manera sistemática se combata frontalmente los conceptos básicos del ideario”.<sup>1198</sup>

Llamazares afirma que “lo que queda excluido es la confrontación directa, como consecuencia de una actitud dogmática, sectaria e intolerante”.<sup>1199</sup>

Martín Sánchez pone de manifiesto que la obligación de respetar el ideario no lesiona ni hace impracticable la libertad de cátedra ya que el profesor no está obligado por ello a subordinar al mismo las exigencias científicas connaturales a su labor. Esta obligación de respeto tiene un doble fundamento: uno, no hacer impracticable el derecho del titular al mantenimiento del ideario y al mismo tiempo no desnaturalizar el carácter de la enseñanza privada que, a diferencia de la pública, puede tener una impronta ideológica; y dos, no hacer impracticable el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones, a través del centro que han elegido.<sup>1200</sup>

Tomás y Valiente en el voto particular señala que “existe el deber de respetar un eventual ideario, pero este respeto no ha de entenderse como “veneración” o “acatamiento” sino el deber de discreción, de consideración y reserva que ha de tener los profesores de un centro privado que no se sientan identificados con el ideario del centro”.<sup>1201</sup>

---

<sup>1197</sup> Zumaquero, *Los derechos educativos en la Constitución Española de 1978*, Pamplona, EUNSA, 1984, p. 358, y en Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza ... cit.*, p. 228

<sup>1198</sup> Embid Irujo, *Las libertades...cit.*, p. 269

<sup>1199</sup> Llamazares, *Derecho Eclesiástico... cit.*, p. 578.

<sup>1200</sup> Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza ... cit.*, p. 237.

<sup>1201</sup> STC 5/1985, voto particular FJ. 16, párrafo 1. Tomás y Valiente sigue los criterios recogidos en la Resolución del Consejo Constitucional Francés de 23 de noviembre de 1977. Ante este Consejo se planteó la cuestión de si el artículo 1 de la Ley de 25 de noviembre de 1977, relativa a la enseñanza privada concertada resultaba lesivo a la libertad de conciencia de los profesores ya que establecía que “los maestros que prestan esta enseñanza *están obligados a respetar* el carácter propio del centro”. El Consejo lo declaró constitucional ya que “el carácter propio de un centro ligado al Estado por contrato y de cualquier centro no concertado supone la puesta en práctica de la libertad de enseñanza”; y la constitucionalidad del principio de la libertad de conciencia de los docentes; manifestó la necesidad de conciliar ambos principios afirmando que “la obligación impuesta a los maestros de respetar el carácter propio del centro *les impone un deber de reserva*, aunque no puede ser interpretado en el sentido de permitir un ataque a su libertad de conciencia”. Conforme a la doctrina del Consejo Constitucional Francés el respeto del carácter propio del centro no obliga a los maestros de la enseñanza libre a renunciar a sus opiniones y creencias, pero éstos no pueden tener una actitud abiertamente desfavorable y militante en contra de lo que constituye la originalidad del establecimiento que les contrata. Vid. Lozano Cutanda B, *La libertad de cátedra... cit.*, pgs. 268-269

Expósito ha señalado que el respeto al ideario no equivale a subordinación. Si hubiera una obligación absoluta de respetar el ideario, éste actuaría como una forma de censura.<sup>1202</sup>

“El artículo 20.2 CE establece que el ejercicio de la libertad de cátedra “no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa” y este precepto debe entenderse en el sentido de que, aunque el ideario debe ser respetado por el profesor, su existencia no puede permitir actos concretos de censura previa por parte de los dirigentes o titulares del centro respecto a la actividad docente de los profesores” (STC 5/1981, voto particular, FJ.13, párrafo 3).

Una sentencia de la Magistratura de Trabajo de Zaragoza recoge un supuesto de despido de un profesor de un centro privado católico que las imputaciones presentadas por el titular en la carta de despido podrían justificarlo, pero las pruebas fueron insuficientes por falta de testigos directos. La sentencia afirma que “es claro que, siguiendo el marco que define la propia jurisprudencia constitucional, ampliamente acotada en la materia que aquí nos interesa, las imputaciones relativas al adoctrinamiento, con ocasión, o notoriamente, del ejercicio del cargo docente a favor de las prácticas abortivas y en contra, con mofa, del sacramento católico de la comunión, invocadas en la carta de despido y probadas, determinarían incuestionablemente, la procedencia del despido, pues son, sin paliativos ni discusión posible, frontal y abierto ataque al ideario o carácter propio del centro”.<sup>1203</sup>

#### 11.3.4.1.2. Posibles vulneraciones del deber de respeto al ideario.

Existen diferentes interpretaciones acerca de la posible vulneración por el profesor del deber de respeto al ideario. Este deber de respeto no ha de entenderse establecido en beneficio directo de la libertad de creación de centros docentes sino a favor del derecho fundamental de los padres recogido en el artículo 27.3 CE. Sólo cuando un profesor pusiera en peligro, en uso de su libertad de cátedra el carácter ideológico propio del centro por medio de enseñanzas hostiles a su contenido axiológico podría decirse que violaba el debido respeto al ideario al influir en la formación religiosa y moral de sus alumnos en sentido contrario al que los padres eligieron para sus hijos cuando escogieron aquel centro (voto particular de STC 5/1981 FJ. 16, párrafo 2).

▪ No puede considerarse como vulneraciones al deber de respeto al ideario las simples y aisladas discrepancias a propósito de algún aspecto del ideario del centro que exponga el profesor al filo de sus normales actividades escolares, siempre que se manifieste razonadamente, con oportunidad y en forma adecuada a la edad y grado de conocimiento y de madurez de los alumnos. El pleno y libre desarrollo de la personalidad de éstos se obtiene fomentando en ellos un espíritu crítico, que sólo es posible imbuirles si también el profesor hace uso de él en sus explicaciones (voto particular de STC 5/1981, FJ. 16, párrafo 3).

Garrido Falla critica la interpretación de Tomás y Valiente afirmando que “intenta matizar tanto el equilibrio entre dos libertades que termina por hacer de esta cuestión algo totalmente nebuloso y falto de límites precisos”.<sup>1204</sup>

---

<sup>1202</sup> Expósito E, *La libertad de cátedra*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 247, en Salguero, *La libertad de cátedra...cit.*, p. 207

<sup>1203</sup> Sentencia de Magistratura de Trabajo de Zaragoza de 2 de noviembre de 1987, FJ. 8.

<sup>1204</sup> En “Sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, Madrid, abril 1981; Vid. Lorenzo Vázquez, *La libertad religiosa... cit.*, nota 354, p. 163.

▪ Tampoco los profesores incumplirían el deber de respeto al ideario en uso de su libertad ideológica y religiosa (artículo 16.1. CE) si se inhibieran o se negasen a colaborar en prácticas religiosas o en actividades ideológicas con las que ellos no se sintieran identificados a pesar de ser carácter ideológico propio del centro, pues tales actividades podrían seguir siendo impartidas a los alumnos por otras personas que asumieran su contenido axiológico (STC 5/1981, FJ. 17, párrafo 1)

Ante esto, Martínez Blanco manifiesta que la negativa sistemática a participar en prácticas religiosas o actividades ideológicas es una forma solapada de oposición al ideario que en modo alguno contribuye a la formación de los alumnos en tal ideario.<sup>1205</sup>

▪ Por el contrario, Tomás y Valiente considera una posible vulneración constitucional el hecho de que los titulares o dirigentes del centro soliciten a los profesores, antes de y para ser contratados, una adhesión explícita al ideario del centro ya que supondría una vulneración del artículo 16.2 CE por constituir una forma indirecta, pero coactiva por sus previsibles consecuencias laborales, de interrogatorio sobre la ideología, religión o creencia del profesor de que se tratase (STC 5/1981, voto particular, FJ. 17, párrafo 2).

En opinión de Martínez Blanco esta solicitud de adhesión se ha de considerar una exigencia ineludible antes de y para la contratación de un profesor de centro privado dotado de ideario, porque es obligación que forma parte de su contrato de trabajo en una empresa ideológica.<sup>1206</sup>

▪ Y por último, considera nula de pleno derecho cualquier cláusula de un contrato laboral en la que el profesor se comprometiera a renunciar de antemano a ejercer en un sentido determinado cualquier derecho o libertad fundamental en atención al ideario del centro, ello es así en base a los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil, y artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 53 CE (STC 5/1981, FJ. 19, párrafo 2).

*11.3.4.2. No obliga al profesor ni a convertirse en apologista del ideario, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar las exigencias de rigor científico de su enseñanza al ideario.*

“La existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro, libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor” (STC 5/1981, FJ.10).

Recordemos que la labor del docente debe moverse en unos márgenes como son: el libre desarrollo de la personalidad de los alumnos, respeto a la dignidad y la libertad de conciencia de los alumnos...a los que alude el artículo 27.2 y 3 CE y el adoctrinamiento y proselitismo, tomado en sentido peyorativo no respeta estas exigencias.

En opinión de Salguero esta pauta de equilibrio es congruente con la característica –en contraposición a los centros públicos– que consiste en la posibilidad de infundir una impronta ideológica determinada en un centro privado a cargo del titular.

---

<sup>1205</sup> Martínez Blanco, *El carácter propio del centro docente o ideario*, p. 570, recogido en Martí J.M. *Factor religioso...* cit., p. 470

<sup>1206</sup> *Ibidem*, p. 570. Aspecto éste al que nos referiremos en el Capítulo VII de este Trabajo



El ideario o carácter propio en tanto expresa una cosmovisión tiende a ser beligerante y a expandir o promocionar determinados valores asumidos por la institución.<sup>1207</sup>

Cabe preguntarse si puede darse en el centro privado dotado de ideario el proselitismo o adoctrinamiento. Existen distintas interpretaciones doctrinales:

Unos autores consideran que el profesor puede hacer apología o propaganda del ideario, así Lozano manifiesta que el profesor del centro privado puede ejercer tal adoctrinamiento en el sentido que marca el ideario cuando concuerda con el mismo y en el respeto siempre a los principios y derechos constitucionales.<sup>1208</sup>

Martínez López Muñiz subraya, refiriéndose a la STC 5/81 que “a diferencia de cuando el Tribunal se refiere al status del profesor del centro público, que incluye la obligación de renunciar al adoctrinamiento, no se dice aquí que el profesor de un centro privado no pueda adoctrinar sino que no se le puede obligar a hacerlo”.<sup>1209</sup>

Martín Sánchez afirma que ciertamente el profesor puede hacer apología o propaganda del ideario en base a dos razones: primera porque en cuanto actividad voluntariamente asumida, implica explicar de acuerdo con sus convicciones; segunda, porque dicha apología o propaganda no lesiona el contenido esencial del derecho del titular. Ni tampoco el de los padres que libremente han elegido el centro en razón a su carácter ideológico.

Si bien el profesor de centro privado, como en el caso de los centros públicos, tiene derecho a resistirse contra cualquier mandato oficial de dar a su enseñanza una determinada orientación ideológica. No puede ser obligado a hacer apología o propaganda del ideario, a sensu contrario, voluntariamente puede hacerla. Si se le obligase se desnaturalizaría el derecho de libertad de cátedra en cuanto implica la posibilidad de explicar con arreglo a las propias convicciones.<sup>1210</sup>

Otros autores consideran que esta interpretación de poder ejercer tal adoctrinamiento en el sentido que marca el ideario no es coherente con los límites del ideario, ya que el adoctrinamiento o el proselitismo- tomados en sentido negativo- no respetan la libertad de conciencia de los alumnos y son incompatibles con la cláusula teleológica del artículo 27.2 CE de libre desarrollo de la personalidad de los alumnos.<sup>1211</sup> Y añade que un profesor que pretenda adoctrinar en la dirección del ideario ha de hacerlo dentro del respeto a los principios constitucionales –artículo 27.6 y 27.2. CE-, en tal caso el adoctrinamiento se incardina en el marco del ideario constitucional y ello hace que no se pueda hablar de adoctrinamiento o proselitismo en su sentido más estricto y peyorativo.

Con respecto a aplicar la neutralidad a un centro privado, si se impusiera la neutralidad -entendida como ausencia de definición ideológica-, el centro quedaría

---

<sup>1207</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra...* cit., p. 208.

<sup>1208</sup> Lozano B, *La libertad de cátedra...* cit., p. 273.

<sup>1209</sup> Martínez López-Muñiz, *El artículo 27 de la Constitución: análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratado Internacional suscrito por España*, Ponencia presentada en el curso sobre “Aspectos jurídicos del sistema educativo”, Organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid 22 de junio de 1993, publicado en Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XVII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 34 y ss.

<sup>1210</sup> Martín Sánchez, *La libertad de enseñanza ...cit.*, pgs. 236-237.

<sup>1211</sup> Salguero M., *La libertad de cátedra...* cit., p. 208.

desnaturalizado. La definición ideológica que conlleva el ideario ofrece una fisonomía específica que, como institución de pluralismo externo, lo aleja de la neutralidad.<sup>1212</sup>

11.3.4.3. *El profesor es libre en su puesto docente que ha de ser compatible con la libertad del centro del que forma parte el ideario.*

El profesor es libre como profesor en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir en un determinado centro, ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro, del que forma parte el ideario (STC 5/1980, FJ. 10, párrafo 3). El puesto docente modula necesariamente el contenido de la libertad de cátedra.

Además, el profesor es libre en el ejercicio de su actividad específica y no está obligado a “subordinar al ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor” (STC 5/1981, FJ.10) lo cual supone, no solo la no obligación de acomodación, sino también la posibilidad de discrepancia.<sup>1213</sup>

No hay relación de subordinación entre ideario y libertad de cátedra, ambos se subordinan a un *límite común*: “el servicio a la verdad y las exigencias de la ciencia”.<sup>1214</sup>

El profesor es libre para enseñar pero en el marco contractual del puesto que ocupa –con sus coordenadas ideológicas y de nivel académico- debe intentar compatibilizar estos factores. La libertad del profesor le faculta para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquel, y no le faculta para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario.

La virtualidad limitante del ideario será sin duda mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios. (STC 5/81 FJ.10, párrafo 3).

11.3.4.4. *Los conflictos que se produzcan han de ser resueltos por el órgano jurisdiccional competente.*

Los conflictos o colisiones que puedan darse habrán de ser resueltos por los órganos competentes, caso por caso; y cuando haya lesión de derechos fundamentales o libertades públicas, habrá de ser resuelto por el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo y no mediante el establecimiento apriorístico de la doctrina general (STC 5/1981, FJ. 10, párrafo 5).

Los conflictos que puedan surgir entre la libertad de cátedra del profesor de un centro privado y el ideario en el que se plasma la libertad de enseñanza de su titular habrán de resolverse por la jurisdicción competente en función de las circunstancias fácticas concurrentes. Y han de resolverse *preservando siempre la libertad ideológica del docente* y se garantice al mismo tiempo el respeto por éste del carácter propio del centro, de forma tal, que *ambos derechos* –el del artículo 20.1.c) y el del artículo 27.6 CE- *se armonicen en la consecución de un fin común: la garantía de la libertad de*

---

<sup>1212</sup> Ibidem, p. 209.

<sup>1213</sup> Martín Sánchez, La libertad de enseñanza ...cit., p. 229

<sup>1214</sup> Ibidem, Salguero, p. 210

*enseñanza, de la libertad ideológica y de expresión en el ámbito educativo.* La armonía se logrará con la plena realización de ambos derechos cuando las posiciones ideológicas del profesor y del centro concuerden y con una limitación recíproca de ambos en el momento en que sobrevenga el disenso.<sup>1215</sup>

La jurisdicción de lo Social es la competente para resolver los conflictos entre el profesor y el titular del centro conforme a las normas laborales, y se habrá de determinar en qué medida el conflicto que surja entre la ideología del docente y el ideario incide en la relación laboral. Y en el supuesto de que la solución dictada por los Tribunales se considere lesiva de un derecho o libertad fundamental procede acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.<sup>1216</sup>

## **VII. LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS CON IDEARIO COMO ORGANIZACIONES DE TENDENCIA.**

### **1. CONCEPTO DE EMPRESA DE TENDENCIA Y REQUISITOS.**

El concepto de empresa de tendencia –traducción del término original alemán *Tendenzbetriebe*- es aquella que se encuentra directa y principalmente al servicio de actividades políticas, sindicales, confesionales, caritativas, *educativas*, científicas y artísticas o tienen una finalidad de información y manifestación de pensamiento.<sup>1217</sup>

Cabe hablar de una libertad de pensamiento propia del grupo en atención a la elevada misión que la Constitución le confía de promoción y defensa de los derechos de quienes en ellos se integran.<sup>1218</sup>

Se aplica el concepto a aquellas organizaciones institucionalmente expresivas de una ideología, siendo los requisitos exigibles los siguientes: es preciso un fin lícito; unas determinadas normas constitucionales que den relevancia jurídica a esa finalidad propuesta; finalidad de carácter institucional –en orden a la realización de algún aspecto de bien general de la sociedad- merecedora de una protección; ello se traduce en otorgar unos medios proporcionados al fin.

---

<sup>1215</sup> Lozano B., *La libertad de cátedra...* cit., p. 274

<sup>1216</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>1217</sup> Definición dada por el legislador alemán en la Ley de 1920, posteriormente recogida en el párrafo 81 de la Ley Constitucional de la Empresa de 1952, donde reconoce a estas organizaciones el carácter de empresas, pero no serán de aplicación las normas que regulan los Consejos de empresas ni las que se referían a la participación de los trabajadores. Las restantes normas se aplicaban sólo en cuanto no aparecieran en contraste con la particular naturaleza de la empresa. Vid. Otaduy Guerin J, *Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 1986, pgs. 318-320; *Idem*, *La extinción...* cit., p. 279

<sup>1218</sup> *Ibidem*, p. 185.

## 2. REGULACIÓN, APOYO CONSTITUCIONAL Y FINALIDAD DE ESTAS ORGANIZACIONES.

En España no se encuentra recogido legalmente el concepto de organización tendencia ni está determinado quién deba ser titular de la misma. Pero no se puede ignorar su existencia debido a la fuerte implantación social de las empresas ideológicas, cuando cuentan, además, con apoyo constitucional.

El fenómeno “tendencia” surge donde existe un verdadero pluralismo ideológico que posibilita la formación de agrupaciones intermedias entre el individuo y el Estado. No resulta suficiente para calificar a una empresa como ideológica la adscripción voluntaria del empresario a uno u otro fin, ni tampoco se identifica tendencia e interés de la empresa.

Estas organizaciones van más allá del interés individual de su titular para ser portadoras de un interés colectivo de todos aquellos que las comparten y que con ellas se identifican. En consecuencia, operan como trámite de un interés colectivo que resulta de la suma de los propios y verdaderos derechos subjetivos de cada uno de los adherentes.<sup>1219</sup>

El fundamento constitucional se encuentra en el artículo 9.2 CE del que se desprende que la libertad no tiene solo una dimensión individual sino también colectiva, ya que para hacer efectiva la plenitud de la libertad y de la igualdad, los poderes públicos deben atender a los grupos en los que los individuos se integran. Y además en el artículo 16.1.CE que garantiza la libertad ideológica y religiosa de los individuos y las comunidades o libertad institucional; y en el artículo 38 CE que reconoce la libertad de empresa. También, como veremos, en base a la autonomía de las Confesiones religiosas y las instituciones que éstas crean, como pueden ser los centros docentes, hay que tener en cuenta el artículo I del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979, que se refiere “al derecho a ejercer las actividades que les son propias”.

La finalidad de estas organizaciones tendentes a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del país, es la comunicación a terceros de una determinada concepción ideológica,<sup>1220</sup> de tal manera que supera el ámbito de interés particular del trabajador individual para convertirse ella misma en expresión de una libertad compartida por varios ciudadanos, protegible en igual medida, al menos, que la libertad individual del trabajador

El Tribunal Constitucional ha manifestado que las personas jurídicas de derecho privado pueden ser titulares de derechos fundamentales por sí mismas –habla de partidos políticos y sindicatos-. “En línea de principio los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades y prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquellos. Es cierto no obstante que *la plena eficacia de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde solo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y*

---

<sup>1219</sup> Rodríguez Piñero M., *No discriminación en las relaciones laborales. Comentarios a las Leyes Laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Madrid, 1983, p. 379; Otaduy Guerin, *Las empresas ideológicas...* cit., p. 327

<sup>1220</sup> Moreno Botella G., *La identidad propia de los grupos religiosos...* cit., p. 77

organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental”.<sup>1221</sup>

### 3. SUPUESTOS A LOS QUE SE APLICA. REFERENCIA A LOS CENTROS DOCENTES.

Se aplica a aquellas organizaciones institucionalmente expresivas de una ideología, es decir, aquellas en las cuales, la ideología constituye y sostiene a la organización. El derecho da relevancia jurídica a la finalidad que se proponen, finalidad a la que se reconoce un *papel institucional* en orden a la realización de algún aspecto del bien general de la sociedad, y por eso merecedora de una peculiar protección jurídica que se traduce en otorgar unos medios proporcionados al fin.<sup>1222</sup>

Cabe mencionar en primer lugar: los partidos políticos, los sindicatos y las confesiones religiosas. Éstas, desde el punto de vista técnico, responden a una ideología, si bien desde otro punto de vista, la fe religiosa puede considerarse que trasciende lo meramente ideológico. El artículo 16 CE concede relevancia jurídica a la finalidad que pretenden al garantizar su libertad religiosa y de culto.<sup>1223</sup>

En segundo lugar a aquellas empresas que suministran bienes y servicios de componente casi exclusivamente ideológico como son las escuelas o centros de enseñanza privados dotados de ideario y las empresas periodísticas o de información.<sup>1224</sup>

Así pues no solo la Iglesia católica y otras Confesiones religiosas han de ser consideradas como organizaciones de tendencia sino también los entes docentes y benéfico-asistenciales dependientes de aquellas que, aún cuando en ellos exista los caracteres propios de la producción –intercambio de bienes y servicios- está presente el elemento ideológico, siendo su difusión el fin inmediato.<sup>1225</sup> El factor que agrupa a quienes forman un centro docente con ideario, a padres, profesores y alumnos, es una idea: la formación global del individuo de acuerdo con una determinada concepción del mundo, y es ahí donde se encuentra el interés colectivo.<sup>1226</sup> El ideario constituye el factor que le caracteriza como verdadera empresa ideológica.<sup>1227</sup>

Los centros docentes privados de ideario católico, pueden ser considerados como organizaciones de tendencia, y tienen su *fundamento jurídico* en el artículo 6 de la LOLR, ya que quedan incluidos en el vocablo “instituciones” a las que se permite el establecimientos de cláusulas de identidad o carácter propio; en el artículo 2 LOLR que recoge -entre el contenido de la libertad religiosa- “el derecho a propagar el propio credo”; así como el artículo 27.6 CE que reconoce la libertad de creación de centros docentes a las personas físicas y jurídicas y el derecho de los titulares a establecer un ideario. Si no se quisiera conceder relevancia jurídica a la ideología sería superfluo este apartado 6 del artículo 27 CE ya que la garantía de creación de centros docentes

<sup>1221</sup> STC 64/1988, de 12 de abril, FJ. 1.

<sup>1222</sup> Otaduy Guerin, *La extinción...* cit., p. 281

<sup>1223</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>1224</sup> *Ibidem*, p. 190 y ss, 282; *Idem*, *Las empresas ideológicas...* cit., p. 328; Lozano, *La libertad de cátedra...* cit., p. 275; Moreno Botella, *La identidad propia...*cit., p. 76 y ss.

<sup>1225</sup> *Ibidem*, Moreno Botella, *La identidad propia...*cit., p. 81

<sup>1226</sup> Otaduy Guerin, *La extinción...* cit., p. 193.

<sup>1227</sup> *Ibidem*, p. 194.

quedaría suficientemente asegurada por el artículo 38 CE, sin embargo se trata de una libertad de creación de “empresa específica”.<sup>1228</sup> Y el artículo 27.3 CE que garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones. El artículo 73 de la LOCE que reconoce el derecho de los titulares de los centros privados a establecer el carácter propio de los mismo. Y en C.I.C, el canon 800.1. que dispone “la Iglesia tiene derecho a establecer y dirigir escuelas de cualquier materia, género y grado”.

Quedan fuera de estos supuestos aquellos entes que aún dependientes o gestionados por la confesión, realicen actividades de tipo puramente mercantil o lucrativo, por ejemplo edición de libros religiosos con fines lucrativos, empresas dedicadas a la creación de imágenes sagradas.<sup>1229</sup> Un buen sector doctrinal descarta la calificación de organizaciones de tendencias en relación con entes que persigan un fin de lucro porque éstos son reconducibles, no a la libertad de pensamiento, sino a la libertad de empresa (artículo 38 CE), con las consecuencias que se derivarían, en nuestro país de la aplicación jerarquizada de los derechos fundamentales. Si bien estas organizaciones persiguen fin de lucro –sin que sea obstáculo el carácter no lucrativo del objeto del ente titular- pero de forma secundaria a estos efectos, sea porque son un medio para allegar fondos que sufragen las actividades del ente titular o, incluso, aunque participasen de sus beneficios sujetos privados, la finalidad última de la empresa en todo caso, no es sólo el lucro, y el elemento adicional debe ser valorado autónomamente y no absorbido por aquel. Y teniendo en cuenta la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1981<sup>1230</sup>, “el fin de lucro, la gestión empresarial no debe considerarse de un modo absoluto, como fines en sí mismo”.<sup>1231</sup>

#### 4. ASPECTOS LABORALES DE LA ORGANIZACIÓN DE TENDENCIA.

A efectos labores la organización ideológica es empresa, y como tal, se le aplica las normas del Estatuto de los Trabajadores (E.T.) de acuerdo con lo que previene en su artículo 1.1<sup>1232</sup> con las excepciones que vienen exigidas por su naturaleza.<sup>1233</sup>

Pero aplicar íntegramente a estas organizaciones el régimen jurídico ordinario de empresa –también lo relativo a la disciplina del trabajador- supondría crear posibles tensiones impidiendo el logro de su finalidad; y de otra parte, negar el carácter empresarial –y más si no existe normativa particular sobre esta materia- supondría enfrentarse con una laguna legal y consentir en el ámbito laboral la desprotección jurídica de determinados sujetos.<sup>1234</sup> En estas organizaciones el componente ideológico es esencial, sin él, no se entiende el grupo.

Todas las observaciones que se hagan sobre la compleja problemática encuadrable bajo la denominación de empresa de tendencia debe realizarse sobre la base de que son excepciones a reglas que, justamente, van en sentido contrario a la solución

---

<sup>1228</sup> Ibidem, pgs.194-195.

<sup>1229</sup> Moreno Botella, *La identidad propia...*cit., pgs.127-128.

<sup>1230</sup> FJ. 7.

<sup>1231</sup> Fernández López, M.F., *Libertad ideológica y prestación de servicios*, Revista Relación Laboral número 7, LA LEY, 1985, pgs. 431-434.

<sup>1232</sup> Artículo 1.1. del E.T. dispone que “la presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

<sup>1233</sup> Otaduy Guernín, *Las empresas ideológicas...* cit., pgs. 319-320.

<sup>1234</sup> Ibidem, p. 318.

que en estos casos pueda propugnarse y, de otra parte, sobre la base de que la cuestión tiene unos límites muy imprecisos, ya que, prácticamente, es la interpretación de la CE la que va a delimitar los términos del problema y la que tiene que plantear las líneas maestras de su solución.<sup>1235</sup>

#### 4.1. Regla General. El principio de la buena fe contractual. Posición jurisprudencial.

Toda relación laboral –y no solo la de las organizaciones ideológicas- conlleva un límite de carácter general al ejercicio de las libertades por los trabajadores, derivado, -como ha declarado el Tribunal Constitucional-, de la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario que genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan el ejercicio de la libertad considerada,<sup>1236</sup> se produce así en toda empresa una restricción o “modalización” del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, que deriva necesariamente del contrato concertado, de la actividad de la empresa y su organización.<sup>1237</sup>

Con carácter general la modulación del contrato de trabajo solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el legítimo interés empresario (SSTC 99/1994, 106/1996, 204/1999) o para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (SSTC 99/1994, 1/1998) “reflejo a su vez de derechos que han recibido su consagración en el texto de nuestra norma fundamental –artículos 38 y 33 CE-.”<sup>1238</sup>

El Tribunal Constitucional ha declarado –refiriéndose a la libertad de expresión e información- que el ejercicio de los derechos fundamentales debe enmarcarse en unas determinadas pautas de comportamiento conforme a lo dispuesto con carácter general en el artículo 7 Código Civil, “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” y el artículo 1258 del mismo texto legal, “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Así pues el Alto Tribunal ha afirmado, refiriéndose a la libertad de expresión, que “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones (artículo 20.1.a).CE.) ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos respecto del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 CE legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o *limitaciones injustificadas* de sus derechos fundamentales y libertades públicas”.<sup>1239</sup>

La libertad de expresión, como cualquier derecho fundamental, no es un derecho ilimitado, estando sujeta a los límites que el artículo 20.4 CE establece. La emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente, entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del *incumplimiento del deber de buena fe*, y la libertad de

<sup>1235</sup> Fernández López, M.F., *Libertad ideológica...*cit., p. 430.

<sup>1236</sup> STC 120/1983 de 15 de diciembre.

<sup>1237</sup> Lozano, *La libertad de cátedra...* cit., p. 278.

<sup>1238</sup> Ortiz Lallana C., *Derechos fundamentales y relación laboral*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 13, 1998, p. 19.

<sup>1239</sup> STC 88/1985 de 19 de julio, FJ. 2, párrafo 1

expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantiza el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales.<sup>1240</sup>

El contrato de trabajo no puede considerarse, por tanto, como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (SSTC 88/1985, 99/1994) pero ello no quiere decir que tales *derechos fundamentales no estén condicionados por la propia relación laboral* “ya que no constituyen por sí mismos limitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales (STC 129/1989). En lo referente a las obligaciones específicamente exigibles al trabajador, éstas han de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y diligencia (SSTC 120/1983, 88/1985) cuya transgresión se tipifica como un supuesto de despido disciplinario – artículo 54.2. d) del E.T., pero que no debe confundirse con la existencia de un genérico deber de lealtad a la empresa que fuera omnicomprendido de una situación de sujeción al interés empresarial (SSTC 120/1983, 88/1985, 204/1997, 1/1998, 4/1996).<sup>1241</sup>

Y el Tribunal Supremo ha afirmado, también con respeto al derecho de la libertad de expresión que “no es un derecho ilimitado y la valoración de los límites ha de hacerse de acuerdo con *el principio de la buena fe*, que presenta condicionamientos particulares en las relaciones laborales derivados del respeto al interés del empresario y a las exigencias mínimas de convivencia en el medio del trabajo”.<sup>1242</sup>

#### 4.2. La libertad de cátedra: un derecho fundamental específicamente laboral

La libertad de cátedra está reconocida en nuestra Constitución con el rango de derecho fundamental (artículo 20.1.c.). No aparece “prima facie” como un derecho laboral pero teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>1243</sup> la libertad de cátedra puede ser un derecho laboral *siempre que* su titularidad corresponda a uno de los sujetos previstos en el artículo 1.1. del E.T.<sup>1244</sup>

Otra cuestión es que frente a los derechos fundamentales típicamente laborales – derecho a la huelga y derecho a la sindicación- la doctrina iuslaboralista habla de derechos fundamentales no específicamente laborales, calificando de derechos fundamentales inespecíficos la libertad de cátedra, la libertad de expresión, la libertad ideológica, un derecho no específicamente laboral pero del que pueden ser titulares quienes prestan servicios subordinados.

Pero hay que preguntarse si tal libertad de cátedra es o no un derecho específico del personal docente sujeto a relaciones de dependencia laboral o funcionario, derecho que se reconoce solo al personal docente y más si se tiene en cuenta lo afirmado por el Tribunal Constitucional “la libertad de cátedra, en cuanto libertad individual del docente, es una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, que cada profesor asume como propias en relación con la materia objeto de su enseñanza” (STC 179/1996 de 12 de noviembre). *La libertad de cátedra sería pues uno de los derechos específicos de la relación de trabajo*

<sup>1240</sup> Ibidem, FJ.2, párrafo 2.

<sup>1241</sup> Ortiz Lallana C., *Derechos fundamentales...*cit., pgs. 19 y 28.

<sup>1242</sup> STS de 11 de octubre de 1990 FJ. 5 párrafo 2 (RJ. 7542).

<sup>1243</sup> “Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos del conjunto del ordenamiento jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son *expresión de un sistema de valores* que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política” STC 53/1985 de 11 de abril.

<sup>1244</sup> Tárrega Poveda J., *Indicios y Prueba en el despido objetivo con vulneración de derechos fundamentales (libertad de cátedra)*, Aranzadi de lo Social, Vol. II 2001, p. 3038 y ss.



*reconocido a todos los profesores*. Obviamente el reconocimiento del derecho significa que, en la relación de trabajo, la libertad de cátedra se constituye como un límite al poder de dirección del empresario, límite que no puede sobrepasar bajo sanción de nulidad del acto que lo cause.<sup>1245</sup>

#### 4.3. Las organizaciones de tendencia y el principio de no discriminación.

Cuando se trata de organizaciones ideológicas la cuestión de la restricción o limitación de derechos fundamentales reviste una mayor complejidad porque en ella no se trata solo de hacer compatible el ejercicio de los derechos fundamentales con el normal desenvolvimiento de una actividad empresarial, sino que la propia actividad de la empresa sirve de soporte al ejercicio de una libertad de carácter ideológico tanto en su vertiente colectiva como en sus manifestaciones individuales, por lo que es preciso armonizar ambas vertientes de la libertad cuando haya disenso.<sup>1246</sup>

En otras palabras, en estas organizaciones se trata de compaginar dos derechos de igual tutela o cobertura constitucional: *el derecho del trabajador a la libertad de cualquier naturaleza que sea y el derecho de la organización –trasunto colectivo para buena parte de la doctrina de este mismo derecho-, a conservar esa orientación ideológica y mantener la credibilidad de su mensaje, a asegurar preventivamente su buen funcionamiento mediante la selección ideológica de los trabajadores a su servicio.*<sup>1247</sup>

La necesidad de armonizar ambos derechos en caso de discrepancia impone al trabajador un deber de respeto o de reserva en relación a la línea ideológica de la empresa que limita su libertad de manifestación de pensamiento. *Y en el ámbito laboral ello tiene como consecuencia una aplicación más flexible de los preceptos de la legislación laboral que proscriben la discriminación ideológica.*<sup>1248</sup>

Alonso Olea sostiene que “en las llamadas empresas ideológicas, en las que la promoción y defensa de ideas determinadas es precisamente su fin institucional, es posible exigir del trabajador una actitud o conducta congruente con un determinado ideal o visión del mundo, ya que en este caso no se violaría la prohibición de discriminación del E.T., artículo 4.2.c),<sup>1249</sup> y el artículo 17.1 que prohíbe cualquier discriminación en las relaciones laborales entre otros motivos por las ideas religiosas o políticas del trabajador.<sup>1250</sup> Precepto éste que, en el ámbito laboral, es de contenido similar al artículo 14 CE debiendo entenderse que lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la desigualdad jurídica, esto es, que *la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable* (STC de 10 de noviembre de 1981) y que

---

<sup>1245</sup> Ibidem, p. 3039.

<sup>1246</sup> Lozano, *La libertad de cátedra...* cit., pgs. 278-279.

<sup>1247</sup> Fernández López, *Libertad ideológica...* cit., p. 430.

<sup>1248</sup> Lozano, *La libertad de cátedra ...* cit., p. 279

<sup>1249</sup> Que dispone: “en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados para el empleo o una vez empleados por razones de (...) ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato...”

<sup>1250</sup> Artículo 17.1. establece que “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los Convenio colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa y lengua dentro del Estado español”. Alonso Olea, *Derecho del Trabajo*, 7ª edición, Madrid, 1982, p. 268; mencionado por Otaduy Guérin, *Las empresas ideológicas...*cit., p. 315.

“no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa para todos los ciudadanos (STC 24/1982 de 13 de mayo). “Lo que prohíbe el derecho fundamental de igualdad ante la ley son *las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados*, siendo asimismo necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos” (Auto TC 40/1999 de 20 de febrero).

Y en las organizaciones de tendencia, *la protección de ese mismo valor -la libertad ideológica y religiosa- en su vertiente colectiva puede constituir razón objetiva y suficiente para justificar la desigualdad de trato, eliminando la concurrencia de la discriminación*, “toda razón o motivación tendente a hacer efectivo un valor constitucional tiene suficiente peso específico para hacer razonable una desigualdad de trato”<sup>1251</sup>

En caso de conflicto entre la creencia del trabajador y la tendencia de la empresa y para determinar si se da o no discriminación se habrá de resolver caso por caso, siendo competente la jurisdicción de lo Social, y de aplicación las normas de derecho laboral, sin perjuicio de poder acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional si la solución obtenida de los tribunales ordinarios se considera que vulnera algún derecho o libertad fundamental.<sup>1252</sup>

#### 4.4. Naturaleza de la tarea de tendencia.

En este tipo de empresas de tendencia hay que atender a la naturaleza de la prestación exigida, a la tarea de tendencia ya que, conforme a la normativa laboral común, la extinción del contrato de trabajo tiene como fundamento el no cumplimiento de la prestación exigida, sea o no imputable al trabajador.

Otaduy Guerín lo explica de la siguiente forma: se refiere a los rasgos definitorios de la prestación de tendencia que son dos, a) complejidad, b) indivisibilidad.

a) Complejidad: la prestación de la relación laboral de contenido ideológico tiene un contenido que podemos llamar “profesional”, común a toda prestación de trabajo exigida en este tipo de actividad empresarial; y uno segundo que denominamos “ideológico” que es el mismo contenido profesional, modalizado de acuerdo con la tendencia inspiradora de la empresa.

b) Indivisibilidad: esos dos contenidos indicados en el apartado anterior no pueden separarse, en consecuencia, el incumplimiento de uno de ellos da lugar al incumplimiento de la prestación en su conjunto.

Desde esta perspectiva la extinción de la relación laboral de contenido ideológico no tiene lugar mediante la aplicación de causas excepcionales sino ordinarias. La especialidad no se encuentra en el modo de la extinción sino en la

---

<sup>1251</sup> Alonso García E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 220, recogido en Lozano, *La libertad de cátedra...cit.*, p. 281

<sup>1252</sup> Vid., STC 5/1981, FJ. 10 in fine.

naturaleza de la prestación que reviste particulares exigencias para que se considere correctamente cumplida.

Deducción de todo ello es que la extinción de esta específica relación laboral no tiene lugar por “razones ideológicas” sino como en las relaciones ordinarias, por incumplimiento de la prestación.<sup>1253</sup>

En opinión de Salguero el hecho de centrar la atención en las “tareas de tendencia” significa rechazar las teorías subjetivistas que centran la relación en la “adhesión” o en la idea de “comunidad ideológica”<sup>1254</sup> o “intuitu personae”.<sup>1255</sup> A lo sumo podría afirmarse que la prestación no puede cumplirse “si el trabajador mantiene posiciones contrapuestas a las de la organización.”<sup>1256</sup>

Atender a la tarea que ha de desarrollar el trabajador es importante y la empresa no es indiferente a esta gestión ya que debe revestir unos caracteres tales que justifiquen la selección ideológica del trabajador.

Además atender a la tarea implica cualificar, de acuerdo con la buena fe, las condiciones de acceso y mantenimiento del empleo desde la óptica del contrato, en relación a puestos y trabajos concretos en los que está en juego la propia identidad del ente empleador.

Y la justificación de la diferencia de trato gira sobre la base de que el interés que la empresa pone en juego es un interés de relevancia constitucional, pero no un interés cualquiera, ya que se trata de *afectar al contenido esencial de ciertas libertades en el seno de la empresa y de legitimar una conducta empresarial, que, de otro modo, sería calificada como discriminatoria*, es decir, contraria a otro mandato constitucional; la empresa debe esgrimir un interés, por lo menos, de la misma relevancia constitucional que la del trabajador que cede ante él.<sup>1257</sup>

La tarea de tendencia estaría vinculada a la real función que desempeñe el trabajador ya que tal tarea significa determinación o expresión de las propias ideas de la organización, es decir, en cuanto de ella depende la propia identificación ideológica del ente.<sup>1258</sup>

## 5. CONTRATACIÓN EN LAS ORGANIZACIONES DE TENDENCIA: RÉGIMEN JURÍDICO.

Hay que distinguir dos fases: una anterior al contrato o fase precontractual y otra una vez celebrado el contrato, fase contractual.

---

<sup>1253</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción...* cit., pgs. 210 y ss., y pgs. 284-285.

<sup>1254</sup> Al concertarse la relación laboral entre la organización y el trabajador, adquiere relevancia una relación particular, no expresa, de naturaleza ideológica. Surge por la libre determinación del trabajador y debe considerarse implícita en la formalización del trabajador, en cuyo momento se produce una verdadera conexión entre ambos negocios (De Sanctis).

<sup>1255</sup> Esta idea supone la importancia de determinadas cualidades personales del trabajador tenidas en cuenta por el empresario a la hora de celebrar el contrato o durante el desarrollo de la relación laboral, lo que conecta con el tema de la vida privada del trabajador. Vid. Moreno Botella, *La identidad propia ...* cit., p. 120.

<sup>1256</sup> Blat Gimeno F.R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Estudios, Madrid, 1986, pgs. 85-86; Salguero, *La libertad de cátedra...* cit., p. 212

<sup>1257</sup> Fernández López, *La libertad ideológica...* cit., p. 433.

<sup>1258</sup> *Ibidem*, p. 436. Para que la organización de tendencia tenga virtualidad es requisito indispensable la reconocibilidad de la tendencia y en el caso de centros docentes ello está garantizado por el artículo 73 LOCE. En el supuesto que la línea ideológica no sea compartida por el trabajador, surge el conflicto que puede dar lugar o no al despido, según las circunstancias. Asimismo es preciso que el trabajador conozca la tendencia o línea ideológica de la organización donde presta su servicio, debiendo estar fijada con claridad dentro del contrato. Moreno Botella, *La identidad...* cit., p. 102

### 5.1. Fase precontractual.

A la hora de contratar, nuestro ordenamiento reconoce al empleador una amplia libertad para elegir al trabajador que juzgue más apto para un determinado puesto de trabajo; establece la prohibición de discriminación en los artículos 4.2.c) y 17 del E.T. y la garantía de no discriminación por razones ideológicas viene recogida en el artículo 16.2 CE al disponer “nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia”. Ello prohíbe al empresario cualquier indagación sobre opiniones, creencias, política, religión...de los trabajadores, así como la posibilidad de incluir, entre los perfiles profesionales de la oferta de empleo, circunstancias relacionadas con tales materias.<sup>1259</sup>

En las organizaciones de tendencia se trata de determinar si es posible que la empresa pueda realizar, por sí o por medio de otros, tales indagaciones a fin de que presten sus servicios en ellas aquellos que comportan la visión del mundo que está en la base de la empresa.

*Sí que es posible indagar* en la medida en que la consecución de los fines de la organización exija para el desempeño de un puesto, la adscripción a una ideología determinada; estas organizaciones están exentas de la prohibición de diferenciación de trato por razones ideológicas, por el contrario, en ellas la diferenciación es posible y necesaria.<sup>1260</sup>

*La doctrina laboralista señala como excepción a lo dispuesto en el artículo 16.2 CE el artículo 1.2. del Convenio 111 de la O.I.T sobre discriminación en materia de empleo y ocupación*<sup>1261</sup> que dispone: “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”.

#### 5.1.1. La aptitud del trabajador.

El centro de interés del empresario a la hora de contratar, como una vez contratado, es pura y simplemente *la aptitud del trabajador*, careciendo de consecuencias sus condiciones personales, salvo que se relacione con esa aptitud y para esto le exige otros factores además del ideológico. Pero las opiniones personales del trabajador son de gran importancia para el desarrollo de determinadas actividades y también para valorar la aptitud del trabajador, por ello, en opinión de Moreno Botella, hubiera sido mejor que el E.T. formulara junto al principio de no discriminación, la excepción de la aptitud profesional, y así, se prohibiera las indagaciones sobre opiniones políticas, religiosas, sindicales del trabajador, salvo que las mismas fueran importantes en orden a valorar su aptitud profesional.

---

<sup>1259</sup> Blat Gimeno, *Relaciones laborales...* cit., p. 98; Lozano, *La libertad de cátedra...* cit., p. 282.

<sup>1260</sup> Fernández López, *La libertad ideológica...* cit., p. 431.

<sup>1261</sup> Convenio de 25 de junio de 1958, ratificado por España por Instrumento de 26 de octubre de 1967, publicado en el B.O.E de 4 de diciembre de 1968. Cabe destacar de su introducción lo siguiente: “Considerando que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir *su bienestar material y su desarrollo espiritual* en las condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.

Formulación que recoge el artículo 8 del E.T. italiano que prohíbe al empresario hacer indagaciones sobre las opiniones personales del trabajador y los hechos no relevantes en orden a valorar la aptitud profesional.<sup>1262</sup>

El siguiente paso sería determinar que se entiende por “hechos relevantes”. La doctrina italiana ha considerado que *las opiniones personales del trabajador son hechos relevantes en orden a valorar aquella aptitud profesional*, que no se mide en relación a la capacitación técnica del trabajador, sino a la idoneidad del individuo para contribuir a la difusión de la ideología, de la que es expresión institucional la organización.<sup>1263</sup>

La mayoría de la doctrina distingue<sup>1264</sup> entre *tareas de tendencia*, donde hay una conexión entre la función que el trabajador realiza y la ideología que orienta a la institución. Básicamente se trata de trabajos directamente conectados con la expresión y conformación de la ideología de la entidad empresarial que contribuye a cualificarla y darle rasgos propios, que contribuyen a la “imagen” que el titular tiene derecho a defender.<sup>1265</sup> Y *trabajos de tipo neutro*, puramente mecánicos que no tienen relación alguna con la dimensión ideológica de la empresa ni ejercen influencia sobre las personas que forman parte de la organización. Por muchas responsabilidades administrativas o de gestión que el trabajador asuma en virtud de su trabajo, no se trata de tareas ideológicas.<sup>1266</sup>

Por lo que la mayoría de la doctrina considera lícitas las indagaciones que el empresario haga sobre las opiniones personales de trabajadores cuya prestación esté esencialmente conectada con la ideología en que se inspira la organización, pero no con respecto a los que realicen trabajos de tipo neutro. Así la propia organización elegiría a las personas que tuvieran una posición ideológica más acorde con la entidad, evitándose los conflictos por razones ideológicas que pudieran darse.<sup>1267</sup>

Cabe mencionar el caso Dame Roy contre Association pour l'éducation populaire Sainte Marthe.<sup>1268</sup> Trata del despido de una profesora –la Sra.Roy- de un colegio privado, de ideario católico, por divorciarse y casarse posteriormente por lo civil, por ser su conducta incompatible con las obligaciones nacidas del contrato de trabajo. Tuvo un complicado iter procesal, la Corte de Apelación de Lyon desestimó el

---

<sup>1262</sup> Literalmente dispone el artículo 8 del E.T. italiano: “queda prohibido al empleador, a efectos de contratación, así como en el curso del desarrollo de la relación de trabajo, efectuar indagaciones, también por medio de terceros, sobre las opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador, así como sobre hechos no relevantes en orden a la valoración de la aptitud profesional del trabajador”. Hay varias interpretaciones en torno a este precepto: 1) la norma prohíbe dos tipos de investigaciones, uno la que versa sobre las opiniones, y dos, las que afectan a hechos no relevantes; 2) la norma prohíbe indagar sobre las opiniones del trabajador solo si y en cuanto éstas no influyan concretamente sobre la aptitud profesional. Vid. Blat Gimeno, *Relaciones laborales...* cit., p. 98

<sup>1263</sup> Moreno Botella, *La identidad propia...* cit., pgs. 132-133, menciona a Santoni, *Organización di tendenza e i rapporti di lavoro*, p. 166.

<sup>1264</sup> Otaduy Guerin, *La extinción ...* cit., pgs. 196-197

<sup>1265</sup> Fernández López, *Libertad ideológica...* cit., p. 439

<sup>1266</sup> Otros autores sostienen que “todas las prestaciones de trabajo en estas empresas están vinculadas al cumplimiento de los fines ideológicos de la organización, y por tanto no hay tareas neutras”. Aparicio Tovar J., *Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas*, Lección de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón y Del Peso, Madrid, 1980, p. 305.

<sup>1267</sup> Moreno Botella, *La identidad...* cit., p. 134.

<sup>1268</sup> La primera resolución mencionada se refiere a la indagación, por parte del colegio, del tipo de vida de la Sra. Roy y a sus creencias católicas. La segunda resolución se refiere ya propiamente al contrato.

recurso en base a que “*este contrato fue concluido intuitus personae, tomando en consideración el tipo de vida de la señora Roy y su adhesión a la doctrina católica, que limita la libertad de matrimonio, proscribiendo la vuelta a casarse después del divorcio*”. El Tribunal de Casación ante la Asamblea Plenaria en resolución de 19 de mayo de 1978 afirmó que “*las convicciones religiosas de la Sra. Roy habían sido tenidas en cuenta en el contrato y este elemento del acuerdo de voluntades (...) había sido incorporado voluntariamente en el contrato(...), en consecuencia al despedir a esta persona el colegio Santa Marta había actuado con el fin de salvaguardar la buena marcha de su empresa...*”

Además hay que señalar que las cualidades personales del trabajador deben tomarse en consideración por sí mismas y no tanto en relación con la confianza que esas cualidades puedan generar en el empresario; esas cualidades pueden reconducirse a los elementos que configuran la aptitud para el desempeño de una tarea cualquiera. En las *tareas ideológicas no se requiere al trabajador solamente un saber hacer -en abstracto- un determinado trabajo, sino también y en paridad de condiciones, “hacerlo de una determinada manera”*.<sup>1269</sup>

#### 5.1.2. Centros docentes privados con ideario y centros concertados.

Cabe preguntarse si el puesto de profesor de un colegio privado dotado de ideario es siempre y en todo caso un trabajo ideológico o de tendencia. En torno a ello la doctrina está dividida, así Otaduy considera que todos los profesores desempeñan un trabajo de tendencia porque en estos centros el docente no solo tiene una función instructiva sino también educadora, ya que, además de impartir clase, puede tener asumidas contractualmente otras actividades educativas.<sup>1270</sup>

Mientras que Aparicio Tovar y Moreno Antón consideran que solo realizan trabajos de tendencia aquellos que imparten disciplinas relacionadas con la línea ideológica del colegio. Y se ha afirmado que “*para la valoración de la aptitud profesional de los trabajadores que no están a cargo de la formación religiosa y moral, ésta misma es indiferente por mucho que sea sustentada por el empresario*.”<sup>1271</sup>

Y por otra parte hay que señalar que si se considera que el puesto de profesor es siempre y en todo caso trabajo ideológico se tendría que tener cuenta la vida privada del profesor para valorar el cumplimiento de las obligaciones docentes. Pero si no siempre se considera un trabajo de tendencia no sería preciso tenerla en cuenta.<sup>1272</sup>

Cuando se trata de centros docentes concertados la LODE en su artículo 60<sup>1273</sup> recoge el trámite a seguir cuando haya vacantes de personal docente, se anunciará públicamente; a efecto de su provisión el Consejo Escolar, de acuerdo con el Titular establecerá los criterios de selección que atenderá básicamente a los principios de mérito y capacidad; el Titular del centro junto con el director procederá a la selección del personal de acuerdo con estos criterios. Si hubiera conflicto entre el Titular y el

---

<sup>1269</sup> Fernández López, *Libertad ideológica...* cit., p. 438

<sup>1270</sup> Otaduy Guern, *La extinción*, cit., pgs. 236-237

<sup>1271</sup> Aparicio Tovar, *Relación de trabajo y libertad de pensamiento*, p. 237, mencionado en Moreno Antón M., *Vida privada de los docentes e ideario del centro educativo en el Derecho Español*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 1989, p. 174.

<sup>1272</sup> *Ibidem*, p. 173

<sup>1273</sup> Teniendo en cuenta la modificación llevada a cabo por la LOPEGCD disposición final primera

Consejo en esta materia, se nombraría una comisión de conciliación y si no hubiera acuerdo puede intervenir la Administración educativa pero ésta no podrá adoptar en ningún caso medidas que supongan su subrogación en las facultades respectivas del Titular o del Consejo Escolar.

Si se tratara de un centro concertado con ideario, hay que traer a colación lo que afirma el Tribunal Constitucional cuando se refiere a las medidas provisionales que puede adoptar la Administración y dice “*que si entre esas medidas se incluyera la de contratar nuevos profesores o impedir que el titular del centro lo hiciera o cualquiera que desconociera el carácter propio del centro en el criterio de selección del profesor, la norma, no resultaría, en efecto, compatible con la Constitución*”.<sup>1274</sup>

## 5.2. Fase contractual.

### 5.2.1. Teoría general: deberes en toda relación laboral y en las organizaciones de tendencia.<sup>1275</sup>

Los deberes establecidos en toda relación laboral son los siguientes: 1) el deber de colaboración (artículo 20.2. E.T.), solo requiere un mínimo de colaboración precisa para que el contrato pueda cumplir su finalidad. Es una obligación de trabajar asumida en el contrato, no una obligación de resultado, y en las tareas de tendencia adquiere un mayor relieve el resultado de la prestación.

2) La obligación de diligencia (artículo 5.a) E.T.) recoge entre los deberes básicos, el cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo y el artículo 20.2, “el trabajador debe al empresario la diligencia... que marque”. Esta diligencia debida y exigible es conjuntamente objetiva y subjetiva, en los términos que derive del contrato de trabajo, y de la naturaleza y carácter de la prestación. En el supuesto de una prestación de tendencia se produce una funcionalización de la actividad laboral al objeto ideológico de la empresa, quedando obligado el trabajador al desarrollo de una actividad teleológicamente dirigida en tal sentido.

3) La buena fe contractual (artículos 5.a, 20.2, 54.2. d. E.T.)<sup>1276</sup> supone una modalización de la obligación básica de prestar el trabajo. En las organizaciones de tendencia se presentan dos posibilidades: a) mantener la necesidad de una acentuación de la buena fe contractual hasta el punto de exigir la personal adhesión del trabajador a la línea ideológica del empleador; b) considerar más que suficiente una aplicación de la normativa general sobre la buena fe y concurrencia desleal, que tuviera presente la finalidad no económica sino de difusión ideológica del empresario. También tiene la obligación de no dañar a la empresa denigrando públicamente sus productos, con la particularidad de que no son artículos manufacturados o comerciales, sino ideas. *Deberá abstenerse, en consecuencia, de comportamientos definibles como de concurrencia desleal ideológica*, es decir, comportamientos que, además de traducirse en manifestaciones ideológicas contrarias, estén acompañadas de una propaganda tal susceptible de desviar la clientela, de convencer a los destinatarios del mensaje de la

<sup>1274</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ. 24, último párrafo.

<sup>1275</sup> Blat Gimeno, *Relaciones laborales...* cit., p. 89 y ss.

<sup>1276</sup> A partir de la CE desaparece la fidelidad a la empresa como deber autónomo del trabajador de especial cualificación respecto a la genérica buena fe, STC 120/1983 de 15 diciembre. Entre las funciones de la buena fe contractual cabe destacar: a) actúa como presupuesto o causa de limitación del ejercicio de cualquier derecho subjetivo incluso de rango constitucional o poder jurídico –es el sentido del artículo 7 del Código civil- a cuyas pautas de comportamiento deben acomodarse los derechos constitucionales; b) como fuente de creación de adicionales deberes de conducta, variables según la naturaleza de la relación – es el sentido del artículo 1258 del Código civil-.

organización a una distinta concepción. Y por analogía puede darse un incumplimiento contractual que puede ser motivo de despido.<sup>1277</sup>

4) El *intuitu personae* y la conducta extralaboral. El *intuitu personae* tiene una doble función: por una parte cualifica la prestación, de forma que considera incumplimiento contractual el comportamiento no ajustado a la fiducia; y por otra, proporciona un contenido más enérgico a la regla de colaboración, diligencia y buena fe. El trabajador debe perseguir la realización del interés de la empresa y abstenerse de comportamientos perjudiciales en la obligación de trabajar. Queda comprendida la de no adoptar un proceder contradictorio o incoherente con la finalidad a que se dirige la prestación.

En la empresa de tendencia es de especial consideración las cualidades personales que se tengan en cuenta en el momento de la contratación, dada la peculiaridad de las tareas. No surge la obligación de un comportamiento privado de adhesión a la tendencia salvo si configura una transgresión de la buena fe contractual.<sup>1278</sup>

### 5.2.2. Centros docentes como organizaciones de tendencia: respeto al ideario.

Una vez realizado el contrato de trabajo ¿qué es lo que se le exige al trabajador?, ¿es obligatorio que el trabajador se adhiera a la tendencia o ideología de la empresa?.

En principio, las personas que entran a trabajar en estas organizaciones lo hacen libremente, por un acto de libre autodeterminación, acepta libremente la línea ideológica de la organización, conserva su libertad de pensamiento y ha de respetar en su ejercicio la identidad ideológica conforme al principio de la buena fe.<sup>1279</sup>

Un sector de la doctrina italiana sostiene la necesidad de que el trabajador se identifique en sentido estricto con los postulados ideológicos del empleador adoptando una posición activa de defensa de estos postulados y ello es así porque “la misma prestación de trabajo es la que no puede ser cumplida utiliter, cuando el trabajador no participa en la ideología en la que el empresario o empresa se inspira. Consideran que las empresas de esta naturaleza implican al trabajador más allá de la esfera simplemente profesional, “se exige la adhesión a una fe religiosa o a una ideología política”.<sup>1280</sup> Otro sector considera que el deber de colaboración en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumido en el contrato, en modo alguno comporta la adhesión, ni la global identidad ideológica empresa-trabajador, ni implica tampoco comportamientos extralaborales del deudor de la prestación.<sup>1281</sup>

El factor común en esta cuestión es la “adhesión” o no del trabajador a la ideología que inspira la empresa en que se integra.<sup>1282</sup> Para saber que ha de entenderse

---

<sup>1277</sup> Vid. STCT de 12 de noviembre de 1981, contrato de trabajo y la transgresión de la buena fe contractual.

<sup>1278</sup> Fernández López, *Libertad ideológica...* cit., pgs.71-76

<sup>1279</sup> Lozano, *La libertad de cátedra...* cit., p. 286.

<sup>1280</sup> Vid., Fernández López, *Libertad ideológica...* cit., p. 436. menciona a Ghezzi, Mancini, Romagnoli, Cataudella...

<sup>1281</sup> Santoni, *Le organizzazione di tendenza e i rapporti di lavoro*, Milán, 1983, mencionado por Blat Gimeno.

<sup>1282</sup> Este factor común se exige con frecuencia a través de diversos instrumentos técnicos: construir un hipotético negocio de “comunidad de fe” que superpone al contrato de trabajo, de forma que cuando aquél desaparezca deberá extinguirse el contrato de trabajo; se incluye en los deberes derivados de la relación contractual: deber de fidelidad, o fiducia, la mutua confianza de las partes; o cuando se va a realizar el



por obligación de adherirse en un centro docente, por ejemplo con ideario católico, se habrá de tener en cuenta el artículo 6 LOLR que reconoce la posibilidad de establecer cláusulas de salvaguarda de la identidad de tales instituciones y el debido respeto a sus creencias. Y también el artículo 73 de la LOCE. El Tribunal Constitucional ha manifestado que el respeto al ideario no obliga al profesor ni a convertirse en apologista del mismo ni a transformar la enseñanza en propaganda o adoctrinamiento y, por otra parte, la libertad de enseñanza del profesor no le faculta a dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario (STC 5/1981, FJ.10).

*Lo que significa que el respeto al ideario no obliga a adherirse a la ideología del centro sino tan solo a un deber de consideración o respeto.*

El respeto al contenido ideológico de la prestación determina el cumplimiento exacto que ese contrato de trabajo requiere.<sup>1283</sup> El objeto de la relación contractual no es solo la enseñanza de una asignatura, sino también la enseñanza impartida de una forma determinada. No se refiere tanto a la transgresión del ideario o vulneración de derechos fundamentales constitucionales protegidos sino más bien a la transgresión del contenido de la prestación que da lugar al incumplimiento de la obligación

Deber de respeto que ha de entenderse como deber de discreción, de consideración y reserva que ha de informar la conducta profesional de aquellos profesores de un centro privado que no se sientan identificados con el ideario del centro. Deber de respeto que ha de entenderse establecido a favor del derecho fundamental de los padres recogido en el artículo 27.3 CE.<sup>1284</sup>

Este deber de respeto y adecuación de la prestación laboral a la orientación ideológica de la empresa, que forma parte de la finalidad de la misma, se extiende tanto a los trabajadores que realicen actividades de tendencia, los profesores, como los que realicen actividades de tipo neutro. Por muchas responsabilidades administrativas que el trabajador asuma en base a su trabajo ello no le da, al trabajador disconforme con la orientación de la empresa, la facultad de entorpecer o distorsionar su imagen por todos los medios a su alcance. Y esto es otra diferencia entre uno y otro tipo de tareas, es que fuera de las tareas ideológicas las exigencias de comportamiento prestacional al trabajador no se resuelven “preventivamente” sino mediante los cánones habituales que configuran el adecuado cumplimiento contractual y en especial, las exigencias de la buena fe.<sup>1285</sup> Es decir, el trabajador que realiza tareas de tipo neutro puede manifestar libremente su pensamiento, que no se ve limitado por su prestación laboral, pero no puede ejercer este derecho de modo que perjudique el interés ideológico de la organización, pues constituiría un incumplimiento contractual por transgresión de la buena fe, que si fuera grave y culpable sería causa justa de despido disciplinario, esto es, la resolución del contrato sin derecho a indemnización.<sup>1286</sup>

### 5.2.3. Supuestos genéricos que pueden darse.

En el desarrollo de la prestación laboral pueden darse diversas situaciones entre las que se encuentran las siguientes: que el titular cambie o suprima el ideario del centro o que el profesor cambie de ideología o creencia.

---

contrato atendiendo a las cualidades personales del trabajador. Fernández López, *Libertad Ideológica*, cit., p. 437. Vid. Sentencia Dame Roy contra el colegio Santa Marta, mencionada en el epígrafe anterior.

<sup>1283</sup> Otaduy Guerin, *La extinción...* cit., p. 214

<sup>1284</sup> Voto particular de la STC 5/1981, FJ. 16

<sup>1285</sup> Fernández López M.F., *Libertad ideológica...* cit., p. 439.

<sup>1286</sup> Lozano B., *La libertad de cátedra...*cit., pgs. 287-288

En el primer supuesto, el profesor tiene derecho a exigir del titular que no sea, *arbitrariamente*, cambiado el ideario del centro. De esta forma podrá evitar que su derecho a explicar de acuerdo con sus convicciones, coincidentes con la orientación ideológica del centro que libremente escogió, quede despojado de la necesaria protección.<sup>1287</sup>

El profesor tendrá derecho a resolver unilateralmente la relación laboral,<sup>1288</sup> procediéndose como si tratara de un despido improcedente, con las indemnizaciones previstas para el mismo, y la causa alegada sería la establecida en el artículo 50.1.a) del E.T.: “*las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redundan en perjuicio de su formación o en menoscabo de su dignidad*” ya que una actitud contraria a sus propias creencias redundaría en perjuicio de su dignidad, tanto desde el punto de vista profesional como humano.

En el supuesto que el profesor es el que cambia de ideología o creencia, produciéndose una divergencia o un disenso ideológico entre la empresa y el trabajador, de forma que el trabajador no cumpla con sus obligaciones contractuales, puede constituir una causa de despido no discriminatorio.<sup>1289</sup>

Desde el punto de vista laboral, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Convenio núm. 111 de la O.I.T., la profesión de una determinada ideología o creencia es elemento integrante de la aptitud para el desarrollo de determinadas tareas, el empleador puede apreciar si el trabajador que va a contratar reúne esa y todas las condiciones de la aptitud, y en caso contrario, no contratarle sin que su proceder se considere discriminatorio (artículo 1.2. Convenio) no objetable desde el punto de vista constitucional.

Así pues si esas condiciones que constituyen la aptitud se pierden o se transforman durante la vigencia del contrato, pueden ponerlo término, teniendo en cuenta que la aptitud en este caso no solo exige saber algo, sino hacerlo de una determinada manera, y la alteración de la ideología del trabajador puede alterar ese segundo elemento (el cómo).<sup>1290</sup>

Otaduy manifiesta que la extinción de la relación laboral –aunque sea ideológica- solo tendrá lugar cuando haya incumplimiento de la prestación laboral, de acuerdo con las normas ordinarias de derecho laboral. Es decir, la especialidad del problema está en que la prestación exigida,<sup>1291</sup> por ser ideológica tiene un contenido

---

<sup>1287</sup> Martín Sánchez I., *La libertad de enseñanza...* cit., p. 237

<sup>1288</sup> Vid., el supuesto del Colegio del Lumen Dei comentado en el capítulo IV de este trabajo que se refiere al Derecho a la creación de centros docentes con ideario o carácter propio.

<sup>1289</sup> El despido discriminatorio supone la vulneración de un derecho fundamental y por ello nulo con nulidad radical. Ello supone la obligación de readmisión inmediata del trabajador, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y así lo reconoce la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por RD Legislativo 521/1990, de 27 de abril, y el E.T. (artículo 55). La doctrina del Tribunal Constitucional en sentencias 47/1985 de 27 marzo, y 88/1985 de 19 de julio, calificó el despido discriminatorio de nulo con nulidad radical y afirmó que “por ello comporta la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos”. Vid. Lozano B., *La libertad de cátedra...* cit., p. 286.

<sup>1290</sup> Fernández López M.F., *Libertad ideológica...*cit., p. 443

<sup>1291</sup> Recordemos que en estos casos, según este autor, la prestación tiene un doble contenido: profesional e ideológico, y ambos son indivisibles. Y ello es así –añade- porque la ideología se integra en la prestación, no es un elemento ajeno a la misma.

más amplio que la ordinaria, si la prestación no se conforma a la ideología exigida deja de ser la prestación requerida y da lugar al incumplimiento.

En los centros docentes privados con ideario, la relación laboral tiene un contenido ideológico y el objeto del contrato no es solo la enseñanza de una asignatura sino también que esa enseñanza sea impartida de una forma determinada; por eso aunque se cumpla la prestación genérica –ejemplo las horas de clase- podrá apreciarse un incumplimiento cuando no se respete el contenido de la prestación específica a la que el profesor se obliga. En estos centros, el resultado de la prestación no es la mera instrucción sino la formación global del alumno, es decir, la integración de esos contenidos de conocimientos en el marco de una concepción del mundo.<sup>1292</sup>

#### 6. CONFLICTO ENTRE EL TITULAR DEL CENTRO Y EL PROFESOR. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SENTENCIA 47/1985 DE 27 MARZO.

Cuando se da un conflicto entre el derecho del titular del centro y el derecho de libertad de cátedra del profesor, se han de conciliar, armonizar ambas manifestaciones de libertad mediante su limitación recíproca, respetando en todo caso el contenido esencial de cada una de ellas, de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.<sup>1293</sup>

Este es un tema que, desde el punto de vista práctico, no es válido fórmulas genéricas para resolver una cuestión que, en esencia, exigen ponderar, valorar y determinar cuál debe prevalecer cuando entran en colisión derechos fundamentales de tutela igual. En esta materia el Tribunal Constitucional ha señalado unas líneas generales o maestras.

Una de las sentencias más conocida es la 47/1985 de 27 de marzo<sup>1294</sup> cuyo hecho fáctico es el siguiente: una profesora titular de EGB D<sup>a</sup> S.R. en el colegio Lestonnac de la Compañía María Nuestra Señora, con ideario católico, de Barcelona fue despedida, según la carta de despido “por su disconformidad con las normas de la dirección del centro *creando con ello fricciones que deterioran los criterios* que presiden la enseñanza en esta institución; y por desarrollar su actividad profesional en forma que no se ajusta al ideario que rige en nuestro centro y que velando por el mismo hemos de cumplir todos y hacer cumplir”. La recurrente solicitaba que declarara el despido nulo con nulidad radical por discriminatorio y contrario al artículos 14 y 16.1 CE.

El Tribunal Constitucional estima el recurso por vulneración del derecho a la libertad ideológica. El iter procesal fue el siguiente: *la Magistratura de Trabajo* núm. 4 de Barcelona alude a la doctrina de la inversión de la carga de la prueba como correspondiente a quien niega la discriminación, y reconoce que la parte demandada no ha probado los hechos alegados en la carta de despido, entre otras cosas por su generalidad, pero considera que ha quedado probado que los motivos del despido son razonablemente ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional. Desestima la pretensión de nulidad radical alegada en la demanda y declara el *despido nulo por defecto de forma* conforme a lo dispuesto en el artículo

---

<sup>1292</sup> Otaduy Guern J., *La extinción...*cit., pgs. 210-214

<sup>1293</sup> Vid. STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. 10

<sup>1294</sup> Recurso 811/1983, que conoció de un recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del T.C.T. de 27 de septiembre de 1983, que confirmaba la pronunciada por la Magistratura de Trabajo número 4 de Barcelona en autos 1571/1982, con fecha de 29 de noviembre de 1982.

55.3 E.T. ya que las causas aducidas en la carta de despido “pecan de generalidad y ambigüedad” colocando al trabajador en una situación de indefensión, pues mal puede combatirse hechos que por “su inconcreción o generalidad impiden su cabal conocimiento” y condena a la empresa a readmitir a la profesora.

La parte demandante presenta recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo que lo desestima confirmando la sentencia impugnada. Y presenta el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la tutela efectiva del artículo 24 CE y del derecho a no ser discriminada por razones ideológicas o de creencias (artículo 14 y 16 CE) “al ser despedida de la empresa por este motivo ajeno a cualquier cuestión laboral ya que no ha quedado probado que el motivo del despido sea la no catolicidad de la actora”,<sup>1295</sup> y la empresa debió probar ser cierto lo contrario y al no hacerlo se infiere que este despido tuvo motivos ideológicos y discriminatorios contrarios a los derechos fundamentales.

El *Tribunal Constitucional* señaló que de la carta de despido se pueden desprender dos *consecuencias*: 1) que el despido quedó planteado en el terreno del conflicto ideológico; 2) y que las causas del mismo a debatir en el proceso laboral son las invocadas en la carta de despido y solo esas, causas que encerraban un inequívoco contenido ideológico y en uno y otro caso el ideario del centro es el valor referencial y ello hace remitirse a la STC 5/1981 de 13 de febrero, FJ.10 (STC 47/1985, FJ.2).

Y concluye afirmando que “*una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se impute tal conducta o tal hecho singular con tal de que los hechos o el hecho constitutivo de ataque “abierto o solapado” al ideario del centro resulte probado por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario. Pero el respeto, entre otros, a los derechos constitucionalizados en el artículo 16, implica, asimismo, que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del centro*” (STC 47/1985, FJ.3).

Para que el despido por motivos de carácter ideológico fuera lícito habría que demostrar que hubo no solo disconformidad sino fricciones contra los criterios del centro, consistente en *actos concretos* de la profesora y en una *actitud contraria* –al menos no ajustada- al ideario. Corresponde al empresario la prueba de los hechos, ello no significa la inversión de la carga de la prueba sino la aplicación del principio de que quien afirma debe probar (...) los hechos que se invoquen; para justificar la licitud han de ser claros y concretos. Al no probarse solo quedaría en pie como imputación de la empresa, no desmentida por los profesores, la *disconformidad* de ésta con los criterios o con el ideario del centro pero disconformidad no exteriorizada, y en cuanto tal, no invocable como causa justa de despido (STC 47/1985, FJ.4).

Es decir, que es preciso “no solo la disconformidad, sino fricciones” contra los criterios del centro y que tales fricciones sean probadas por el empresario, y cuando estas condiciones no se cumplan, el Tribunal Constitucional afirma que “el despido causalmente ideológico se convierte en injustificado por discriminatorio y contrario, por tanto, a la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 CE, como a la expresa y específica prohibición contenida en el artículo 17 del E.T.” y resulta nulo con nulidad

---

<sup>1295</sup> Las pruebas de la actora expresan con toda claridad que ésta “había sido despedida por haber declarado a la Dirección en privado no ser católica”.

radical “por lo que el magistrado debió amparar a la demandante en su libertad ideológica y declarar nulo con nulidad radical por lesión de un derecho fundamental” (STC 47/1985, FJ.5).

Ante lo expuesto, cabe realizar algunas precisiones:<sup>1296</sup> 1) Para que esté justificado el despido no es suficiente con que el profesor profese ideologías o creencias religiosas contrarias a las del ideario, siendo necesario que tal disconformidad quede reflejada exteriormente en una *conducta* que se manifieste contraria al ideario, por tanto sancionable.

2) Que la actividad del profesor, para que pueda ser contrastante con la orientación ideológica del centro debe presentar una *cierta continuidad*. El Tribunal Constitucional habla de “ataques abiertos o solapados”, de “actos concretos”, utiliza el plural, o de “actividades contrarias”, lo que implica una *línea de conducta*.

3) La actuación del profesor deber ser contraria al ideario y no simplemente no coincidente.<sup>1297</sup> El Tribunal Constitucional ha manifestado la obligación del profesor de respetar el ideario “actitud de respeto” y de no ataque. Lo que implica a sensu contrario, que solo la falta de respeto y el ataque serán jurídicamente relevantes. El respeto al ideario no infringe la libertad de cátedra pero sí la limita ya que de otro modo “no solo quedaría privado de todo contenido real el derecho a establecer el carácter propio del centro, sino que se verá también defraudado el derecho de los padres a escoger para sus hijos la formación religiosa y moral acorde con sus convicciones” (STC 77/1985 FJ.9).

## 7. SUPUESTOS QUE PUEDEN DISTINGUIRSE EN EL POSIBLE CONFLICTO ENTRE DERECHOS.<sup>1298</sup>

### 7.1. En relación a las personas.

Cabe distinguir: 1) miembros de una Orden o Congregación religiosa. 2) personal contratado.

#### 7.1.1. Miembros de una Orden o Congregación religiosa.

En base al artículo 6.1. de la L.O.L.R.<sup>1299</sup> se reconoce plena autonomía a las Confesiones religiosas, también en la fijación de su personal, aunque limitada por los

---

<sup>1296</sup> Martín Sánchez I., *La libertad de enseñanza ...* cit., p. 229 y ss. ; Moreno Botella G., *La identidad...* cit., p. 101.

<sup>1297</sup> Y si la simple disconformidad ideológica no influye sobre la relación laboral parece lógico concluir que tampoco influye a la hora de la contratación, del nacimiento de la propia relación. Y parece lógico seguir deduciendo que tampoco es un elemento absolutamente componente de la aptitud para el despliegue de la tarea, con tal de que el trabajador tenga la habilidad suficiente para desdoblarse, crear unas cosas y hacer otras. Vid. Fernández López M.F., *Libertad ideológica...*cit., p. 443. Tal vez habría que matizar, fundamentalmente cuando la enseñanza que se imparte es de contenido confesional. En el caso en cuestión, al que nos referimos, era una profesora de EGB, no consta de qué asignatura, por lo que no era de religión.

<sup>1298</sup> Vid. Moreno Botella G., *La identidad...* cit., p. 101

<sup>1299</sup> Artículo 6.1.LOLR: “Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y *régimen de su personal*. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquellas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación”.

derechos individuales protegidos constitucionalmente. Lo que lleva a pensar que el legislador tiene en cuenta entre los derechos del ciudadano, los que tutelan al trabajador reconocidos en el artículo 35.1. CE.<sup>1300</sup> Declarada la actividad de un individuo en el seno de una Confesión como laboral, con independencia de su status religioso, la institución no podrá desatender los derechos disponibles que la ley declare corresponden a aquel alegando su autonomía interna.<sup>1301</sup>

La jurisprudencia no reconoce al religioso la condición de trabajador por cuenta ajena en la prestación de servicios por la propia Orden.<sup>1302</sup> No importa que genere a favor de la entidad derechos económicos, la naturaleza y caracteres objetivamente laborales de la actividad o la existencia de afiliación y alta en la Seguridad Social en tal calidad. Nuestro derecho concede exclusivamente relevancia a la vinculación canónica del religioso a la Orden y en consecuencia se declara incompetente en su regulación, la cual corresponde al ordenamiento de la Iglesia.<sup>1303</sup> Es decir el motivo de la exclusión, según la jurisprudencia es la motivación puramente altruista y espiritual, ajena a toda relación contractual o de interés material que persiguen los religiosos a través de su trabajo en comunidad o para centros dependientes de la Orden. La prestación es “religionis causa” esto es, en cumplimiento de los votos canónicos y bajo al autoridad de los superiores jerárquicos.

Cuando son revocados o quedan en suspenso la misma actividad es calificada de laboral y el religioso recobra el “status” de trabajador.<sup>1304</sup> Es el caso de una religiosa que solicita la exclaustación para cuidar a su padre enfermo. Desaparecido el motivo de tal exclaustación da clases como profesora en un colegio del que es titular la propia Congregación durante cinco años y recibe una mínima retribución mensual. Posteriormente la Congregación la requiere para que se integre en la Comunidad, y al negarse y pedir la dispensa definitiva de votos, la dirección le comunica su remisión. La cuestión de la competencia jurisdiccional de los Tribunales laborales se vincula a los efectos jurídicos de la exclaustación y el TCT lo resuelve de la siguiente forma: cita el canon 936 del CIC de 1917<sup>1305</sup>, lo que implica que desde el punto de vista jurídico laboral ha desaparecido los dos elementos de incompetencia: vida en común dentro de la Congregación y sumisión a su disciplina, por lo que debe ser considerada como una trabajadora, ya que concurren los requisitos del artículo 1.1. E.T., “el trabajo docente realizado por la demandante es totalmente ajeno a sus obligaciones como profesora, de las

---

<sup>1300</sup> Artículo 35.1. CE: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

<sup>1301</sup> Motilla de la Calle A., *Derecho laboral y seguridad social de los miembros de Órdenes y Congregaciones religiosas*, Ensayos y Documentos, Universidad de Alcalá, Madrid, 2000, p. 47

<sup>1302</sup> El criterio de exclusión tradicional en nuestra legislación y jurisprudencia solo puede explicarse en una excesiva fidelidad a las soluciones de un pasado confesional, que otorgaba a la Iglesia poder soberano en el ámbito espiritual y la jurisdicción exclusiva y excluyente sobre el estamento eclesial. Esta solución representa en las coordenadas constitucionales, un residuo del Estado de confesionalidad católica, opuesto a la tendencia hacia el progresivo reconocimiento y tutela de los derechos laborales y que produce una discriminación de los religiosos como ciudadanos trabajadores. *Ibidem*, p. 68; Otaduy Guerin J., *Régimen jurídico español del trabajo de eclesiásticos y de religiosos*, Madrid, 1993, p. 127

<sup>1303</sup> *Ibidem*, p.52

<sup>1304</sup> *Ibidem*, p. 61

<sup>1305</sup> Canon 936 del CIC de 1917: “el que haya obtenido de la Santa Sede indulto de exclaustación, continua ligado con los votos y demás obligaciones de su profesión que sean compatibles con su estado; pero debe cambiar la forma exterior del hábito religioso y por el tiempo que dura el indulto carece de voz activa y pasiva, si bien goza de los privilegios puramente espirituales de su religión, y está sujeto, aún en virtud del voto de obediencia al Ordinario del territorio donde resida en lugar de los superiores de su propia religión”

que se encuentra liberada por la exclaustación, ni las cantidades por ella recibidas son otra cosa que la retribución de su trabajo voluntariamente prestado dentro del ámbito de la organización y dirección del centro escolar perteneciente a la Congregación que actúa en el presente caso como empresaria a tenor del artículo 1.1. E.T.”<sup>1306</sup>

#### 7.1.1.1. Actividades de enseñanza en centros de la propia Orden o Congregación.

En el supuesto de actividades de enseñanza en centros de la propia Orden, el Convenio colectivo para la enseñanza privada de 20 mayo de 1983 hace referencia expresa a los religiosos de la Orden titular del centro disponiendo “se excluye al personal que pertenezca a la Orden o Congregación religiosa titular del centro y al personal de servicio afecto exclusivamente a la comunidad religiosa, o a la entidad propietaria del centro, siempre que su trabajo no tenga relación con las necesidades y actividades del centro” (artículo 3). Referencia esta que se reproduce en los posteriores Convenios que se han firmado y publicado.

La Resolución de 29 de abril de 1988 sobre inclusión en el ámbito de aplicación del régimen general de determinados miembros de Congregaciones religiosas, admite - *por primera vez* en nuestro ordenamiento- el derecho a que entre una Orden o Congregación y sus miembros *pueda existir una auténtica relación laboral*, que daría lugar a la consiguiente inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social. Las razones en las que se fundamentan son dos: una, se admite que las Ordenes o Congregaciones emprendan actividades empresariales –centro docente- y aunque los fines no sean estrictamente económicos, deben someterse a la legislación laboral como un empresario más, “...para regular la relación de sus trabajadores, ya se trate o no de miembros de su Congregación, mediante el otorgamiento de los instrumentos propios de esa relación”. Y dos, interpretando el último apartado del artículo 3 del Convenio citado, a sensu contrario, se incluyen a los miembros de la Orden o Congregación que realicen una actividad propia de un centro de enseñanza.

Todo lo cual lleva a la Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social a afirmar que “en cuanto la Congregación aparezca como titular y gestora de los centros de enseñanza y geriátricos, *cabe admitir la posibilidad* de que aquella suscriba contratos de trabajo con sus miembros para la realización de las actividades propias de tales centros empresariales con la consiguiente inclusión en el régimen general de la Seguridad Social.”<sup>1307</sup>

#### 7.1.1.2. Cuando se trate de centros concertados.

En este supuesto, el Reglamento de Normas básicas sobre conciertos educativos aprobado por RD 2377/1985 de 18 de diciembre, en su Disposición Adicional Cuarta apartado 1 recoge la posible existencia en los centros concertados de profesores sin relación contractual de carácter laboral y a continuación determina el régimen

---

<sup>1306</sup> STCT 26 de febrero de 1983, considerando tercero, (RJ. 1606). En el supuesto que el religioso realizara actividades comerciales o industriales no relacionadas con el fin estatutario, la solución sería la misma, como recogen las SSTCT de 15 de enero de 1987 (RJ.680) y 2 de diciembre de 1974 (RJ. 5142), después de referirse a la posibilidad de que entidades eclesíásticas puedan ser consideradas empresas frente a los laicos que allí trabajan, afirma con carácter general que dicha hipótesis “no cabe para los miembros de la entidad eclesíástica... porque como se ha dicho fue su vocación religiosa y no la profesional lo que determinó su ingreso en la comunidad eclesíástica”. Ibidem, p. 53

<sup>1307</sup> Motilla A., *Derecho laboral...* cit., p. 57.

específico al que se someten. Todo parece indicar que se refiere –aunque puede que no exclusivamente- a la situación de religiosos que trabajan en los centros del propio instituto. Aunque según Otaduy Guerin, también puede referirse a los religiosos que ejercen la docencia en centros ajenos, existiendo un contrato de servicio previo entre la institución religiosa y la entidad civil.<sup>1308</sup>

En estos supuestos las retribuciones de estos profesores se abonan a la entidad titular del centro por la Administración siempre y cuando exista previa declaración de la entidad y conformidad expresa del profesor, acerca de la inexistencia de la citada relación contractual. A tales efectos, la entidad titular remitirá a la Administración la relación individualizada de dicho profesorado.

El apartado 2 de la Disposición Adicional 4 establece que la terminación de la actividad docente no tendrá el carácter de despido, lo cual representa otro elemento que pone de manifiesto la relación interna entre el religioso y la entidad a la que pertenece, ajena al derecho laboral.<sup>1309</sup>

La Administración al abonar las retribuciones de este profesorado, que tendrán un monto equivalente a los salarios de los demás docentes; efectuará las retenciones correspondientes al IRPF y realizará las oportunas cotizaciones a la Seguridad Social.

Las vacantes serán provistas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 de la LODE con la formalización del correspondiente contrato de trabajo salvo “que se produzca de nuevo la situación regulada en el apartado 1 de la Disposición Adicional Cuarta. Es decir, se le da la opción al titular del centro de sustituir al religioso con personal laboral –en este caso se sigue el procedimiento del artículo 60- o designar un nuevo profesor con situación no laboral, esto es, otro religioso de la institución, en cuyo caso la sustitución es libre, sin intervención del Consejo escolar ni de la Administración.<sup>1310</sup>

El Acuerdo de 30 de octubre de 1989 entre el Ministerio de Educación y la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza (FERE) sobre la situación de los religiosos profesores en centros concertados con el Ministerio, confirma la línea del RD de 18 de diciembre de 1985, aunque con algunas modificaciones puntuales.

En lo que se refiere al régimen de sustituciones por vacante de un profesor religioso, podrán cubrirse con otro de la misma condición e igualmente sin relación contractual, con la sola obligación del titular de comunicar al Consejo Escolar la sustitución, las causas que la han motivado y el “currículo” del nuevo profesor. Y también declara aplicable a los profesores religiosos, al igual que lo hacía el Reglamento de 1985, los derechos de conservación del puesto de trabajo y antigüedad en supuestos de excedencia forzosa contemplados en los Convenios colectivos, y por cargos dentro de la Orden.

En resumen, supone una excepción al régimen laboral aunque también es verdad que se remite a este ámbito para configurar algunos aspectos como el derecho al pago de salario, a la seguridad social en casos de colegios concertados y aplicación analógica de situaciones de excedencia y conservación del puesto de trabajo.

---

<sup>1308</sup> Otaduy Guerin J. *Régimen jurídico...*, cit., p. 127; Motilla, *Derecho laboral...* cit., p. 58

<sup>1309</sup> Ibidem, p. 58

<sup>1310</sup> Otaduy Guerin, *Libertad religiosa y contratación del profesorado en centros concertados*, Actualidad Laboral III, 1991, p. 411 y ss. Vid, Motilla, *Derecho laboral...* cit., p. 58



La exclusión de los religiosos profesores de los centros de la Orden del Derecho laboral, tiene como principal efecto, desde el ámbito personal, la no aplicación de la legislación del despido. El hecho de considerar la terminación de la actividad docente como cuestión en manos de la libre voluntad del ente escolar, lleva a la desprotección del miembro de la institución religiosa respecto de derechos básicos reconocidos en la Constitución, y máxime cuando la decisión puede adoptarla el titular del centro por razones ajenas a las estrictamente profesionales, por ejemplo, la expulsión o la salida voluntaria de la Orden.<sup>1311</sup>

#### 7.1.2. Personal contratado.

Hay que distinguir entre personal que desarrolla tareas de tendencia y el que realiza tareas de tipo neutro.

El personal que realiza tareas de tendencia, por ejemplo el profesor que imparte la enseñanza de religión. Cuando se trate de centros privados en sentido estricto como privados concertados los profesores de religión católica son propuestos por el titular del centro y autorizados por el Ordinario del lugar<sup>1312</sup> para impartir esta enseñanza durante un tiempo determinado coincidente con el curso escolar; en estos casos no cabe hablar de despido sino de cumplimiento del término establecido.

Si se trata de religiosos profesores de religión que pertenecen a la Orden o Congregación titular del centro concertado se aplicará lo dicho anteriormente.

Cuando se trate de enseñanza confesional no católica, cuyas Confesiones, Iglesias o Comunidades tengan suscrito Acuerdo con el Estado, esto es, la enseñanza evangélica, judía e islámica, se aplicará lo dispuesto en los Acuerdos de 10 de noviembre de 1992,<sup>1313</sup> en base a los cuales se garantiza a los alumnos y a los padres el derecho a recibir la enseñanza evangélica, islámica y judía en centro privado concertado siempre que tal ejercicio no entre en conflicto con el carácter propio del centro (artículo 10.1).

Los centros de iniciativa social de la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza no tienen obligación de ofertar la enseñanza religiosa de una confesión distinta de la católica, en base precisamente a que ello entraría en contradicción con el carácter propio del centro. Si bien se ha establecido como posibilidad que la Iglesia respectiva se haga cargo de la impartición de la enseñanza correspondiente aportando el

---

<sup>1311</sup> Ibidem, p. 60

<sup>1312</sup> En los centros públicos son propuestos por el Ordinario Diocesano y autorizados por la Autoridad académica competente (artículo III AEAC). Los profesores que no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios docentes y que impartan la enseñanza confesional de religión en los centros públicos lo hará en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar a tiempo completo o parcial. Estos profesores recibirán las retribuciones correspondientes en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos, según la disposición adicional segunda de la LOCE, de contenido similar al Convenio sobre el régimen económico-laboral de los profesores de religión católica de 26 de febrero de 1999 firmado por la Conferencia Episcopal Española y los Ministerios de Justicia y Educación y Cultura, cláusula quinta.

<sup>1313</sup> En los centros públicos la enseñanza evangélica, judía e islámica será impartida por los profesores designados por la autoridad religiosa de la Confesión correspondiente y autorizados por la Autoridad educativa competente (artículo 10.2). Con respecto a lo establecido en la Disposición Adicional segunda de la LOCE, se está en conversaciones a fin de llegar a un Convenio similar al de la Iglesia católica de 1999. En la actualidad están los Convenio de 12 de marzo de 1986 suscritos por la FEREDE y la CIE.

profesorado que sea necesario y asumiendo las obligaciones derivadas de su contratación y que se oferte en horario extraescolar.<sup>1314</sup>

Por último cuando se trate de personal que realiza tareas de tipo neutro, se rige por las normas de Derecho laboral común, ya comentadas a las que nos remitimos, y se les exige el respeto al ideario del centro en base al principio de la buena fe contractual.

## 7.2. En relación con la actividad.

Hay que distinguir: a) la actividad realizada en el centro docente, en cuanto al contenido propio de la actividad contratada, la actividad docente. En este caso el profesor es libre en su puesto docente y puede impartir su enseñanza siguiendo criterios objetivos y serios con sujeción a la verdad y al rigor científico de su labor docente, con respeto a la línea ideológica del centro docente. O bien, voluntariamente puede hacer apología o propaganda del ideario explicando de acuerdo con sus convicciones.

b) La actividad realizada fuera de los centros docentes por los profesores contratados, es decir, las actividades extralaborales de los docentes, tema al que nos vamos a referir a continuación.

## 8. ACTIVIDADES EXTRAACADÉMICAS DEL DOCENTE DE UN CENTRO PRIVADO CON IDEARIO.

Se trata de esclarecer si la vida privada de los profesores, su vida extraacadémica, puede vulnerar o infringir la obligación de respeto al ideario de un centro docente, y por tanto pueda dar lugar a la extinción del contrato de trabajo. Hay que partir de que se trata de conductas lícitas, actuaciones tuteladas por la ley, no con relación a aquellas que entran dentro de los límites impuestos a la libertad de enseñanza.<sup>1315</sup>

### 8.1. En Derecho Comparado.

En el Derecho francés, la jurisprudencia ha entendido que en la enseñanza privada ciertas actuaciones, amparadas por la ley, pueden considerarse como causas de despido por ir contra el carácter propio del centro. Ejemplo de ello, es el ya mencionado supuesto de despido de la Sra. Roy, profesora de un colegio católico que se divorció y contrajo posteriormente matrimonio civil.

Ello dio lugar a dos resoluciones judiciales contradictorias siendo la decisión final a favor de la licitud del despido en base a dos razones: una que, a la hora de realizar el contrato de trabajo se tuvo en cuenta las convicciones religiosas de la profesora; y dos, la salvaguarda del carácter propio del centro. “Las convicciones religiosas de la Sra. Roy habían sido tomadas en cuenta a la hora de contratarla, este elemento de voluntades, que queda habitualmente fuera de las relaciones de trabajo,

---

<sup>1314</sup> Boletín de la FERE número 403, de 1996, “La enseñanza de otras confesiones en nuestros colegios”, pgs. 18-19.

<sup>1315</sup> Martín Sánchez I., *La libertad de enseñanza ...cit.* p. 231

había sido incorporado voluntariamente en el contrato, del que se había convertido en parte esencial y determinante”.

Por tanto, al despedir a la profesora “el colegio Santa Marta, adherido al principio de la indisolubilidad del matrimonio, había obrado con el fin de salvaguardar la buena marcha de su empresa, preservando su carácter propio y su reputación”.<sup>1316</sup>

Rivero considera que “cuando el centro pretende transmitir una ética, el testimonio en contra, de los profesores que adoptan otra en su vida privada, le quita, sobre todo a los ojos de los jóvenes, más sensibles a los actos que a los discursos, toda credibilidad a aquella que el centro proclama”.<sup>1317</sup>

En la doctrina italiana, autores como Jémolo, entiende que un ente eclesiástico, y en general una entidad con orientación religiosa, exija a sus empleados la pertenencia a una determinada confesión, acordando que el abandono de la misma es causa de rescisión del contrato.<sup>1318</sup>

Se acude a la “intuitiva evidencia” de que un cambio sobrevenido en la vida moral o en las convicciones religiosas del docente, justifica el retiro de la aprobación eclesiástica y la consiguiente cesación de la tarea de la enseñanza que le había sido encomendada.<sup>1319</sup>

El caso de una profesora judía que impartía enseñanza en un centro docente judío, casada con un católico, que no había hecho circuncidar a sus hijos, sino que había permitido que los bautizara, se justificó el despido por el mal ejemplo que ello suponía para que en esa escuela se formaran buenos israelitas.<sup>1320</sup>

## 8.2. En Derecho Español.

Los profesores en un centro privado dotado de ideario tienen, como personas y ciudadanos, reconocidos los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, y entre los que cabe mencionar la libertad ideológica y religiosa y la libertad de expresión y de pensamiento, el derecho a la intimidad... Tales derechos deben ser respetados, no solo por los poderes públicos sino también en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, es decir, en la empresa donde prestan sus servicios profesionales.

### 8.2.1. Regla general.

La regla general –teniendo en cuenta el artículo 18 CE, artículo 1 de la L.O.1/1982 de 5 de marzo de protección de la intimidad, el artículo 4.2. e) E.T. que reconoce el derecho a la intimidad en el ámbito de las relaciones laborales- es la irrelevancia de la vida privada en el inicio, desarrollo o terminación de la relación laboral, irrelevancia que sirve de base a la prohibición de discriminación en las relaciones de trabajo por causa de las ideas políticas o religiosas (artículo 17 E.T.).<sup>1321</sup>

---

<sup>1316</sup> Sentencia del Tribunal de Casación de 19 mayo de 1978, Dame Roy contre Association pour l'éducation populaire Sancte Marthe.

<sup>1317</sup> Vid., Lozano B. *La libertad de cátedra...* cit., p. 301

<sup>1318</sup> Vid., Martín Sánchez I., *La libertad de enseñanza ...*cit., p. 231.

<sup>1319</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción...* cit., p. 128

<sup>1320</sup> STC. Italiano, de 10 de mayo de 1974; Vid., Salguero, *La libertad de cátedra...* cit., p. 218

<sup>1321</sup> Rodríguez Piñero M., *No discriminación en las relaciones laborales*, pgs. 373-374; Moreno Antón, M., *Vida privada...* cit., p. 169.

El Tribunal Constitucional afirma que “el derecho a la intimidad personal del artículo 18 CE está estrictamente vinculado a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 197/1991 de 17 de octubre).

Y cuando se trate de centros docentes con ideario considerados como organizaciones de tendencia, se plantea la cuestión si se permite excepción a esta regla general. Hay diversidad de opiniones entre la doctrina, a favor y en contra, todas ellas con matizaciones.

#### 8.2.2. En centros docentes con ideario, considerados como organizaciones de tendencia. Posiciones doctrinales.

Otaduy Guerin considera que “es perfectamente razonable que un posible tipo de educación pretenda ampliar la función que al profesor, como educador, corresponde y exija un comportamiento determinado en el ámbito profesional, moral y social; sería un respeto entendido no solo de manera intelectual sino también vital”. Y añade, “si se acepta la prohibición de dirigir ataques abiertos o solapados contra el ideario educativo, debe admitirse que éstos no tienen por qué ser exclusivamente verbales. Pueden ser acciones que, sin pretenderlo, supongan falta de consideración o desprecio de los principios inspiradores de la educación que, en ejercicio de un derecho de libertad, desean recibir quienes han elegido ese centro educativo determinado”.<sup>1322</sup>

Suárez Pertierra afirma –siguiendo a Tomás y Valiente- que el ideario no puede permitir la imposición obligatoria de prácticas personales –ni tampoco pretender impedir las- que no estén conformes con las convicciones del sujeto, por lo que las conductas marginales de los profesores no deben ser tomadas en cuenta, en tanto no se dirijan directamente al descrédito, ofensa o vejamen del ideario educativo del centro en que se encuentran integrados. Y ello porque lesionaría el ideario por vía de peligro de lesión de los intereses de los allí integrados, y no de aquellos intereses de los fundadores del establecimiento.<sup>1323</sup>

Otaduy no está de acuerdo porque considera que esas conductas contrarias “no tenderán de forma directa al descrédito, ofensa o vejamen del ideario educativo pero no por eso dejarían de causar efectos nocivos”.<sup>1324</sup>

Moreno Antón manifiesta que el respeto al ideario no puede ni debe llegar a determinar las conductas extraacadémicas de los profesores, porque ello supondría una superprotección del artículo 27.6 CE el derecho a establecerlo, y una infravaloración del artículo 9.2 CE, el ejercicio efectivo y real de los derechos fundamentales de los docentes. Con ello, por una parte, se está admitiendo que una determinada empresa-organización pueda juzgar la conducta privada y constitucionalmente lícita de unos ciudadanos y atribuirle unos efectos jurídicos -como el despido-, se pone el precio a la dignidad de la persona humana –artículo 10.1 CE- fundamento del orden político y la paz social; y por otra parte, al ser toda la vida privada la que está bajo el control del centro docente, se deja la puerta abierta al abuso y a la arbitrariedad. Y además se está

<sup>1322</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción...* cit., pgs. 150-151

<sup>1323</sup> Suárez Pertierra G., *Reflexiones acerca de la relación...* cit., p. 642.

<sup>1324</sup> *Ibidem*, Otaduy, p. 150

anulando el contenido esencial de su libertad ideológica y de su derecho a la intimidad porque se está sometiendo tales derechos a unos límites que lo dificultan hasta el punto de no poder ejercerse de forma efectiva.<sup>1325</sup>

### 8.2.3. Doctrina Constitucional y comentarios doctrinales.

Tomás y Valiente, en el voto particular de la STC 5/1981, considera que “en el ámbito concreto de la enseñanza, el respeto al ideario del centro solo puede impedir a los profesores aquellas conductas docentes que pongan en peligro el carácter ideológico de las actividades docentes de dicho centro. Pero el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas o las conductas llevadas a cabo al margen de la institución escolar, no pueden ser consideradas como contrarias al ideario del centro, ni podrían ser causa justa de rescisión del contrato de cualquier profesor”.<sup>1326</sup>

La doctrina establecida por el Tribunal Constitucional es que considera que una tarea de tendencia puede incidir también en la conducta privada ajena a la relación laboral y afirma que “las actividades o la conducta lícita de los profesores al margen de su función docente en el centro dotado de ideario propio *pueden ser eventualmente consideradas por el titular de éste como una violación de su obligación de respetar tal ideario o, dicho de otra forma, como una actuación en exceso del ámbito de la libertad de enseñanza, y en consecuencia como un motivo suficiente para romper la relación contractual entre el profesor y el centro*”.

Añadiendo que “aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende, en principio, a las actividades que, al margen de ella, lleve a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad, puedan hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor ejecutiva que le está encomendada.”<sup>1327</sup>

Martín Sánchez considera razonable el criterio del Tribunal Constitucional sobre todo, si se piensa en su aplicación a los primeros grados de la enseñanza en los que la influencia del profesor sobre los alumnos puede ser muy profunda. Además ese criterio está apoyado en la afirmación del mismo Tribunal de que serían inconstitucionales las medidas impuestas al titular que “desconocieran el carácter propio del centro en los criterios de selección del profesorado (STC 7771985 FJ. 24) ya que dicho carácter debe ser tenido en cuenta a la hora de contratar a los profesores, también será relevante durante el desarrollo de la prestación laboral.”<sup>1328</sup>

Así pues, los criterios a tener en cuenta indicados por el Tribunal Constitucional son los siguientes:

1) La posible notoriedad de los hechos imputables al profesor y contrarios al ideario.- Es preciso que la disconformidad se haya manifestado, pero en este caso,

---

<sup>1325</sup> Moreno Antón M., *La vida privada...cit.*, p. 171

<sup>1326</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero, voto particular FJ. 18.

<sup>1327</sup> STC 5/1981, FJ. 11.

<sup>1328</sup> Martín Sánchez I., *La libertad de enseñanza ... cit.*, p. 232

parece también exigible una cierta divulgación de esa conducta, es decir, que sea conocida por la comunidad escolar, o que se publique en los periódicos.<sup>1329</sup>

2) La intencionalidad.- No es lo mismo una conducta contraria al ideario pero que es realizada por su autor sin pretender la colisión con el ideario, que si, justamente, lo que se pretende es eso, poner de relieve esa contradicción.<sup>1330</sup>

3) La naturaleza de la conducta.- En relación con la actividad docente que se realiza es preciso tener en cuenta el tipo de conducta y la actividad docente respetuosa con el ideario, solo cuando la contradicción se da entre ellos puede hablarse de justa causa de despido.<sup>1331</sup>

Por lo que, el poder de dirección que confiere al empresario el contrato de trabajo se manifiesta, en algunas ocasiones, en la *facultad de exigir conductas privadas del trabajador cuando guarden relación con la eficacia o virtualidad del trabajo realizado*, pero esta circunstancia no justifica cualquier restricción a los derechos fundamentales del trabajador, que solo puede ver modalizado su ejercicio para salvaguardar el fin, con cobertura constitucional, de la organización en la que se integra.<sup>1332</sup>

Martínez Blanco realiza un análisis detenido de los criterios señalados por el Tribunal Constitucional en el supuesto que resuelve la STC 47/1985 de 27 de marzo,<sup>1333</sup> dando su opinión.<sup>1334</sup> Se refiere a todas aquellas circunstancias que pueden influir en la repercusión que puede tener socialmente la vida privada de un profesor, su notoriedad y en la producción de escándalo.

Distingue: a) *la prestación laboral*, que en este caso se trata de una asignatura sin contenido ideológico evidente- como en otro caso sería la enseñanza de religión-, no hay conexión directa entre docencia e ideario;

b) *el nivel educativo*, que es de EGB, el alumno es tanto más influenciado por las noticias sobre la vida privada del profesor cuanto menor sea la edad del niño o joven. De todas formas, señala el autor, ha habido una moderada evolución de la comunidad social, tanto desde el punto de vista religioso como social, de los temas de crisis matrimoniales, como para que no produzca escándalo el matrimonio civil o divorcio de sus profesores;

c) *régimen docente del centro*, es un centro privado concertado con ideario católico, y hay que hacerlo compatible con otros derechos individuales y sociales que integran el total ordenamiento, como son el derecho del profesor a la intimidad, su “ius connubi” con la persona de su elección (c. 219 CIC) y su derecho legal al divorcio;

d) *circunstancias sociológicas*, se trata de un matrimonio de una profesora del centro con divorciado civil, y se da en una ciudad mas o menos pequeña, de unos 20000 habitantes. Circunstancias como el grado de intimidad vecinal, el grado de formación cultural y de formación cristiana con arreglo a las normas del Concilio Vaticano II,

---

<sup>1329</sup> Llamazarez Fernández D., *Derecho Eclesiástico...* cit., p. 581.

<sup>1330</sup> *Ibidem*.

<sup>1331</sup> *Ibidem*.

<sup>1332</sup> Martí J.M. *Factor religioso y enseñanza...* cit., pgs. 471-472.

<sup>1333</sup> Martínez Blanco A., *Los derechos fundamentales de los fieles...* cit., p. 288 y ss

<sup>1334</sup> Que difiere de la opinión de otros autores como puede ser Otaduy Guerin, y su teoría acerca de la naturaleza de la prestación, con doble contenido, profesional e ideológico, ambos indivisibles.

influyen en la repercusión que pueda tener socialmente la vida privada del profesor, en su notoriedad y en la producción de escándalo.

Afirma que el matrimonio o divorcio civil del trabajador no afecta a la identidad del centro católico o a los derechos de los padres, ya que “no basta que una verdad o principio pertenezca al acervo de doctrina formulada por el magisterio o recibida por tradición para que su aceptación teórica o su aplicación práctica pueda ser exigida al profesor del centro católico so pena de despido disciplinario, sino que es necesario que su negación, incumplimiento o disenso atente a la identidad del centro; y estando en juego otros derechos “naturales” y fundamentales, como el *ius connubii*, atente a ese núcleo esencial del derecho del titular, cuyo respeto es ineludible para que no se torne irreconciliable”.

Después se refiere a la naturaleza de la actividad supuestamente opuesta al ideario que no es otra que contraer matrimonio civil ante la autoridad judicial civil; y a la intencionalidad que es la de fundar una familia; y la notoriedad o escándalo que pueda suponer, hoy día son hechos corrientes en la España actual.

Considera que es importante, desde el principio, la actitud que adopte la dirección del centro y opina que sería más beneficioso para el centro una actitud de tolerancia y comprensión porque el ejercicio del *ius connubii* en estas condiciones no lesiona el contenido esencial del derecho del centro a preservar su identidad a través de su ideario y es compatible con éste.

#### 8.2.4. Doctrina en el ámbito laboral.

Cuando se produzca el conflicto, será resuelto por la jurisdicción competente y también, en último término, por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.<sup>1335</sup> Los órganos competentes son los Juzgados de lo Social.

##### 8.2.4.1. Una conducta digna.

La posibilidad que se exija una determinada conducta privada al trabajador no es, sin embargo, exclusivo de las organizaciones ideológicas y no supone, una vez más, sino la aplicación a estas organizaciones singulares de los principios y normas generales del Derecho laboral interpretados de conformidad con los derechos y libertades fundamentales que en ellas se desarrollan.<sup>1336</sup>

Es exigible y ordenable contractualmente una conducta “digna” al trabajador cuando “el tipo de trabajo” sea de tal naturaleza que su eficacia y virtualidad se pierdan o disminuyan si el trabajador desmerece ante la generalidad o sectores de público, cuando la indignidad repercute en el prestigio o perjudica seriamente la buena imagen de la empresa. Es decir, las advertencias sobre la conducta privada son admisibles si ésta puede afectar al trabajo.

##### 8.2.4.2. Jurisprudencia.

---

<sup>1335</sup> STC 5/1981 FJ. 11

<sup>1336</sup> Alonso Olea-Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, 11ª edición, Universidad Complutense, Madrid, 1989, pgs. 344 y ss.

Hay diversas sentencias de los Tribunales que exigen una conducta digna. Así el Tribunal Supremo afirma que “la empresa puede exigir a sus empleados una vida privada no desmerecedora en el concepto publico, a partir del modo normal y corriente de entenderse las buenas costumbres; por obvias razones, entre las que destaca el interés legítimo del patrono de mantener el prestigio de la empresa a través de una moralidad usual de los trabajadores, máxime dada la naturaleza del empleo del demandante, por lo que la reglamentación interior así dispone<sup>1337</sup> que considera grave o muy grave la asistencia habitual o frecuente a lugares donde se juegue dinero o se crucen apuestas, participando en ellas en cuantía desproporcionada a sus ingresos”. Y les exige observar la buena conducta oficial y privada que puede trascender al prestigio de la empresa.<sup>1338</sup>

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1987 trata de un profesor con una antigüedad de más de diez años en el colegio Corazón de Jesús, que se le vio en estado de embriaguez en público, y a la vista de varios alumnos y sus padres, con el consiguiente escándalo; se repitió este tipo de hechos con cierta asiduidad siendo de dominio publico su actitud de embriaguez frecuente, ocasionando, por ende, un enorme desprestigio para la empresa ya que impartía enseñanza a niños de ocho a once años. Hubo repetidas quejas de padres, solicitando que cambiaran a sus hijos de clase, dada su mala fama y trato seco y adusto con los alumnos. El juzgador afirmó que “como consecuencia de su conducta fuera del colegio donde da clases de enseñanza, en cuanto a la ingestión de bebidas alcohólicas, ha dado lugar a reiteradas quejas de los padres de alumnos, asimismo su conducta en el centro por su estado, ha tenido una repercusión negativa en su contenido laboral hasta el punto de traducirse en un mal servicio en el colegio, según las manifestaciones de los testigos, dando lugar a que dadas las quejas en el grupo que imparte las clases el actor, el número sea más reducido que en el otro existente, y que se celebrara una reunión de padres, profesores y empresa y se acordara por mayoría despedirle, ya que su conducta privada repercute en su contenido laboral dando lugar a un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones, sancionable con despido disciplinario”.<sup>1339</sup>

#### 9. SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO EN UNA RELACIÓN LABORAL DE CONTENIDO IDEOLÓGICO.

Cuando hay incumplimiento de la prestación que se exige al trabajador, se le aplica una causa genérica de extinción del contrato de trabajo establecidas por el E.T.- artículo 49-, entre las que cabe señalar las siguientes:

- Despido disciplinario (artículo 54 E.T.), que supone la extinción del contrato por decisión del empresario fundada en un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones que al trabajador le son propias. Estas causas son: a) por indisciplina o desobediencia en el trabajo (artículo 54 b.); b) por transgresión de la buena fe contractual en el desempeño del trabajo (artículo 54 d.); c) por embriaguez habitual o toxicomanías (artículo 54 f.).

---

<sup>1337</sup> Se trata del Reglamento de trabajo del Banco de España.

<sup>1338</sup> STS de 26 de octubre de 1965, considerandos 2 y 3 (RJ. 4816); Vid. STS de 3 de diciembre de 1980 (RJ. 4868) despido procedente por malos tratos de palabras u obra al empresario; STS de 11 de octubre de 1990, FJ. 5 (RJ. 7542) despido procedente por ofensas verbales: maledicencia injuriosa, había ánimo de inferir daño moral a sus superiores.

<sup>1339</sup> STS de 23 de marzo de 1987, FJ. 1 y 3 (RJ. 1654).



- Despido por causas objetivas (artículo 52 E.T.) entre las que se encuentran: a) por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (artículo 52 a.); b) cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción recogidas en el artículo 51.1 E.T. (artículo 52 c.).

#### 9.1. Despido disciplinario por causas imputables al trabajador.

Es preciso que se de un incumplimiento previo, grave y culpable por el trabajador. La gravedad se determina atendiendo al incumplimiento mismo, a las circunstancias en que se produzca, el ámbito o medio de trabajo, el puesto de trabajo, la cualificación, profesión u oficio. Y el incumplimiento culpable significa que el trabajador ha de manifestar una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus deberes laborales lo que origina el despido.

El empresario tiene un poder de dirección en base al contrato de trabajo, poder de dirección que se fundamenta no solo en el deber de protección del trabajador sino también en el correlativo poder disciplinario, sin el cual aquél sería una mera autoridad moral, sin sanción jurídica eficaz.<sup>1340</sup>

Cuando se trata de una *relación de contenido ideológico* la prestación esta particularmente modalizada, no se pide una prestación cualquiera sino aquella específicamente requerida y que es conforme con la orientación de tendencia de la organización de que se trate. Esta prestación *reclama una mayor sujeción* al poder de dirección.<sup>1341</sup>

Y cuando se trata de centros privados el poder de dirección del empresario tiene por objeto la tarea docente del profesor. El empresario puede y debe acceder a esa tarea, no para atentar contra la libertad del profesor, sino para modalizar la actividad según lo establecido en el contrato. Así el Tribunal Constitucional afirmó que “el profesor es libre como profesor...sin embargo su libertad es libertad en el puesto docente que ocupa en un determinado centro”(STC 5/1981, FJ.10) y “el ejercicio ordenado de su prestación debe realizarse respetando el poder de dirección del empresario” ( STC 5/1981, FJ.9). La libertad de cátedra debe atender a la naturaleza del centro –pública o privada- y el nivel o grado educativo.<sup>1342</sup>

##### 9.1.1. Desobediencia o indisciplina del trabajador.

Entre las causas de despido disciplinario se encuentra la desobediencia o indisciplina del trabajador. El Tribunal Central de Trabajo (TCT) confirma la sentencia de Magistratura en la que declaraba procedente el despido de un profesor de religión de un centro privado por mantener una actitud en las tareas docentes contrarias a los principios que inspiraban la educación del centro. Se trataba de un sacerdote, profesor de religión en un centro privado de enseñanza en Santiago de Compostela, que publicó un libro titulado “Prostitución y Sociedad” y con este motivo una revista de información general le hace una entrevista, que tuvo repercusión “en la prensa regional y en la opinión pública”, en la que hacía manifestaciones acerca de la Iglesia, su jerarquía, la

---

<sup>1340</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción...* cit., p. 247.

<sup>1341</sup> Ibidem, p. 253

<sup>1342</sup> Ibidem, p. 253

misa y el matrimonio. Algunos padres de alumnos del colegio escribieron cartas quejándose de ello.

El TCT afirma que “es cierto que la Constitución consagra la libertad de expresión y la libertad de cátedra... de donde se sigue que si no puede negarse el derecho que hoy el recurrente tiene a expresar y difundir libremente sus pensamientos, ideas, opiniones... no lo es menos que podrá hacerlo utilizando las tribunas y medios de difusión que le sean propicios... *pero no proyectando y trascendiendo tal conducta en su función educadora* por cuenta y dependencia ajena, en un centro que, en uso de un derecho igualmente legítimo y amparado por la Constitución, quiere imprimir en su función un matiz distinto sea el que sea”.<sup>1343</sup>

Otaduy considera que la vía utilizada por el Tribunal para fundar la procedencia del despido ha sido la de considerar que el “profesor como asalariado del centro como empresa, ha de respetar el poder de dirección de ésta, y su proceder es encuadrable en el artículo 33 del RD de 4 de marzo de 1977 que sancionaba *la desobediencia a las órdenes del empresario* ajustadas a derecho y dentro de sus atribuciones”.<sup>1344</sup>

Mientras que Baylos Grau, aún estando conforme con el fallo, considera que la argumentación de la sentencia es incorrecta técnicamente, ya que parte de configurar la libertad de expresión y la libertad de cátedra como derechos limitados por la libertad de creación de centros docentes, de forma que las primeras no pueden proyectarse en la función educadora si el dueño del centro de enseñanza quiere imprimir un matiz distinto a la misma, puesto que lo contrario supondría, se dice, la infracción del principio de igualdad ante la ley, sin duda por impedir a éste la libre expresión de su ideología. Y añade el autor citado que “o bien en la sentencia se quiere hacer extensivo este planteamiento a la práctica totalidad de las empresas o lo que se está defendiendo es la injustificada situación de privilegio de unas empresas respecto de otras, por lo que esta contraposición ideológica no puede saldarse con el despido del profesor, y por tanto también es contradictorio la alegación del artículo 14 CE”. Por otra parte en su opinión, la sentencia fundamenta el fallo en *el deber de lealtad del trabajador*, y en este sentido, no es exigible una adhesión personal del trabajador al proyecto educativo. Considera como solución alternativa *el incumplimiento de la obligación contractual*.<sup>1345</sup>

En torno a esta sentencia hay que tener en cuenta varios aspectos:

- Se trata de una sentencia anterior al AEAC de 1979, por lo que todavía estaba vigente el Concordato de 1953, cuyo artículo XXVII establecía que “la posesión del certificado expedido por el Ordinario constituye una presunción iuris et de iure de idoneidad y capacidad para la enseñanza”. Además de que consta que era sacerdote.
- No se había dictado la STC 5/1981 de 13 de febrero que establece una doctrina en torno a este tema, que menciona como requisitos a tener en cuenta: la naturaleza de la actividad, la notoriedad y la intencionalidad. Ni tampoco se había dictado la STC 47/1985 de 27 de marzo.
- En los comentarios se habla de una prevalencia de unos derechos fundamentales sobre otros, y no de armonización de cada uno de los derechos que concurren y el respeto al contenido esencial de los mismos.
- Y por último, recordar lo que dijimos al referirnos a la buena fe contractual, que el trabajador tiene la obligación de no dañar a la empresa denigrando públicamente sus

<sup>1343</sup> STCT de 30 de mayo 1979, Considerando 4, (RJ.3603).

<sup>1344</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción...* cit., p. 254

<sup>1345</sup> Baylos Grau A, *Despido de un profesor de religión en un colegio privado*, Revista de Política Social, número 126, 1980, pgs. 263-270

productos, con la particularidad de que no son artículos manufacturados o comerciales sino ideas. Y debe abstenerse de comportamientos que, además de traducirse en manifestaciones ideológicas contrarias, estén acompañadas de propaganda tal, susceptible de desviar la clientela, de convencer a los destinatarios del mensaje de la organización a una concepción distinta.<sup>1346</sup>

Así una sentencia posterior del Tribunal Supremo subraya que la “libertad de expresión no es un derecho ilimitado sino que ha de mantener un necesario equilibrio con otros derechos fundamentales... la valoración de los límites de la libertad de expresión ha de hacerse de acuerdo con el principio de la buena fe, que presenta condicionamientos particulares en las relaciones laborales derivados del respeto al interés del empresario y a la exigencias mínimas de convivencia en el medio de trabajo”.<sup>1347</sup>

Otro supuesto de despido disciplinario por acto de indisciplina o desobediencia, si bien no se refiere expresamente a centro docente, es el un trabajador que se negó a realizar la tarea para la que se le había contratado por ir en contra de sus ideas religiosas –se niega a realizar una actividad de carácter bélico por ir en contra de sus convicciones religiosas-. El Tribunal Supremo manifestó que “ya que como se acredita, el despido se produjo como sanción a una específica infracción, prevista en la vigente LCT y la posible objeción opuesta de pertenecer el trabajador a una confesión religiosa no católica que pudiera coartar su libertad de actuación en la esfera laboral, no puede hacer variar aquella decisión, ya que la indisciplina o desobediencia derivadas de un motivo de conciencia, cuando se acepta un puesto de trabajo incompatible con determinadas limitaciones nacidas de la religión que se profesa, *que no son advertidas oportunamente a la Empresa*, son actos que no pueden justificarse como el ejercicio de derechos reconocidos en convenios internacionales..”.<sup>1348</sup>

#### 9.1.2. Transgresión de la buena fe contractual.

Puede producirse la extinción del contrato laboral por transgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador. Éste es un concepto amplio que engloba la violación de todos los deberes de conducta recogidos en el artículo 5 del E.T. (STC de 10 de diciembre de 1981).

El deber de buena fe actúa como un deber de corrección en el cumplimiento de las obligaciones básicas derivadas del contrato de trabajo.<sup>1349</sup> La deslealtad apreciada en una relación laboral de contenido ideológico actúa con mayor firmeza que en otros supuestos porque mediante la conducta sancionada podría verse afectados los principios ideológicos inspiradores de la empresa, “cuestión privativa de la dirección”.<sup>1350</sup>

Este principio actúa de distinta forma, por ejemplo, en el periodo de prueba, donde una actitud simulatoria del trabajador para atentar contra la orientación ideológica de la organización una vez adquirida la plena estabilidad contractual, no

---

<sup>1346</sup> Vid. Blat Gimeno, *Relaciones laborales...*cit., p. 93

<sup>1347</sup> STS de 11 de octubre de 1990, FJ. 5 (RJ.7542); Vid., SSTC 1/1998 de 12 de enero, FJ.3; 80/2001 de 26 marzo, FJ.3; 90/1999 de 26 de mayo, FJ.3.

<sup>1348</sup> STS de 3 mayo de 1978, (RJ. 1881), Revista de Política Social, núm. 120, p. 249.

<sup>1349</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción...* cit., p. 258.

<sup>1350</sup> Como recoge la STCT de 30 de abril de 1980, considerando 2.

puede considerarse negligencia o culpa in contrahendo del empresario. En rigor debería procederse a la extinción del contrato a través de la nulidad por dolo.<sup>1351</sup>

Mientras que una vez contratado y a lo largo de dicha relación laboral se produce un cambio de creencias en el trabajador, y este cambio repercute en la relación laboral dando lugar al incumplimiento de la prestación, hay que estar al caso concreto y comprobar si se dan una de las causas de extinción del contrato.

Un supuesto calificado de deslealtad o transgresión de la buena fe contractual lo recoge la sentencia de Magistratura de Barcelona número 603/1976 de 30 de abril. Trata del despido por deslealtad del Jefe de Gabinete de prensa de la Cruz Roja Española, el motivo fue que aceptó dirigir una revista obscena, sin habérselo comunicado a la entidad titular para la que trabajaba. La sentencia afirma que “en lo concerniente a la Cruz Roja, conviene destacar que, aún siendo una empresa, su condición no es industrial ni mercantil, sino ideológica, dado que se dedica a promover sentimientos de solidaridad social y a realizar acciones acordes con los mismos”.<sup>1352</sup> Considera que la empresa editora de la revista persigue no solo un “inconfesable móvil lucrativo sino también una finalidad de carácter ideológico: la de operar como instrumento tergiversador de actos y valores éticos”.<sup>1353</sup> Y añade, de todo lo cual “no parece inadecuado calificar de deslealtad la ocultación por el demandante de haber aceptado dirigir esa revista, ya que los servicios del demandante debía ser prestados con fidelidad. *Fidelidad que en cualquier empresa ideológica no puede existir sin una sincera adhesión a su particular ideario*, que en el caso de la Cruz Roja, es elevado y noble”.<sup>1354</sup>

Podemos observar que se trata de una sentencia de 1976, anterior a la Constitución de 1978, a partir de entonces desaparece la fidelidad a la empresa como un deber autónomo del trabajador, de especial cualificación respecto a la genérica buena fe del derecho civil.<sup>1355</sup> Así el Tribunal Constitucional afirma refiriéndose al ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de expresión que “nuestra propia jurisprudencia ha venido admitiendo que el ejercicio de la libertad de expresión por el trabajador, en su relación con el empresario, debe desarrollarse *conforme a las exigencias de la buena fe, si bien tal exigencia de buena fe no debe confundirse con la existencia de un genérico deber de lealtad a la empresa que fuera omnicomprendido de una situación de sujeción al interés empresarial* (STC 106/1996, 186/1996) pues es necesario preservar el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito –modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional”.<sup>1356</sup>

---

<sup>1351</sup> Ibidem, p. 260.

<sup>1352</sup> Considerando 4.

<sup>1353</sup> Considerando 6.

<sup>1354</sup> Considerando 5. Hay que recordar que cuando se trata de centros docentes con ideario, el trabajador está obligado a respetar el ideario de la organización, siendo éste conforme con los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales de los demás miembros. Ya que una actividad contraria al ideario puede ser causa de despido si ello es probado por quien alega el despido.

<sup>1355</sup> Recuérdese la STC 120/1983, de 15 de diciembre, el deber de buena fe, referido a los artículos 5.a), 20.2, y 54.2.d) del E.T. entraña simplemente una modalización de la obligación básica de prestar el trabajo y no configura un concepto distinto, de mayor intensidad cualitativa o cuantitativa a la noción del Código civil. Pero el Alto Tribunal subraya que “ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual”. Vid. Blat Gimeno, *Relaciones laborales ... cit.*, p. 92.

<sup>1356</sup> STC 1/1998 de 12 de enero, FJ. 3.

Pero también la jurisprudencia conecta el deber de buena fe con el deber de fidelidad y con los postulados de honor y hombría de bien inherentes al contrato de trabajo.<sup>1357</sup> En este sentido, se entiende vulnerado el deber cuando se ha desatendido el deber de fidelidad implícito en toda prestación de servicios, que ha de observarse “con celo, probidad y buena fe para no defraudar los intereses de la empresa ni la confianza en el trabajador depositada”.<sup>1358</sup> Así pues, el deber de buena fe se conformaría como un criterio de valoración de conductas, que no permitiría la actuación del trabajador en función de su interés exclusivo con pérdida del sentido de la utilidad común,<sup>1359</sup> exigiéndole, como también al empresario, la obligación de que su conducta se acomode a las pautas de lealtad, honradez y “respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro”<sup>1360</sup> de modo que el empresario y trabajador tiene derecho a esperar de la contraparte una actuación leal, fiando y confiando en que su actuación sea social y contractualmente correcta”.<sup>1361</sup>

Queda fuera de las facultades empresariales de despido disciplinario por transgresión de la buena fe, la conducta privada del trabajador, siempre que no repercuta negativamente en la esfera laboral, de modo que se garantice y proteja el derecho a su vida privada salvo “cuando su conducta privada repercuta negativamente sobre la prestación de trabajo”, en cuyo caso el empresario podrá sancionar al trabajador con base en esta causa.

También hay que señalar que el empresario no es el único destinatario del deber de buena fe del trabajador, sino también los compañeros de trabajo y terceros relacionados con la empresa.

Por último la transgresión de la buena fe como causa de despido, ha de ser grave, es decir, objetivamente antijurídica, y culpable, expresión amplia que puede, entre otras cosas, referirse al grado de conciencia del propio incumplimiento en que se halla el trabajador, pero según distintas sentencias, no se exige una intencionalidad dolosa por aquél, sino que basta un comportamiento negligente, imprudente o de descuido.<sup>1362</sup> Y para valorar si sus manifestaciones han supuesto tal transgresión se tendrá en cuenta el ánimo del trabajador, si su intencionalidad era la meramente informativa, declarativa o la crítica, el ámbito de difusión de dichas opiniones y las dimensiones de la localidad.<sup>1363</sup>

Otras de las causas de despido disciplinario es por embriaguez habitual o toxicomanías (artículo 54 f.) que recoge la STS de 23 de marzo de 1987, a la que ya nos hemos referido y a la que nos remitimos.<sup>1364</sup>

---

<sup>1357</sup> Aguilera Izquierdo R., *Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, Editorial Navarra, 1997, p. 35; Vid. Quintanilla Navarro, *¿despido discriminatorio de un profesor de religión, por ejercicio del derecho a la libertad de expresión o transgresión de la buena fe contractual del trabajador?*, Aranzadi de lo Social, 2000, p. 2959

<sup>1358</sup> SSTS de 4 de marzo de 1991 (RJ. 1822); 8 de julio de 1983 (RJ.3746); 19 de septiembre de 1983 (RJ. 4253); 8 de octubre de 1983 (RJ. 5079)

<sup>1359</sup> SSTS de 25 de junio de 1990 (RJ.5515); 22 de mayo de 1986 (RJ. 2609)

<sup>1360</sup> Aguilera Izquierdo R., *Las causas de despido disciplinario...cit.*, p. 36

<sup>1361</sup> STSJ La Rioja de 8 de abril de 1991 (AS. 2569); STSJ Cantabria de 30 de marzo de 1992 (AS. 1329).

<sup>1362</sup> SSTS de 21 de julio de 1988 (RJ.6620); 21 de enero de 1990 (RJ. 206)

<sup>1363</sup> Llamazares D., *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1991, p. 654 y ss.

<sup>1364</sup> RJ. 1654, FJ. 1 y 3. En el epígrafe 8.2.4.2 Jurisprudencia, haciendo referencia a una conducta digna.

## 9.2. Despido por razones objetivas.

Las causas a las que nos vamos a referir son las siguientes: por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida a su colocación efectiva (artículo 52.a) E.T.); y por necesidad objetivamente acreditada de amortizar puesto de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción recogidas en el artículo 51.1. del E.T. (artículo 52.c) E.T.)

### 9.2.1. Ineptitud sobrevenida

Si el hecho que origina la ineptitud es conocido por el empresario, convalida la ineptitud. Incurrir en ineptitud sobrevenida quien, después de haber celebrado un contrato de trabajo, y siendo efectivamente apto para su realización por haber demostrado su habilidad, realiza un cumplimiento defectuoso, motivado por una pérdida de aptitud. Es decir, que exige una prestación defectuosa del trabajador.

Puede ser de dos clases, física e intelectual. En una relación laboral de contenido ideológico la ineptitud sería de carácter intelectual.<sup>1365</sup> Esta pérdida de aptitud se refiere a los dos contenidos que integran la prestación, tanto el profesional como el ideológico, por la naturaleza indivisible de la misma.

Los deberes de diligencia y colaboración del artículo 20.2 E.T. que un trabajador ha de prestar al empresario, en la práctica está unida a la declaración de ineptitud; y las facultades de dirección del empresario por la naturaleza –ideológica, se entiende- de la relación, alcanza a facetas de la actividad del trabajador que en una relación de carácter ordinario son ajenas al contrato de trabajo.<sup>1366</sup> En materia de educación se ha hablado de “incapacidad moral sobrevenida”.

Se dio un supuesto de despido de una profesora de religión en el colegio Sagrado Corazón de las Palmas de Gran Canarias por contraer matrimonio civil con un sacerdote secularizado. La causa alegada en la carta de despido fue la transgresión de la buena fe contractual del artículo 54.d) E.T., en base al artículo 30 del Estatuto del centro que disponía que “los profesores podrán cesar en el ejercicio de sus funciones por la “transgresión o inobservancia” de la línea educativa del centro”.

La Magistratura de Trabajo número 1 de las Palmas, en sentencia de 11 de marzo de 1982 afirma que “el respeto al ideario ha de referirse al contenido de la enseñanza y no a la vida privada del profesor. Si bien la conducta de la actora -al haber contraído matrimonio civil con sacerdote secularizado- había de encuadrarla en el marco de la legalidad,... siendo la religión la asignatura explicada por la actora, surge la duda sobre la capacitación para ello, pues su actitud legal desde el punto de vista civil, infringe, no obstante, las disposiciones del Derecho Canónico, relacionándose así su capacidad profesional no con el aspecto del conocimiento en sí de la asignatura sino en el aspecto moral o con cuestiones de fe, tanto por la ejemplaridad que puede entrañar su conducta como por la falta de carisma para impartir tal enseñanza”. También se refiere al artículo 3 de la O.M. de 16 de julio de 1980 que dispone “la necesidad de obtener la conformidad del Ordinario diocesano para el nombramiento de los profesores de religión, así como para el cese de los mismos, siendo por tanto, tal autoridad eclesiástica

---

<sup>1365</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción...* cit., p. 230 y ss.

<sup>1366</sup> *Ibidem*, p. 234

quien tendrá la facultad para decidir sobre la idoneidad de dichos profesores en los centros privados de enseñanza”<sup>1367</sup>.

El órgano juzgador no entra en el fondo del asunto, declara improcedente el despido, señalando que no hay transgresión de la buena fe contractual del artículo 54.d) E.T. sino que se trata de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida del artículo 52.a) E.T.. No se trata de considerarla incapaz para la enseñanza por falta de conocimientos sino por contradicción entre el contenido de sus enseñanzas y su vida privada. En el Fallo condena a la empresa a que readmita a la actora en su puesto de trabajo o se le indemnice.

Otaduy señala que el considerando tercero alude a una “*incapacidad moral sobrevenida*” y considera que en este caso la presencia de un “elemento espiritual” es el que determina la ineptitud; como la prestación exigida es de naturaleza intelectual el hecho sobrevenido incide directamente sobre ella e impide su cumplimiento.<sup>1368</sup>

Como se ha dicho, la sentencia no entra en el fondo del asunto quedándose solo en la forma. En relación con ello conviene señalar la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que “los Tribunales han de procurar la defensa del derecho, sin ampararse en reglas formalistas que pueden dejar a aquel sin tutela por muy consagrada que esté en la tradición jurisprudencial en los casos de despido, abstenerse de entrar en los hechos invocados cuando el despido presenta defectos de forma. Esta actuación, en otros casos perfectamente legítima, es insuficiente cuando está en juego un derecho fundamental. Y ello por varias razones, primera, porque con ella el órgano judicial se queda en el plano de la legalidad sin adentrarse por el de la constitucionalidad a que aquella le conduce; segunda, porque al pararse ahí, incumple con el deber de tutela que la Constitución le impone, ex artículo 53.2; tercera, porque si tal actuación bastara sería facilísimo, para cualquier empresario, encubrir un despido en verdad discriminatorio... y contrario a algún derecho fundamental bajo la apariencia de un despido sin causa; cuarta, porque la declaración de nulo con nulidad radical, que implica la necesaria readmisión y no permite la indemnización sustitutoria que es posible en los casos de despido simplemente nulos”.<sup>1369</sup>

En opinión de Moreno Botella ofrece interés la sentencia en cuanto que en el respeto al ideario de los centros docentes distingue el contenido de la enseñanza y la vida privada del profesor y afirma que ésta puede ser importante a la hora de justificar un despido si afecta a la capacidad profesional. La autora, sin examinar la vía más apropiada para justificar el despido, considera que en este supuesto sí está justificado dicho despido, pues como ha dicho el Tribunal Constitucional “la posible notoriedad, la naturaleza de la actividad (extradocente) e incluso su intencionalidad, pueden hacer de ellas parte importante e incluso decisiva, de la labor educativa que le está encomendada” (STC 5/1981). En este sentido el respeto al ideario, incluso en la vida privada de un profesor, puede formar parte del objeto del contrato.<sup>1370</sup>

---

<sup>1367</sup> Magistratura de Trabajo número 1 de las Palmas de Gran Canarias, sentencia número 269 de 11 de marzo de 1982, considerandos 2 y 3.

<sup>1368</sup> Otaduy Guerin J., *La extinción ...* cit., p. 235.

<sup>1369</sup> STC 47/1985 de 27 de marzo FJ. 5; Vid. Fernández López M.F., *Libertad ideológica...* cit., p. 423.

<sup>1370</sup> Moreno Botella G, *La identidad...* cit., p. 98. Hay que recordar que impartía enseñanza de religión católica, disciplina de contenido confesional, el CIC exige a tales profesores, además de recta doctrina, integridad de vida (c. 803.2) y aptitud pedagógica, testimonio de vida cristiana (c. 804.2) y el que decide sobre la idoneidad de los profesores de religión es el Ordinario del lugar que los autoriza cada curso académico.

El supuesto resuelto por la STC 47/1985 de 27 de marzo se trata de una profesora no católica que imparte enseñanza en un colegio privado con ideario católico, pero no enseñaba la asignatura de religión, sino otra de contenido no confesional.

Existe una polémica doctrinal, entre aquellos autores que consideran que en los centros docentes con ideario todos los profesores desarrollan un empleo de tendencia cuyo desempeño requiere determinadas condiciones ideológicas;<sup>1371</sup> y aquellos que consideran que es distinto impartir enseñanza de contenido confesional, por ejemplo la religión, que impartir, por ejemplo matemáticas o física, ya que no toda conducta extraacadémica contraria al ideario es suficiente fundamento para el despido del profesor, ni todos los profesores están afectados en su vida privada por el ideario.<sup>1372</sup>

Martínez Blanco manifiesta que la docencia sin contenido ideológico evidente, es decir, en las que no hay la conexión directa entre docencia e ideario –como son casi todas- a excepción de la Teología, la Filosofía, la Ética (o Filosofía Moral), la religión o la política, en estos supuestos la vida extralaboral del profesor solo afectará al ideario en caso de grave y escandaloso incumplimiento de las leyes civiles (conductas delictivas) o canónicas (apartamiento ostensible de la verdad fundamental del magisterio) o de las buenas costumbres, por ejemplo, embriaguez fuera del horario laboral, que indudablemente afecta a la integridad de la vida.

En la docencia de asignaturas de contenido ideológico evidente, especialmente la religión y moral católica, añade el autor, en el supuesto comentado de la sentencia de 11 de marzo de 1982 en la que se apreció ineptitud sobrevenida para impartir la asignatura de religión por falta de “ejemplaridad” y carisma al infringir los preceptos del Derecho Canónico, indudablemente una falta de testimonio cristiano, según la doctrina oficial de la Iglesia, puede empañar la labor docente, pues, aquella, en mayor medida que otras disciplinas, no es solo instrucción sino formación y aún más, es verdad a creer y a vivir.<sup>1373</sup>

La asignatura de religión tiene una función distinta en el centro docente público que en el centro docente privado con ideario. En el centro público la religión no es catequesis, no tiene la finalidad de transmisión de la fe, sino de propiciar el encuentro entre fe y cultura, solo así se justifica la enseñanza de la religión en la escuela democrática y plural.

En la escuela privada confesional católica, la religión como asignatura tiene esta finalidad junto a la de instrucción, de transmitir y cultivar la fe católica y por ello en la escuela confesional “el testimonio” del profesor de religión es más necesario y forma parte de la prestación laboral.<sup>1374</sup>

Pero ello no lleva necesariamente a la conclusión de que esté justificado el despido de una profesora de religión por contraer matrimonio civil con divorciado, ni tampoco para el supuesto de matrimonio civil con secularizado<sup>1375</sup>- añade Martínez Blanco- porque si esta última condición se obtuvo por los cauces legales del derecho de la Iglesia, el único motivo de despido es el simple hecho de contraer matrimonio civil, lo que, si infringe la obligatoriedad de la forma canónica, es totalmente conforme al derecho civil español, al ordenamiento jurídico español en cuyo ámbito se sitúan

---

<sup>1371</sup> Otaduy Guerin J., La extinción... cit., p. 237.

<sup>1372</sup> Llamazarez Fernández D., Derecho Eclesiástico... cit., p. 581; Moreno Antón M., Vida privada... cit., p. 175.

<sup>1373</sup> Martínez Blanco A., *Los derechos fundamentales de los fieles...* cit., pgs. 288-289

<sup>1374</sup> *Ibidem*, pgs. 289-290.

<sup>1375</sup> Sentencia Magistratura de Trabajo de Las Palmas de 11 de marzo de 1982



también los centros docentes privados concertados, pues aquí, no nos movemos en el ámbito del dogma o moral católica o del Derecho Canónico, sino en el ámbito del Estado.<sup>1376</sup>

9.2.2. Por necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del artículo 51.1. del E.T.-

Hay un supuesto en Logroño en que la extinción del contrato de trabajo de un profesor se quiso basar en la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo (artículo 52.c) E.T.) pero no prosperó esta pretensión porque no se cumplían los requisitos exigidos por el E.T.. La sentencia admite la posibilidad de despido disciplinario “si pudiera existir una incompatibilidad del actor con el ideario del centro a cuyo respeto está obligado”.<sup>1377</sup>

Existe otro caso de despido de un profesor, titulado en Filosofía y Letras, vinculado laboralmente a una empresa educativa con ideario del Opus Dei, en el que se practicaba la preceptuación, práctica a la que el demandante había *manifestado* su oposición ya que entorpecía la marcha normal de las clases y así quedó probado en autos mediante prueba testifical. El motivo alegado en la carta de despido fue “por razones técnicas, organizativas y productivas” llevadas a cabo en el concierto educativo y que consistían en la transformación de dos unidades de Primero de Formación Profesional en dos unidades de Ciclos Formativos de Grado Superior y en el reagrupamiento de clases entre el profesorado de Formación Profesional II.

El profesor impugna el despido alegando que bajo la apariencia de un despido por causas objetivas se escondía un ataque a su libertad ideológica y de cátedra, ya que era conocida su oposición a la práctica de la preceptuación.

El juez estima las alegaciones y declara el despido nulo de nulidad radical por vulneración de derechos fundamentales, ordenando su readmisión y abono de salarios de trámites.<sup>1378</sup> En este caso el juez no debe valorar el alcance de las discrepancias del docente con el ideario del centro, sino la procedencia del despido objetivo y, antes de ello, si el despido no encubre una represalia por el ejercicio del específico derecho fundamental que la Constitución reconoce a los docentes en el artículo 20.1.c)<sup>1379</sup>

El juzgador<sup>1380</sup> recuerda que corresponde al demandante la aportación de los indicios que fundamente sus alegaciones de que el despido obedece a móviles contrarios a los derechos fundamentales y al demandado –afirma- “no se trata de exigir al empresario una prueba diabólica de la inexistencia misma de la lesión, entre otras razones porque las calificaciones jurídicas no se prueban sino que se deducen de los hechos a probar. Se le exige una especial diligencia en la actividad probatoria. Ha de probar que posee “causas suficientes, reales y serias como para entender como razonable la decisión empresarial” y que no obedece a una conducta discriminatoria o lesiva de un derecho fundamental”(FJ. 3).

El juez recoge al menos tres indicios, “más que acreditados los indicios de que la carta de despido obedece a motivos discriminatorios” (FJ.4). Estos son los siguientes: “había unas 45 horas que el profesor despedido, por capacitación y titulación, estaba

<sup>1376</sup> Martínez Blanco A. *Los Derechos fundamentales de los fieles*, cit., p. 290.

<sup>1377</sup> Magistratura de Trabajo de Logroño, sentencia núm 471/1982, de 29 de noviembre.

<sup>1378</sup> Juzgado de lo Social de Sevilla, sentencia 100/2001 de 31 de marzo.

<sup>1379</sup> Tárrega Poveda, *Indicios y prueba en el despido...* cit., p. 3041

<sup>1380</sup> Vid. Artículos 96 y 179.2 de L.P.L.

capacitado para impartir, horas que fueron cubiertas mediante nueva contratación y ampliación de horarios de otros profesores. *El despido no era, por tanto, una medida necesaria*".

Y ahora el empresario debía destruir la presunción probando que existe causa justificadora suficiente (FJ.4) y no lo consigue. "Es cierto que la selección de los trabajadores afectados por el despido objetivo corresponde al empresario como expresión de su facultad de dirigir la empresa y manifestación del poder de dirección y control de la actividad empresarial que le reconoce el artículo 20 del E.T...No puede olvidarse que el contrato de trabajo es un contrato personalísimo, por lo que no es reprochable que el empresario pueda preferir a uno u otro trabajador en función de determinadas circunstancias legítimas con la calidad de la prestación, elemento no discriminatorio ante la reversividad de amortizar un puesto de trabajo. En cualquier caso la designación no puede ser caprichosa o arbitraria debiendo ser consecuente con los fines buscados y respetar el principio de que la amortización de puestos de trabajo se materialice del modo en que ocasione el menor sacrificio posible de intereses ajenos (FJ. 4, párrafo 7).

El empresario alegó también antigüedad, pero el juez afirmó que "la antigüedad en la empresa no podrá ser un criterio a tener en cuenta, sino que serán razones de oportunidad o razones de índole productiva u organizativa las que deberán ser tenidas en cuenta, y de estas razones "estamos en ayunas", basta la lectura de los hechos, tercero a sexto, no probados por el empresario para concluir que estamos ante un despido nulo radical" (FJ. 4, párrafo 8 in fine)

El juzgador considera que la práctica de la preceptuación durante el curso escolar supone un atentado a la libertad de cátedra del actor. Éste con su protesta, descontento y con conocimiento colectivo de su disconformidad, actuó en defensa de un derecho que como docente le atañe. Es difícil entender como se puede dar clase con siete u ocho interrupciones por hora lectiva" (FJ. 2 último párrafo).

No aparece muy explicado en la sentencia si esta práctica forma parte del ideario del centro, ni por qué prevalece la libertad de cátedra frente a él, pero la carta de despido se articula en base a un despido objetivo y no al desacuerdo del profesor con el ideario; y los indicios de que el despido obedeció al ánimo de lesionar la libertad de cátedra son claros.<sup>1381</sup>

### 9.3. Despido y centros concertados con ideario.

Al titular del centro concertado le resulta más difícil que al titular del centro no concertado proceder al despido del profesor que no está de acuerdo con el ideario, por el conjunto de garantías que el régimen de conciertos introduce a fin de reforzar la estabilidad del profesor frente al despido discriminatorio, y por ende, su libertad de cátedra.<sup>1382</sup>

La iniciativa del despido corresponde al titular del centro ya que, aunque la LODE no lo reconoce expresamente, la da por supuesta en el artículo 60.6<sup>1383</sup> al requerir el pronunciamiento previo del Consejo escolar, al disponer: "el despido de profesores de centros concertados requerirá que se pronuncie previamente el Consejo Escolar del centro mediante acuerdo motivado por la mayoría absoluta de sus miembros".

---

<sup>1381</sup> *Ibidem*, p. 3042.

<sup>1382</sup> Lozano B., *La libertad de cátedra...* cit., p. 316.

<sup>1383</sup> Modificado el artículo 60 por Disposición Final 1ª punto 7 de la LOPEGCD de 1995, siendo actualmente el artículo 60.5.

### 9.3.1. El Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional recoge esta iniciativa del titular del centro al despido del profesor en la sentencia 77/1985 de 27 de junio FJ. 25 párrafo 2.

En el caso de que dicho acuerdo sea desfavorable se reunirá inmediatamente la Comisión de conciliación a que hace referencia el artículo 61.1 y 2.<sup>1384</sup> Esta Comisión estará compuesta por un representante de la Administración educativa competente, el titular del centro o persona en quien delegue y un representante del Consejo escolar (artículo 61.2) que podrán acordar por unanimidad la adopción de las medidas necesarias dentro del marco legal, para solucionar el conflicto.

Estas exigencias previas responden a una voluntad del legislador de someter la viabilidad del despido a unas instancias conciliadoras previas –como afirma el Tribunal Constitucional- cuya intervención está perfectamente justificada dada la trascendencia del acta desde el punto de vista del profesor.

El fracaso de estas instancias conciliadoras, sin embargo, no impide al titular del centro el proceder al despido una vez agotadas, al objeto de que sea la jurisdicción laboral, en su caso, la que decida el conflicto en los términos a que se refiere los fundamentos jurídicos 10 y 11 de la STC 5/1981 de 13 de febrero. Es aplicable el artículo 61.1.y 2. LODE –pero no los párrafos 3 y 4 de este artículo-, “esta exclusión parcial de la aplicación del artículo 61 ha de verse no solo *la marginación de toda intervención administrativa en materia de despido*, atendida la exclusividad del orden jurisdiccional laboral para pronunciarse sobre el mismo, sino también *el carácter no necesario del pronunciamiento favorable de la comisión de conciliación para que el despido pueda producirse*” (STC 77/85 FJ. 25).

### 9.3.2. El Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo en esta materia,<sup>1385</sup> ha negado toda procedencia a estas instancias conciliadoras, ya que, por un lado afirma que “el informe favorable del Consejo escolar no exime al titular de probar el incumplimiento del contrato de trabajo del profesor”, esto lo afirma en un supuesto en que declara la improcedencia del despido de una profesora que impartía clases en el Colegio Gredos San Diego, Sociedad Cooperativa Laboral, por considerar que los hechos imputados en la carta de despido – que se referían a ofensas verbales inferidas por la profesora a los alumnos- no habían quedado debidamente acreditadas. Y el colegio, recurriendo en casación, alegaba que los hechos habían sido probados y se remitía al acuerdo del Consejo escolar favorable al despido de la demandante y a un informe de la comisión designada por dicho Consejo.

El Tribunal Supremo afirma que “una cosa es que para el despido de profesores de centros docentes privados concertado, el artículo 60.6 LODE exija como trámite un informe previo del Consejo escolar del centro...y otra muy distinta que tal informe, en caso de ser favorable a la sanción, sea vinculante para el juzgador, como parece concluir la parte recurrente al decir que goza de presunción de veracidad, siendo obvio que dicho

---

<sup>1384</sup> También modificado por la LOPEGCD

<sup>1385</sup> Vid. Lozano B., *La libertad de cátedra...* cit., p. 317 y ss.

informe constituye una prueba más, valorable por el Juzgador en conjunción con las demás practicadas en el juicio, y del examen de todas ellas en su conjunto se ha extraído su convicción sobre el particular, como le autoriza el artículo 89.2 de la citada Ley Procedimiento Laboral, pretendiendo en definitiva sustituir el criterio del juzgador por el suyo propio”.<sup>1386</sup>

Y por otro lado, declaró<sup>1387</sup> la nulidad de los despidos impugnados por falta de pronunciamiento del Consejo escolar porque el Convenio Colectivo de la enseñanza privada vigente en esas fechas, “expresamente establece -en su Adicional 2ª- que la LODE y los Decretos que la desarrollan actúan como *derecho supletorio* del propio convenio, lo cual supone que se ha producido una “laboralización” de *las audiencias previas del Consejo escolar...actúa como requisito necesario para la validez formal del despido...determinando su inobservancia la nulidad del despido que se acordare omitiendo dicho requisito*”.<sup>1388</sup>

Otro aspecto a tener en cuenta es que el artículo 62.1 LODE dispone que son causas de incumplimiento del concierto por parte del titular del centro: proceder a despidos del profesorado cuando aquellos hayan sido declarados improcedentes por sentencia de la jurisdicción competente (artículo 62.1.f.) y separarse del procedimiento de selección y despido del profesorado establecidos en los artículos precedentes (artículo 62.1.e.).

Y estas causas se consideran graves cuando del expediente administrativo instruido al efecto y, en su caso, de sentencia de jurisdicción competente, resulte que el incumplimiento se produjo por ánimo de lucro, con intencionalidad evidente, con perturbación manifiesta en la prestación del servicio de enseñanza o de forma reiterada o reincidente.

Y este incumplimiento grave da lugar a las siguientes sanciones:

- Imposición de multa.- La Administración educativa determinará el importe dentro de los límites legales.
- La reiteración o reincidencia del incumplimiento grave da lugar a la rescisión del concierto, si bien la Administración educativa podrá imponer la rescisión progresiva del concierto para no perjudicar a los alumnos ya escolarizados en el centro, y se constatará por dicha autoridad conforme a unos determinados criterios.<sup>1389</sup>
- El incumplimiento no grave dará lugar a apercibimiento por la Administración educativa. Si el titular no lo subsanase, la Administración le apercibirá de nuevo, señalando que de persistir en dicha actitud dará lugar a un incumplimiento grave.<sup>1390</sup>

Y con respecto al artículo 62.1 f) se podría interpretar como que el despido efectuado por el titular y declarado improcedente por la jurisdicción laboral constituyese per se una causa de incumplimiento del concierto pero el Tribunal Constitucional

---

<sup>1386</sup> STS de 11 de julio de 1988 (RJ. 5786) ; Vid. STS de 5 de diciembre 1990 (RJ. 9757)

<sup>1387</sup> STS de 14 de noviembre de 1990 (RJ. 8571)

<sup>1388</sup> La fuerza vinculante que proclama para los Convenios colectivo el artículo 37.1. CE en el plano de la legislación ordinaria, encuentra su apoyo en los artículos 3.1.b), 82.3. y 85.1 del E.T.

<sup>1389</sup> Artículo 62.2. LODE modificado por Disposición Final Primera de LOPEGCD punto 9.

<sup>1390</sup> Artículo 62.3 LODE modificado por Disposición Final Primera de LOPEGCD

rechaza esta interpretación afirmando que este precepto es susceptible de interpretaciones distintas plenamente conformes con la Constitución.<sup>1391</sup>

El artículo 62.1.f) introduce una proposición que trata de garantizar a los profesores una estabilidad fuera de las causas que hacen procedente el despido en la legislación laboral como *excepción* a la normativa sobre ejecución en caso de despido. No resulta de este precepto necesariamente la existencia de un efecto aleatorio –como señalan los recurrentes- en el sentido de que una *causa de incumplimiento* del concierto quede supeditada a la suerte que la demanda de despido corra ante la jurisdicción laboral...Hay que tener en cuenta que la causa de incumplimiento del concierto se conecta, dentro de tales interpretaciones, *bien, a una conducta reiterada de despidos injustificados, bien a la pertinaz negativa a readmitir a un profesor despedido improcedentemente por parte del titular.*

Dentro de estas interpretaciones, el precepto impugnado –afirma el Alto Tribunal- y la excepción que establece a la legislación laboral general aparece justificado por cuanto tiende a evitar la arbitrariedad en el despido del profesorado que convertiría en ilusoria la libertad de cátedra y disminuiría la garantía de la efectividad del derecho a la educación de los alumnos, ya que la enseñanza solo puede impartirse acertadamente en condiciones de auténtica estabilidad.<sup>1392</sup>

Así pues, conforme a esta interpretación, el artículo 62.1. f) sigue suponiendo una excepción a la regla general laboral<sup>1393</sup> ya que el titular del centro concertado debe readmitir necesariamente al profesor despedido cuando el despido sea declarado improcedente, porque solo así podrá evitar o subsanar el incumplimiento del régimen de conciertos.<sup>1394</sup>

Se trata de otorgar una protección reforzada, más intensa que la que otorga el derecho laboral, a la libertad de cátedra de los profesores que no comparten el ideario del centro, como un medio más de garantizar el espíritu de tolerancia, el pleno respeto a la libertad de conciencia de la enseñanza impartida en los centros concertado que la ley impone como consecuencia ineludible de la incorporación de estos centros a la prestación del servicio público de la educación en las mismas condiciones de gratuidad y de igualdad que los centros públicos.<sup>1395</sup>

## 10. REFERENCIA A LA SITUACIÓN LABORAL DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN.

### 10.1. Relación jurídica de profesores de religión católica en centro público.

La relación jurídica del profesor de religión en un centro de enseñanza público es una relación laboral entre el profesor y la Administración educativa competente y no con la Conferencia Episcopal Española; relación laboral de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo total o parcial y encuadrada en el Régimen

---

<sup>1391</sup> Vid., Lozano B., *La libertad de cátedra...*cit., p. 319.

<sup>1392</sup> STC 77/1985 de 27 junio, FJ.26

<sup>1393</sup> Que es conforme al artículo 56 E.T. es que el empresario puede optar por la readmisión o la indemnización.

<sup>1394</sup> Lozano B., *La libertad de cátedra...*cit., p. 320

<sup>1395</sup> *Ibidem*, pgs. 320-321

General de la Seguridad Social. Relación que se fundamenta en el AEAC de 3 de enero de 1979, que tiene carácter de Tratado Internacional y no en el artículo 15 del E.T.

El Tribunal Supremo afirma que en esta relación jurídica concurren las notas del artículo 1.1. E.T. para calificar esta relación existente como laboral, y son las siguientes: voluntariedad, ajenidad, retribución y sometimiento a una organización empresarial docente. Es aplicable la presunción de laboralidad contenida en el artículo 8 del E.T., siendo indiferente a éstos efectos el requisito de la propuesta previa del Ordinario ni que se inicie esta relación laboral con el nombramiento del órgano administrativo titular del centro docente –al que indudablemente prestó su consentimiento el profesor- y no a través de contrato formal.<sup>1396</sup>

Hay que señalar que hasta la Disposición Adicional cuarta de la Ley 30/1984 de 2 de agosto de Reforma de la Función Pública, que prohíbe la contratación de personal en régimen administrativo de colaboración temporal, a los profesores de religión en centros docentes públicos se les consideraba personal en régimen administrativo de colaboración temporal.<sup>1397</sup>

Acerca de quien se considera que es el empresario, si la Administración o el Obispado, hay sentencias que consideran empresario a la Administración académica competente,<sup>1398</sup> otras resoluciones judiciales hablan de “cogestión empresarial” con el Obispado.<sup>1399</sup> Y se plantea la cuestión de si empleador es el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (MECD) o las Consejerías de Educación de las distintas Comunidades Autónomas, una vez que se haya transferido todas las competencias con respecto a los profesores de religión y fundamentalmente las relativas al abono de cantidades reclamadas. Unas sentencias consideran que es la Consejería correspondiente,<sup>1400</sup> otras, por el contrario, que el MECD.<sup>1401</sup>

#### 10.1.1.. Características.

□ *Se trata de una relación laboral por tiempo determinado*, coincidente con el curso escolar; es una designación anual, que supone un contrato por tiempo determinado, y como señala el Tribunal Supremo, la causa de extinción sería el artículo 49.1.c) del E.T. –expiración de término final-, y no el artículo 49.1.b) del E.T. que se refiere a la condición resolutoria. A esta condición resolutoria se refiere la STSJ de Extremadura de 28 de mayo de 1998<sup>1402</sup> al afirmar que “estos contratos nacen, pese a esa designación anual que indica el artículo III del Acuerdo de 1979 y de la Orden Ministerial de 11 de octubre de 1982, con vocación de permanencia: de ahí la renovación automática “salvo propuesta en contra del Ordinario”. Esa voluntad

<sup>1396</sup> Vid. SSTs. De 9 mayo de 2000, FJ. 4 (RJ. 4271); 24 de mayo de 2000, FJ.5 (RJ. 4628); 31 de octubre de 2000, FJ.4 (RJ. 9627).

<sup>1397</sup> Rodríguez Pastor G.E., *Profesores de religión en centros docentes públicos. La no propuesta por el Ordinario Diocesano para el año siguiente no supone un despido sino la extinción del contrato anual “ope legis”*. Aranzadi de los Social 2000, Vol. III, pgs. 2942-2943. Vid. STS de 1 abril de 1987, (RJ. 2686); STSJ de Cantabria de 14 de marzo de 1996 (A.S. 504)

<sup>1398</sup> STS de 7 de julio de 2000 (RJ.6295); STSJ Andalucía, Málaga de 25 de junio de 1999 (AS.5486)

<sup>1399</sup> STSJ de Murcia de 15 de noviembre de 1999 (AS.3898)

<sup>1400</sup> STSJ. Andalucía, Málaga de 18 de junio de 1999; de 25 de junio de 1999; de 30 de julio de 1999

<sup>1401</sup> STSJ. Málaga de 11 de mayo de 2001.

<sup>1402</sup> RJ 2348

contraria podrá significar, en todo caso, una condición resolutoria del contrato, válidamente estipulado (lo es por Ley) y que no constituye abuso de derecho –artículo 49, 1 b) del E.T.-por lo que si acaece la misma no constituiría despido alguno, sino cumplimiento de la condición, lo que no impide que el contrato deba ser considerado como por tiempo indefinido”. Estima y reconoce el carácter indefinido de la prestación de servicio.<sup>1403</sup>

Si bien, el Tribunal Supremo considera<sup>1404</sup> que se trata de “una relación a término que surge del nombramiento anual, si no es renovado por otro, se extingue. El hecho de que la renovación sea automática, salvo propuesta en contra del Ordinario, no afecta a la existencia del término sino en todo caso a la renovación”.

Y añade que es un colectivo en permanente provisionalidad, con un contrato sujeto a término.

A este respecto, la LOCE dispone que “los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios docentes, impartan la enseñanza confesional de religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos” (Disposición Adicional Segunda, punto cuatro).

□ *Es una relación laboral objetivamente especial.* Esta especialidad tiene un fundamento formal, ya que ha sido establecida en un Tratado Internacional que se incorpora al ordenamiento jurídico interno con fuerza de ley (artículos 96 CE y 1.5 del Código Civil) y un fundamento material, dadas las peculiaridades que concurren en la relación de servicios.<sup>1405</sup>

□ *El hecho de ser una relación laboral temporal no produce discriminación* ya que la temporalidad del vínculo laboral no tiene implicaciones y significado que, como factores de exclusión o marginación típicos, tienen o han tenido históricamente el nacimiento, el sexo, la ideología o la confesión religiosa.<sup>1406</sup>

□ *Esta relación jurídica no da derecho a trienios.* El Tribunal desestima la pretensión afirmando que “se plantea una comparación entre trabajadores fijos y trabajadores temporales, que opera de forma parcial (solo en relación con el complemento de la antigüedad, pero no sobre el conjunto de las retribuciones) y que no se ajusta a la realidad, ya que de conformidad con la Orden de 26 de septiembre de 1979, los profesores de Religión de Bachillerato han sido asimilados a efectos retributivos al profesorado interino de dicho nivel educativo y este no se rige por el convenio mencionado, sino por las normas relativas a la función pública (artículo 105 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado), en las que no está prevista la aplicación de esta retribución, conforme al artículo 23 de la Ley 30/1984.<sup>1407</sup>

---

<sup>1403</sup> STSJ Extremadura de 28 mayo de 1998, FJ. 2 y 5.

<sup>1404</sup> STS de 5 de junio de 2000, FJ.2 (RJ.4650);17 de julio de 2000 FJ. 2 (RJ.7184); 11 de octubre de 2000, FJ. Único (RJ. 9426).

<sup>1405</sup> STS de 5 de junio de 2000, FJ.3

<sup>1406</sup> STS de 17 de mayo de 2000, FJ.5 (RJ.5513).

<sup>1407</sup> STS de 30 de diciembre de 1994 (RJ.10526)

10.1.2. La no inclusión de un profesor de religión en la propuesta anual no supone un despido.

El Tribunal Supremo considera, tras analizar toda la normativa existente desde el AEAC hasta el Convenio de 1999, que “ en el espíritu y la letra de las normas late la idea de temporalidad de la relación de los profesores de religión católica, que se limita exclusivamente a la duración de cada curso escolar, de ahí que la falta de inclusión en la propuesta del Ordinario para los cursos sucesivos, aunque el interesado hubiera impartido la enseñanza en los precedentes, no equivale a un despido, dada la peculiar naturaleza de la relación cuya legitimidad hay que buscarla en el Tratado Internacional entre la Santa Sede y el Estado de 3 de enero de 1979 y no en el artículo 15 del E.T.. Así es que las normas de la Ley Estatutaria sobre el despido no resultan aquí aplicables.

Partiendo de esa base hay que concluir afirmando que las reglas del E.T. constituyen a lo sumo, derecho supletorio para esta genuina relación laboral, aplicable en defecto de las que le son propias, y por eso mismo, la causa que ha operado es la prevista en el artículo 49.1.c) E.T., es decir, por expiración del tiempo convenido.

Así pues, para la extinción de la relación laboral *no es necesario*, como la sentencia recurrida da a entender, *exponer las razones por las que el Obispado omitió la inclusión* del demandante en la propuesta presentada a la Autoridad educativa, porque ni existe norma que imponga tal deber, ni era necesario constatar los motivos de tal comportamiento porque la relación quedaba automáticamente extinguida al finalizar el curso escolar, para el que se había producido el nombramiento, que lo era para cada uno en particular, como se deduce de la normativa expuesta.<sup>1408</sup>

Por lo que podemos concluir que las distintas sentencias del Tribunal Supremo subrayan el cumplimiento del AEAC de 1979, -artículos III, VII-, el carácter temporal del contrato del profesor de religión en centro público, que el empleador es la Administración educativa competente y que se trata de una relación laboral sui generis, con peculiaridades que la singularizan. No se produce despido alguno, pues la extinción del contrato anual se produce “*ope legis*” sin la exigencia de ningún requisito formal y el nuevo contrato anual requiere la propuesta del Ordinario.

Hay autores que no están de acuerdo en que la extinción de estos contratos encaje en el supuesto de extinción del artículo 49.1.c) del E.T. –la expiración del tiempo convenido-, como afirma el Tribunal Supremo; no consideran esa conclusión acertada por dos motivos: 1) la extinción del contrato de profesores de religión se produce al terminar el curso académico por la no propuesta del Ordinario diocesano sin exigencia de ningún requisito formal; 2) de aplicar el precepto del E.T. debería seguirse las formalidades y consecuencias previstas en el mismo. Básicamente la necesidad de denuncia y, en su caso, preaviso de quince días, y en el supuesto de no denuncia habría que considerar el contrato prorrogado tácitamente por tiempo indefinido. Formalidades y consecuencias que en manera alguna se exigen o se dan en estos casos.<sup>1409</sup>

Así pues, salvo el supuesto de que durante el curso académico se pretendiera despedir a un profesor de religión por motivos disciplinarios, en cuyo caso habría que seguirse las formalidades y efectos de los artículo 54 y ss., del E.T., la extinción del

<sup>1408</sup> SSTS de 7 de julio de 2000 FJ.7 (RJ.6295); 29 de noviembre de 2000 FJ.2 (RJ. 2001/1437)

<sup>1409</sup> Rodríguez Pastor G.E., *Profesores de religión en centros docentes públicos...* cit., p. 2946.



contrato se produce al finalizar el curso académico por la no propuesta y designación del Ordinario diocesano y las autoridades académicas respectivas, no comportando despido sino una extinción “*ope legis*”.<sup>1410</sup>

Hay que señalar que antes de comenzar el nuevo curso el Ordinario del lugar habrá tenido que presentar las listas de profesores propuestos y ser aprobados por la Autoridad académica competente, pero no hay un plazo concreto, expresamente establecido, como el preaviso de quince días mencionado; se le informa al interesado.

Se ha planteado la cuestión de si en la actuación del Ordinario diocesano cabría un control jurisdiccional. Ante la normativa vigente, el control jurisdiccional solo puede ser negativo, es decir, si las personas propuestas no reúnen los requisitos exigidos, y si la propuesta respeta los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Pero si se tiene en cuenta el artículo 16.3 CE “ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal”, ello impide –como señala el Tribunal Constitucional<sup>1411</sup>– que los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos. Así Moreno Botella afirma que la laicidad o aconfesionalidad puede verse comprometida si los órganos del Estado pueden entrar a juzgar sobre la legitimidad del despido<sup>1412</sup> pues en definitiva se juzgaría sobre requisitos morales, religiosos o de cualquier otra índole que han de reunir los profesores de religión para ser aptos o idóneos, es decir, para que cumplan con la capacitación profesional exigida por la autoridad eclesiástica para el desarrollo óptimo de la actividad docente.<sup>1413</sup>

## 10.2. Profesores de religión en centros privados y centros concertados

En los centros privados y en los centros concertados los profesores de religión son propuestos por el titular del centro y autorizados por el Ordinario del lugar.

En los centros concertados, en los niveles concertado, es la Administración académica competente la que paga -se trata de un pago delegado en nombre del titular-, y se aplica todo lo expuesto anteriormente sobre la relación laboral y la extinción del contrato.

Cuando el titular del centro concertado sea una Orden o Congregación religiosa y el profesor de religión sea un religioso o una religiosa, las retribuciones la Administración las abona directamente a la entidad titular del centro, siempre y cuando exista previa declaración de la entidad y conformidad expresa del profesor. Cuestión distinta es la asignación que este profesor reciba conforme a las normas internas de la Orden o Congregación.

En los centros privados, una vez autorizados por el Ordinario hay total autonomía por parte de su titular, se habrá de estar a lo estipulado en el contrato laboral.

---

<sup>1410</sup> Ibidem. En su opinión sería conveniente hacer uso de lo dispuesto en el artículo 2.1.i) del E.T. y declarar la relación como de carácter especial regulando por R.D. todas estas materias.

<sup>1411</sup> STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ. 1.

<sup>1412</sup> Que según lo expuesto es relación laboral a término, por lo que se hablaría de extinción de contrato.

<sup>1413</sup> Moreno Botella F, *Idoneidad del profesor de religión católica y despido. Comentario a la sentencia de 28 de septiembre de 2000 del Juzgado de lo Social, número 3 Murcia*, Derecho y Opinión, número 8, 2000, Universidad de Córdoba, p. 421.

### 10.3. Profesores de religión de Confesiones no católicas que han suscrito Acuerdo.

Conforme a los Acuerdos de 1992 la enseñanza religiosa evangélica, islámica y judía en los centros públicos serán impartidas por los profesores designados por las autoridades confesionales correspondientes. Así pues, por las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la conformidad de ésta; por las Comunidades judías pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas;<sup>1414</sup> y por las Comunidades pertenecientes a la Comisión Islámica de España (artículo 10.2).

Es decir, las autoridades confesionales evangélicas que pertenecen a la FEREDE –el Consejo de Enseñanza de la religión evangélica-, así como la UCIDE y la FEERI, con respecto a los islámicos, han de ponerse de acuerdo en la designación de los profesores de religión respectivos y presentar sus listas a la Administración docente competente, que es el empleador. Ésta informará a las autoridades confesionales correspondientes –Comunidades islámicas y Consejo de Enseñanza Religiosa evangélica- de las solicitudes recibidas en los distintos centros públicos de recibir dicha enseñanza, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 2 de los Convenios de 12 de marzo de 1996 sobre designación y régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza religiosa en centros públicos de Educación Primaria y Secundaria. Antes del comienzo de cada curso escolar la autoridad confesional comunicará las personas que consideren idóneas para impartir dicha enseñanza en los diferentes niveles educativos (cláusula 3), y que tengan la titulación académica correspondiente.

Si son profesores del Cuerpo de Maestros con destino en el centro que lo hubiese solicitado<sup>1415</sup> serán retribuidos directamente por la Administración educativa correspondiente (cláusula 5).

Y teniendo en cuenta la Ley 50/1998 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que en su artículo 93 modifica la LOGSE, añadiendo un párrafo a la Disposición Adicional Segunda, que dispone: “los profesores que no perteneciendo a los Cuerpos de funcionarios docentes, impartan enseñanza de religión en los centros públicos, en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo de los profesores interinos alcanzándose la equiparación retributiva en cuatro ejercicios presupuestarios a partir de 1999”, la situación de estos profesores es de una relación laboral, en que la Administración educativa competente es quien contrata y paga al profesorado directamente, sin intervención de la Autoridad Confesional correspondiente.

El contenido de la Disposición Adicional Segunda de la LOCE es de contenido muy similar al expuesto.

Con respecto a centros concertados sólo existen dos de ideario evangélico en Madrid, y en los niveles concertados, estos profesores de religión tienen contrato laboral y paga la Administración educativa competente, siendo el Titular del centro el empleador.

---

<sup>1414</sup> Estos no elaboraron los Currículos de la enseñanza religiosa judía, ni tampoco firmaron los Convenios de 1996

<sup>1415</sup> Vid., artículo 6.2 del RD 2438/1994 de 16 de diciembre por el que se regula la enseñanza de religión.

Los centros con ideario islámico existentes en la Comunidad Autónoma de Madrid, son centros extranjeros autorizados.

## **VIII. LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS: LOS CONCIERTOS EDUCATIVOS.**

### 1. INTRODUCCIÓN.

El artículo 27 CE establece las líneas básicas del sistema educativo, que es un sistema mixto: enseñanza pública y enseñanza privada, regulándose a la vez, tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza.<sup>1416</sup>

Este precepto constitucional ha sido desarrollado por diversas leyes, entre las que se encuentra la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (LODE) de 1985. Una de las innovaciones de esta ley es la doble clasificación que se puede realizar de los centros de enseñanza: a) según el criterio de la titularidad están: los centros de titularidad pública y los centros de titularidad privada y b) si se sigue el criterio de la financiación (artículo 47 y siguientes) los fondos públicos sufragarán los gastos de los centros públicos y aquellos que, aún siendo de titularidad privada reúnan ciertos requisitos que

---

<sup>1416</sup> Artículo 27.1: “Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza”.

la ley establezca, son los denominados centros concertados. En contrapartida existen los centros privados que actúan en régimen de mercado (artículos 21 a 26 de la LODE).<sup>1417</sup>

Desde otro punto de vista, la actividad financiera se puede definir como el conjunto de acciones de los poderes públicos tendentes a la obtención y administración de los recursos públicos con el fin de aplicarlos a la satisfacción de necesidades generales en forma de gasto público. No es una novedad el decir que el Estado no es rico, que los recursos son limitados y por tanto, insuficientes para atender todas y cada una de las necesidades sociales.<sup>1418</sup>

La función de la Hacienda Pública es esencialmente distributiva según el modelo de Estado que implantó la Constitución que en su artículo 31.2 obliga a la Hacienda Pública a llevar a cabo una asignación equitativa de los gastos públicos, respondiendo su programación y ejecución a los *criterios de eficiencia y economía*. Y todo ello en la línea que establece el artículo 9.2 por el que el Estado se constituye en social y democrático de derecho y de esta manera el gasto público se dirige a la cobertura y satisfacción de las necesidades colectivas, siendo la educación una de las más importantes.<sup>1419</sup>

En cuanto a la financiación pública de los centros docentes privados, señalar que la Constitución de 1978 se encuentra en estrecha relación con esta cuestión ya que dicha financiación constituye el principal instrumento para la efectividad del derecho a la libertad de enseñanza y, concretamente, del derecho a la elección de un tipo de educación desde una doble perspectiva: posibilitando las ofertas educativas que la sociedad demanda y permitiendo el acceso a esa oferta mediante la ayuda económica.<sup>1420</sup>

Sin olvidar, como pone de manifiesto Martínez López-Muñiz, que la enseñanza en sí misma y en su organización institucionalizadora en los centros educativos, es sobre todo y esencialmente objeto y contenido propio de libertades públicas y de derechos fundamentales de libertad, que no pueden ser vaciados, lesionados ni sometidos a tratos discriminatorios, sin atentar contra el orden constitucional y contra las garantías internacionales sobre los Derechos Humanos.<sup>1421</sup> Ya que la libertad de

---

<sup>1417</sup> Vid. Musoles Cubedo M.C., *Polémica que suscita el criterio de admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos. (Especial referencia al criterio de capacidad económica aplicado a los centros concertados)*. Anuario de Derechos Eclesiástico del Estado, 1989, pgs., 178-179.

<sup>1418</sup> Ibidem, pgs., 184-185.

<sup>1419</sup> Según un estudio realizado por la FERE en el 2003, la implantación de la LOCE en la concertada comportará un coste estimado de 587.984.376 € a lo largo de los próximos cinco años, adicionales a la financiación actual del sistema educativo. De esta cifra total destacan los 167 millones de euros necesarios para la extensión de los conciertos en Educación Infantil; 73 millones para la implantación de los itinerarios educativos del segundo ciclo de la Educación Secundaria Obligatoria; la extensión de la orientación educativa en primaria, algo más de 41 millones...etc. En este estudio no se incluyen otras medidas reflejadas en la ley como la consecución de la analogía retributiva del profesorado de la concertada respecto de la pública (asignatura pendiente desde 1985), la financiación de los convenios de Formación Profesional, la formación del profesorado, entre otras. Boletín de la FERE número 442, Marzo-Abril de 2003, p. 6.

<sup>1420</sup> Fernández-Miranda A., *De la libertad de enseñanza...* cit., 99; Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa...* cit., 77

<sup>1421</sup> Martínez López-Muñiz J.L., *Los conciertos escolares como instrumento de marginación del pluralismo escolar: Análisis jurídico de las causas y remedios*, Boletín de la FERE número 366 de marzo de 1993, p. 31.

enseñanza puede quedar ahogada si, como consecuencia de condicionamientos económicos, no puede hacerse efectiva.<sup>1422</sup>

## 2. FUNDAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE LA FINANCIACIÓN. LOS DEBATES PARLAMENTARIOS.

### 2.1. Regulación jurídica.

La financiación pública de la enseñanza privada tiene su fundamento constitucional en el artículo 27.9 CE que dispone: “los poderes públicos *ayudarán* a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”; el artículo 27.4 que afirma que “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita” y el artículo 9.2 del mismo texto constitucional que establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Si bien, la fórmula constitucional de la obligación del Estado contenida en el artículo 27.9 CE es lo suficientemente inconcreta como para plantear problemas de interpretación, los cuales, en última instancia, habrán de resolverse teniendo en cuenta los principios de libertad e igualdad que, como valores superiores del ordenamiento, deben inspirar toda interpretación constitucional.<sup>1423</sup>

### 2.2. Debates Parlamentarios.

Este tema dio lugar a distintas posiciones encontradas en los debates parlamentarios de 1978.<sup>1424</sup> Las posturas oscilaron entre la radical supresión del artículo 27.9 (Barrera Costa) dejando al legislador ordinario la decisión sobre las ayudas económicas a los centros docentes, hasta su constitucionalización sin reservas, garantizando de esta manera la gratuidad de todos los centros y en todos los niveles. (postura de grupo parlamentario Alianza Popular). Una postura intermedia es la que sostenía que había que condicionar las subvenciones estatales a la realización de objetivos de interés público o social ( Agrupación Independiente del Senado y Minoría Catalana).<sup>1425</sup>

Acto seguido pasamos a exponer algunas de las intervenciones de los distintos representantes de los grupos parlamentarios.

---

<sup>1422</sup> González del Valle, *Derecho Eclesiástico* ....cit., 1995, p. 365.

<sup>1423</sup> Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa...* cit., 77

<sup>1424</sup> El texto del artículo 27.9 CE procede del Anteproyecto de la Constitución, elaborado por la ponencia constitucional. A lo largo de su iter parlamentario fueron muchas las enmiendas que se presentaron a la redacción. Sin embargo, el texto no se modificó en los debates del Congreso y del Senado , y la misma redacción del Anteproyecto pasó a la Constitución. Martí J.M, *Factor religioso...* cit., pgs. 449-450

<sup>1425</sup> Nogueira R. *Principios Constitucionales del sistema educativo*, pgs. 167-168, Martí JM., *Factor religioso*, pgs. 449-450.

Silva Muñoz subraya el servicio prestado por los centros privados y reclamado por la sociedad “y por tanto, no hay razón válida que impida destinar los fondos públicos a su financiación. La distribución del presupuesto para la enseñanza debe establecerse sin discriminaciones entre enseñanza estatal y no estatal, porque ambas prestan un mismo servicio de interés general y todos los alumnos son ciudadanos con los mismos derechos”.<sup>1426</sup>

Defiende el derecho del titular a la dirección del centro docente afirmando que nada tienen que objetar a que “una ley económica controle el reparto exacto de los fondos públicos, pero lo que rechazamos es que, con ocasión o pretexto de distribuir los fondos públicos, se implante en el centro una gestión global que imposibilite la dirección del mismo, por parte de quienes los han creado, promocionado de acuerdo con sus ideas, en el que han plasmado la concepción de la vida que ofrecen inculcar en la educación, siendo ésta la razón última de la elección de aquél centro por parte de los padres...” Y considera el apartado 9 como un modelo de imprecisión, haciéndose una serie de preguntas tales como ¿a qué centros docentes se refiere, estatales, no estatales o a unos y otros?, ¿de qué niveles se trata, de los obligatorios? “Parece que no es necesario decirlo, pues estos niveles, según el apartado 4, son gratuitos, y por tanto, los centros deberán estar, no ayudados sino financiados con los fondos públicos en la totalidad de los costes reales”.<sup>1427</sup>

Gómez de las Rocas presentó una enmienda al entonces artículo 26.4 (actual 27.4 CE) que consistía en afirmar que “la enseñanza obligatoria será gratuita para todos los alumnos y la Administración pública asegurará su financiación, con independencia del centro en que estén escolarizados. En los niveles no obligatorios las ayudas se establecerán en función de las posibilidades económicas de los alumnos”. Y explica que “con esto no se está diciendo que mientras no haya recursos financieros para todos, los escasos o abundantes, pero insuficientes recursos disponibles, se deba repartir por igual. La igualdad no consiste en tratar igualmente a todos los destinatarios, sino en función de sus reales necesidades, y esto impone que la ayuda financiera que reciban los centros no estatales esté en función de las necesidades individuales o sociales más urgentemente necesitadas de protección”.<sup>1428</sup>

Y en otro momento señaló que el apartado 4 habla de que la enseñanza será obligatoria y gratuita y en ello “todos estamos de acuerdo, pero cotejando el apartado 4 con el apartado 9 del mismo artículo resulta que el primero solo se refiere a la enseñanza estatal, porque tras haberse hecho aquella afirmación, en el apartado 9 se establece que los centros docentes recibirán ayuda si cubren ciertos requisitos que la ley (la ley ordinaria, se entiende) establezca, con lo cual, se está procurando una desigualdad de tratamiento y se está imponiendo una restricción a la libertad de enseñanza”.<sup>1429</sup> Ya había presentado una enmienda verbal del apartado 9 que consistía en afirmar que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca, sin que nunca estos requisitos puedan mediatizar la identidad de cada centro”.<sup>1430</sup>

---

<sup>1426</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 72 de 23 mayo de 1978, p. 2599.

<sup>1427</sup> DSCD número 106 de 7 de julio de 1978, p. 4025.

<sup>1428</sup> DSCD número 72, de 23 mayo de 1978, p. 2603.

<sup>1429</sup> DSCD número 106, de 7 de julio de 1978, p. 4020.

<sup>1430</sup> DSCD núm. 72...p. 2604.

López Rodó era partidario de que el apartado 4 quedara redactado de la siguiente forma: “la enseñanza básica será obligatoria y gratuita *para todos*”. Pero ante esta propuesta se opinó que se trataba de una expresión tan obvia que parecía innecesaria incorporarla. No será obligatoria y gratuita para unos sí y para otros no, y por tanto es evidente que no tiene sentido.<sup>1431</sup> Si bien la experiencia ha demostrado que no era tan obvio.<sup>1432</sup>

Camacho Zancada pone el énfasis en otro aspecto, en el hecho de que “sólo será gratuita la enseñanza obligatoria limita las posibilidades que contempla la capacidad que se da al Estado para subvencionar, al margen de la etapa obligatoria y gratuita, a aquellos centros que lleven a cabo una labor de interés general.

Por una parte, para la etapa obligatoria la enseñanza es gratuita, y habiendo sido reconocido el derecho personal del escolar en condiciones de igualdad ante la ley, queda plenamente garantizada la efectividad de este derecho.

Por otra parte, el dictamen de la Comisión es más amplio, deja abierta la posibilidad de un incremento de los niveles de gratuidad, de ayuda a centros pilotos, a programas experimentales, a cursos no reglados. No se constitucionaliza la limitación de las subvenciones a los centros como única forma de ayuda estatal, puesto que se hace un *planteamiento abierto y no restrictivo*, que garantiza la ayuda de acuerdo con los requisitos que la ley, aprobada democráticamente, establezca”.<sup>1433</sup>

Adopta una posición radical Barrera Costa solicitando la supresión de este apartado 9 dando una serie de argumentos, pero primero aclara que él es partidario de que esta ayuda exista en mucho y numerosos casos y ello por dos razones: una razón de principio ya que es partidario del pluralismo, que exista diferentes opciones, para que se pueda escoger con toda libertad entre las mismas; y una razón de oportunidad ya que el déficit educativo es tan considerable que sin la existencia del sector privado en la enseñanza, habría centenares de miles de millones de niños y adolescentes que podrían quedar sin escuela, y evidentemente, en las circunstancias actuales el sector privado solamente puede existir con ayuda económica.

Así pues, es partidario de la ayuda y también de la libertad de enseñanza; los argumentos que da a favor de la supresión de este apartado 9 son los siguientes: 1) la ayuda obligatoria a los centros privados de enseñanza impuesta al Estado de acuerdo con este apartado, va, sin duda, a significar favorecer a los ricos, a las ideologías de los ricos; 2) la obligatoriedad de esta ayuda hace o hará más difícil limitar –siendo esta indispensable- a la enseñanza gratuita; 3) esta ayuda será un obstáculo a la racionalización del sistema escolar, racionalización indispensable, dado el costo de la enseñanza y lo limitado, forzosamente, de los recursos que el Estado podrá dedicar a la misma; 4) esta ayuda obligatoria –dando una garantía aparente de pluralismo- vendrá a distraer la atención del verdadero problema: asegurar el pluralismo real dentro del sistema educativo; 5) habla solamente de ayuda a los centros y excluye así otras formas de ayuda que pueden ser igualmente interesante como la fórmula del cheque escolar; 6) y por último, que a causa de la generalidad en imprecisión del este apartado 9, incluye a los centros docentes de todos los niveles, incluso, por ejemplo las Universidades

---

<sup>1431</sup> Roca Junyet, DSCD núm. 72...pgs. 2606-2607.

<sup>1432</sup> De Los Mozos Touya I., *Educación en libertad y concierto escolar*, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1995, p. 191.

<sup>1433</sup> DSCD núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 4028

privadas o Escuelas Superiores..., y los fondos públicos deberían concentrarse en la enseñanza obligatoria.<sup>1434</sup>

Por otra parte, Durán Pastor (de UCD) considera el apartado 9 una consecuencia lógica mínima “de los precedentes apartados de este precepto: derechos, libertades, obligatoriedad, gratuidad, controles, inspecciones y homologaciones presentan su contrapartida, pues dar libertad y no dar los medios para que se materialice puede ser un despropósito. Es absolutamente lógico que los poderes públicos ayuden a los centros docentes que reúnan los requisitos, esto sí, que la ley establezca”.<sup>1435</sup>

Y la Sra. Mata Garriga aclaró que su grupo –el partido socialista catalán- no propuso la cesación de la ayuda a la escuela privada, ayuda que ninguna Constitución Española previó y que instauró en 1970 la reforma franquista. Lo que propone es la apertura del servicio a la sociedad que la escuela mantenida con fondos públicos tiene que hacer. El tremendo problema de la enseñanza en Cataluña y en España no pasa por ayudar más o menos a la iniciativa privada, sino por una acción firme y emanada de los poderes públicos.<sup>1436</sup>

Como podemos comprobar, se daban distintas interpretaciones a la hora de redactar y hacer constar este apartado 9 en la Constitución. Esto acaecía en la época de transición, en la etapa de elaboración, redacción y posterior aprobación de la Carta Magna pero después, y debido a su imprecisión ha dado lugar a interpretaciones diversas entre la doctrina y a plantearse cuestiones sobre algunos aspectos, como es, si de este artículo 27.9 se deduce que el Estado esté obligado a financiar cualquier centro privado, en el coste total de la enseñanza para hacerla gratuita en los niveles básicos.<sup>1437</sup>

### 3. POLÉMICA DOCTRINAL ACERCA DE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SUBVENCIÓN. POSICIÓN MAYORITARIA Y CRÍTICAS.

#### 3.1. Posiciones doctrinales diversas.

Ante esta cuestión se dan distintas interpretaciones doctrinales, así para Alzaga el derecho a la subvención cabe deducirla, de un lado de la interpretación literal del artículo 27 apartado 9 CE que emplea la expresión imperativa “ayudarán”, y de otro, de la exigencia contenida en el apartado 4 del mismo precepto constitucional “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. En base a esto los centros privados que impartan enseñanza básica deben ser ayudados por el Estado para que esta enseñanza pueda ser gratuita.<sup>1438</sup>

Para Garrido Falla, el artículo 27.9 CE supone el derecho a la subvención que no será discrecional sino reglado.<sup>1439</sup> Ortiz Díaz, al igual que Alzaga, deriva la obligación de ayudar directamente de la libertad de enseñanza. Este autor realiza una enumeración del contenido de la libertad de enseñanza y recoge entre otros, “el derecho de las familias a percibir las pertinentes ayudas económicas de los poderes públicos para la

---

<sup>1434</sup> Ibidem, pgs. 4030-4032.

<sup>1435</sup> Ibidem, p. 4034.

<sup>1436</sup> Ibidem, p. 4054.

<sup>1437</sup> Lorenzo Vázquez P, *Libertad religiosa...* cit., p. 78.

<sup>1438</sup> Alzaga Villamil O., *Derecho a la libertad de enseñanza*, Ed. Planeta, Barcelona, 1987, p. 52

<sup>1439</sup> Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución, ...*, 1980, p. 347.



educación de sus hijos o, en su caso, el derecho a la gratuidad para que la libertad de elegir centro resulte efectiva y no meramente formal”.<sup>1440</sup>

Embid Irujo señala que este precepto solamente contiene una directiva en blanco para una futura ley ordinaria que debe imaginar formas innominadas de ayuda a algunos centros escolares, a los que reúnan los requisitos que la misma ley establezca.<sup>1441</sup>

De Esteban Alonso manifiesta que el término ayuda del artículo 27.9 CE es de tal amplitud que lo hace susceptible de diferentes interpretaciones sobre su contenido. “No parece aventurado afirmar sin embargo que la disposición se refiere a una eventual ayuda económica. Corrobora esta afirmación el apartado 7 del mismo artículo que prevé la existencia de centros sostenidos con fondos públicos”. Y añade que “el precepto precisa desarrollo legislativo, y en consecuencia, la ley puede modificar y en la práctica extinguir los centros acreedores a la ayuda”.<sup>1442</sup>

### 3.2. Posición mayoritaria.

Autores como Embid Irujo consideran que el artículo 27.9 CE no permite fundamentar una pretensión constitucional de los centros privados a la subvención. Así Embid Irujo afirma que este precepto tiene la virtud de reconocer la importancia que para el Estado, basado en el pluralismo, supone la variedad de centros de enseñanza y la necesidad de que el Estado en la medida de sus posibilidades fomente esa variedad. En este sentido la Constitución habría expresado un juicio de valor que debe ser asumido y regulado por la ley ordinaria para que tenga objetividad, una ley ordinaria, por otra parte, que no tendría excesivas vinculaciones constitucionales para dar contenido a la ayuda estatal.<sup>1443</sup> El autor recuerda que de los derechos fundamentales de libertad es imposible deducir directas pretensiones subvencionales,<sup>1444</sup> ya que como señala la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1981 ni los derechos de libertad ni la cláusula del Estado Social son instrumentos hábiles para fundamentar pretensiones de prestación.<sup>1445</sup>

Fernández-Miranda se refiere a que *exigir al Estado la financiación de una plaza gratuita en un centro privado no tiene amparo constitucional directo*; afirma que el derecho a una educación gratuita en los niveles básicos constituye un derecho público subjetivo amparado por la Constitución y directamente exigible. Ahora bien, los derechos públicos subjetivos se ejercen frente al Estado, y en este caso se trata de un derecho social de prestación que obliga al Estado a facilitar una plaza gratuita, sin que quepa convertir la libertad de enseñanza como libertad pública en un derecho de prestación.

---

<sup>1440</sup> Ortiz Díaz, *La libertad de enseñanza* ..cit., pgs. 24-29.

<sup>1441</sup> Embid Irujo, *De las libertades...* cit. 347

<sup>1442</sup> De Esteban Alonso, *El régimen constitucional...* cit., p. 202.

<sup>1443</sup> Embid Irujo, *De las libertades...* cit., p. 347

<sup>1444</sup> *Ibidem*, p. 245

<sup>1445</sup> La STC de 16 de marzo de 1981 resuelve el recurso contra el cierre de un periódico perteneciente a los medios de comunicación social del Estado, y afirma que “son estos derechos, *derechos de libertad* frente al poder y comunes a todos los ciudadanos, quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información. Los ejercen con mayor frecuencia que el resto de los ciudadanos pero no derivan de ellos ningún privilegio y *desde luego no el de transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es el derecho de libertad, en un derecho de prestación* que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones”.

Cuestión distinta es que el Estado esté obligado a financiar la enseñanza privada, respetando los principios de libertad de enseñanza y de igualdad, y que en cumplimiento de dicha obligación dicte *una ley que sí de nacimiento a derechos subjetivos, pero lo que establece la Constitución es una obligación de los poderes públicos y no un derecho subjetivo de los particulares*. Por tanto, la obligación de financiación pública de los centros privados no tiene más apoyatura constitucional que la derivada de los artículos 27.9 y 9.2 CE, sin perjuicio de que el artículo 27.4 limite la libertad de configuración del legislador. El autor distingue:

- El alcance de la obligación de los poderes públicos: ya que a pesar de la ubicación del artículo 27.9 CE –Sección I, Capítulo II, del Título I- no reconoce ningún derecho y no es de aplicación el artículo 53.1. Se trata de un mandato al legislador que por sí mismo no origina ningún derecho subjetivo.
- La libertad de configuración del legislador. Este mandato constitucional es inequívoco y tiene un contenido jurídico, “la financiación se realizará en los términos que la ley establezca”, y en este caso el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración.
- Los límites constitucionales: esa libertad del legislador está limitada por el respeto a los principios constitucionales y a los derechos reconocidos en el artículo 27, sin que los requisitos exigidos por la ley puedan menoscabar el principio de igualdad ni ninguno de los contenidos en este precepto, y además el artículo 27.4 orienta la acción del legislador de forma específica. La gratuidad de la enseñanza básica tanto en los centros privados como públicos debe ser un objetivo obligado para el legislador. Sin perjuicio de que éste tenga libertad para determinar prioridades en base a las disponibilidades presupuestarias, cumpliendo así lo dispuesto en el artículo 9.2 CE.

### 3.3. Posición crítica.

En otro sentido, autores como Martínez López-Muñiz afirman que la obligación de subvención deriva del derecho a la educación, “el derecho a la educación no es una mera libertad negativa, sino que constituye en este sentido, una libertad positiva que se descompone en una serie de derechos frente a los particulares y frente a los poderes públicos obligados a ciertas prestaciones de dar o hacer”.<sup>1446</sup>

De Los Mozos Touya critica y se opone a la posición de Fernández Miranda, basándose en criterios expuestos por Martínez López-Muñiz, sus argumentos parten de la interpretación del artículo 9.2. CE y son los siguientes:<sup>1447</sup> el objetivo constitucional es garantizar los cauces necesarios para que la libertad de todos pueda ser efectiva porque, si no fuera de todos, dejaría de ser libertad para ser un privilegio.

La efectividad de las libertades lleva consigo la necesidad de poner los medios para que la libertad no se reconozca formalmente sino que pueda hacerse real. En este caso lo que se trata es de hacer posible la dimensión de libertad del derecho a la educación a través de la financiación pública. Es decir, se trata de garantizar la educación que se elija y para que esa elección no sea un privilegio de unos cuantos, es necesario establecer cauces generales de financiación pública.

Para interpretar el artículo 27.4 CE hay que subrayar que el principio de gratuidad se predica respecto de un nivel educativo –el básico- y en cuanto tal –obligatorio, por tanto *la gratuidad no se refiere a la naturaleza pública o privada de los*

<sup>1446</sup> Martínez López-Muñiz J.L. *La educación en ....* cit., p. 235

<sup>1447</sup> De Los Mozos Touya I., *Educación en libertad...* cit., p. 186 y ss.

*centros docentes*. La base jurídica se encuentra en las normas internacionales: el Protocolo Adicional del CEDH, artículo 2, contiene una fórmula negativa que, como señala Martínez López-Muñiz, recordando la STEDH de 23 de julio de 1968, significa que las partes contratantes no reconocen un derecho a la educación que imponga un sistema determinado de financiación pública; y lo dispuesto en el artículo 14 del CEDH de aplicación a los derechos a que se refiere el Protocolo Adicional, exige a los Estados Parte que la articulación de la financiación pública sea respetuosa con la igualdad en el ejercicio del derecho a la educación.<sup>1448</sup>

Considera que los poderes públicos están obligados a financiar en todo caso al educando. Dicha financiación podría instrumentarse bien de modo indirecto, a través de los centros, bien directamente mediante la financiación a las familias; en cualquier caso a favor de los titulares del derecho a la educación. Y señala la autora que hay que distinguir el derecho público subjetivo a la gratuidad, es decir, a la correspondiente financiación pública compensatoria y otra diferente, la prestación pública de la actividad educativa.<sup>1449</sup>

El que el derecho a la gratuidad de la educación pueda calificarse como un derecho social –por su dimensión prestacional- *no significa que ésta se agote en la prestación pública de la enseñanza*. Además una cosa es el reconocimiento de este derecho y otra muy diferente es que su efectividad solo pueda tener lugar mediante la financiación a los centros, es decir, a quienes ejercen la libertad de enseñanza. Por ello, y es verdad que no hay por qué convertir una libertad pública en un derecho de prestación, como sostiene Fernández-Miranda, es decir, de la Constitución no se desprende el derecho a la financiación de cada centro privado pero *sí el derecho a la gratuidad de cada educando del nivel básico*.

La financiación de los centros únicamente sería preceptiva para todos los centros privados viables que los solicitasen, si no existiese una compensación económica directa a favor del educando.

*El argumento de Fernández-Miranda quiebra -señala De Los Mozos Touya- por no diferenciar la financiación del derecho a la educación (condiciones de gratuidad a favor del educando) de la financiación de la libertad de enseñanza (ayudas a los centros), afirmando que la obligación de financiar a los centros privados, por sí sola, no da lugar a ningún derecho subjetivo. Sin embargo esta afirmación que es válida con respecto a la financiación de los centros no lo es con respecto al derecho a la educación en los niveles obligatorios.*

Además el reconocimiento del derecho a la gratuidad de la educación obligatoria supone el establecimiento de un deber público correlativo: asignar los fondos necesarios para satisfacer la correspondiente compensación económica por el cumplimiento del deber de educarse a todo el que lo solicite. No puede entenderse como una mera orientación porque da lugar a conciertos, deberes públicos de financiación y a verdaderos derechos públicos subjetivos que pueden hacerse valer ante la Administración educativa, la jurisdicción contenciosa y la constitucional.<sup>1450</sup> La autora

---

<sup>1448</sup> Martínez López-Muñiz J.L., *Libertad de enseñanza y derecho a la educación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo Adicional primero: estudio particular de sus implícitas exigencias sobre el régimen de la financiación pública de la enseñanza*, Lectures 2, Oidel, Ginebra, 1993; mencionado por De Los Mozos Touya, *Educación...* cit., p. 190

<sup>1449</sup> *Ibidem*, De Los Mozos...p.192 y 193

<sup>1450</sup> *Ibidem*, p. 206

considera que existe un auténtico derecho subjetivo a la compensación económica derivada del deber de recibir la educación obligatoria como contrapunto al deber público de financiación de este nivel educativo.<sup>1451</sup>

Otro argumento es la garantía del derecho a la gratuidad. Este derecho es directamente exigible y susceptible de tutela jurisdiccional, a través del cauce procesal de la ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas<sup>1452</sup>, y también ante el Tribunal Constitucional en amparo. La posibilidad de hacer efectivo este derecho a través de esta garantía avala y confirma su configuración constitucional como auténtico derecho público subjetivo.<sup>1453</sup>

Martínez López-Muñiz afirma que el derecho a la gratuidad de la educación obligatoria “tiene un rango constitucional o vinculante para el legislador titular de la potestad presupuestaria del Estado”, tal configuración del derecho a la gratuidad representa una *excepción*, “ya que de ordinario los derechos fundamentales prestacionales no son configurables en sí mismos directamente como derechos públicos subjetivos plenos y exigibles sin la mediación de la ley y de la correspondiente habilitación presupuestaria de los recursos públicos necesarios”.<sup>1454</sup>

La razón está en que el derecho a la educación básica, al ser un derecho-deber participa de la estructura del ejercicio de los derechos autonomía y de los deberes subjetivos de crédito. Por ello, su dimensión prestacional de financiación es inherente al reconocimiento de su dimensión de libertad sin que ambas puedan separarse, de tal forma que la no previsión del cauce legal para hacer efectiva la prestación equivale a negar la efectividad de la libertad.<sup>1455</sup>

En resumen, no cabe convertir un derecho de libertad –la libertad de enseñanza– en un derecho de prestación, como sostiene Fernández-Miranda y ante ello De Los Mozos Touya añade que de la Constitución no se desprende el derecho a la financiación de cada centro privado pero sí el derecho a la gratuidad de cada educando del nivel básico y el artículo 27.4 CE no distingue entre centros públicos y privados. Desde el punto de vista jurídico podría decirse que ambas interpretaciones se complementan, pero no ocurre así desde el punto de vista político.

Una vez conocidas las interpretaciones de distintos autores, el siguiente paso será saber cuál es la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.

#### 4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO.

El Tribunal Constitucional adopta en este tema una posición –como algunos autores han denominado– ecléctica. Por una parte afirma que el contenido del artículo 27.9 CE “*no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede*

---

<sup>1451</sup> Ibidem, p. 204

<sup>1452</sup> Vid., Martínez López-Muñiz J.L., *Cuestión de Fondo y Presupuestos procesales en el recurso especial de amparo*, R.E.D.A. 36, 1983, pgs. 39-73, mencionado por De Los Mozos Touya.

<sup>1453</sup> Ibidem, pgs. 209-210.

<sup>1454</sup> Martínez López-Muñiz J.L., *Configuración y alcance de los derechos y libertades educativas en la Convención de 1989: algunas consecuencias*, en *Revista Española de Pedagogía*, 190, 1991, p.428.

<sup>1455</sup> Ibidem, De Los Mozos Touya, p. 210

*absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda, ya que como señala el artículo 9 CE “los poderes públicos están sujetos a la Constitución” y por ello los preceptos de ésta (expuestos o no como en este caso, en forma imperativa) tienen fuerza vinculante para ellos” (STC 77/1985 de 27 de junio , FJ. 11, párrafo 3).*

Con respecto a esta primera afirmación debe entenderse que el legislador está obligado a aprobar un sistema de ayudas a los centros privados. La ley determinará sus concretas características, pero la necesidad en sí de la ayuda estatal, deriva de la Constitución, de forma tal que una situación en la que no existiera ningún tipo de ayuda a los centros privados, sería inconstitucional o lo que es lo mismo, la Constitución reconoce de forma genérica la necesidad de subvencionar a los centros privados y remite a la ley la determinación de dicha ayuda.<sup>1456</sup>

Y por otra parte, el Alto Tribunal pone de manifiesto que “*tampoco puede aceptarse el otro extremo, esto es, afirmar que del artículo 27.9 CE se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes solo por el hecho de serlo, pues la remisión a la ley que se efectúa en el artículo 27 número 9 CE puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales. Ejemplos de éstos podrían ser, el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (artículo 27.4 CE), la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (artículos 1 y 9 CE) o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (artículo 40.1 CE). El legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar, no solo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece. (FJ. 11, párrafo 4).*

En esta segunda parte el Tribunal señala los criterios mínimos que derivan de la Constitución y a los que el legislador ha de atenerse.

En opinión de Falcón Alonso el criterio seguido por el Tribunal Constitucional en esta sentencia tiene su apoyo en las referencias a los conciertos educativos que se hace en el preámbulo de la LODE.<sup>1457</sup>

Unos días después, el 10 de julio de 1985 el Tribunal Constitucional dicta otra sentencia en la que es más explícito en algunos aspectos de esta materia. Sentencia que desestimó el recurso de amparo presentado contra la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1985; distingue entre las obligaciones de los poderes públicos de asegurar la gratuidad de los niveles de enseñanza considerados obligatorios y su deber de ayudar a los demás centros que reúnan los requisitos establecidos por la Ley; y ello como garantía del derecho de todos a la educación.<sup>1458</sup> Señala que “el derecho de todos a la educación incorpora junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo para todos los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4 del artículo 27

---

<sup>1456</sup> Díaz Lema J.M., *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992, p. 56

<sup>1457</sup> Falcón Alonso F., *Naturaleza y régimen de los conciertos educativos*, en el curso sobre “Aspectos jurídicos del sistema educativo” organizado por el Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 22 de junio de 1993), publicado en Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XVII, , Madrid, 1993, p. 279

<sup>1458</sup> Vid, Riu i Rovira F., *Todos tienen derecho...* cit., p. 217

de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el número 5 del mismo precepto, así como el mandato de su apartado noveno, de las correspondientes ayudas públicas a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca” (STC 86/1985 de 10 de julio, FJ. 3).

Dicha dimensión prestacional debe concretizarse en el deber de los poderes públicos de financiar el ejercicio de este derecho fundamental, sin vulnerar su contenido de libertad, a fin de hacer accesible a todos la educación, señala De Los Mozos Touya<sup>1459</sup>

El Tribunal continua afirmando que “*el derecho a la educación, a la educación gratuita en la enseñanza básica, no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente allí donde vayan las preferencias individuales*”(STC 86/1985 FJ.4).

Tampoco en este caso el Alto Tribunal distingue entre centros públicos y privados, cabe entender que “las condiciones de gratuidad” se refieren a tales niveles educativos con independencia de la naturaleza del centro en que se imparte.<sup>1460</sup>

Díaz Lema se refiere a que estas eran justamente las dos líneas de defensa de las subvenciones a la enseñanza privada exconstitución: la libertad de enseñanza y el derecho a la educación gratuita en el nivel básico. Aunque aparentemente son dos cuestiones distintas, al final –viene a decir el Tribunal- confluyen, porque las “preferencias individuales” han de concretarse en centros públicos o privados. Y ante la cuestión de si se subvenciona o no la libertad de enseñanza el Tribunal contesta negativamente.<sup>1461</sup>

El Tribunal Constitucional añade que “la remisión al legislador del artículo 27.9 CE no es incondicional; no surge el derecho a la subvención directamente de este precepto constitucional sino de la Ley. No hay pues, como dijimos en el fundamento jurídico undécimo de la sentencia de 27 de junio, un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros por el hecho de serlo, pues la ley puede y debe condicionar tal ayuda de conformidad con la Constitución, en la cual se enuncia la tarea que corresponde a los poderes públicos para promover las condiciones necesarias a fin de que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas”(STC 86/1985, FJ 3).<sup>1462</sup> Y refiriéndose a los límites del legislador afirma que “esa remisión a la ley no significa, obviamente que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este marco normativo... no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá asimismo configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad. Como vinculación positiva, también el legislador habrá de atenerse a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución, artículos 1.1, 9.2, y 31.2.” (FJ.3).

El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en múltiples ocasiones, y de acuerdo con el Tribunal Constitucional,<sup>1463</sup> que no puede aceptarse que del artículo 27.9

---

<sup>1459</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., p. 181.

<sup>1460</sup> Ibidem, p. 204

<sup>1461</sup> Díaz Lema, *Los conciertos educativos...* cit., p. 55

<sup>1462</sup> Ibidem, nota 10 p. 55, reserva de ley.

<sup>1463</sup> Vid., García Pardo D., *La libertad de enseñanza ...* cit., p. 180

CE se desprenda un deber de ayuda a todos y cada uno de los centros por el hecho de serlo. “El artículo 27.9 CE encomienda a los poderes públicos el deber de ayudar a los centros docentes (privados) que reúnan los requisitos que la ley establezca, mandato que ciertamente no es absoluto, no existe el deber de ayudar a todos y cada uno de los centros por el hecho de serlo –STC 77/1985-, del artículo 27.9 nace un derecho fundamental de configuración legal.<sup>1464</sup>

La sentencia de 20 de marzo de 1987, siguiendo la STC 86/1985 de 10 de julio, afirma que el artículo 27.9, en su condición de mandato al legislador no encierra un derecho subjetivo a la prestación.<sup>1465</sup> También ha señalado que de este precepto (artículo 27.9) surge un derecho fundamental a acogerse al régimen de ayuda pública si se reúnen los requisitos establecidos en la ley.<sup>1466</sup> Así como que la concesión o denegación de subvenciones a centros escolares privados gira alrededor de un régimen de prioridades... con supeditación a las disponibilidades presupuestarias, de la Administración que ha de otorgarlas.<sup>1467</sup> Lo que realmente establece son estímulos para lograr una mayor y eficaz acción tuitiva.<sup>1468</sup>

Por otra parte este precepto está relacionado con el apartado 6 del artículo 27 CE –creación y funcionamiento de centros docentes- y así lo entiende el Tribunal Supremo: “la financiación pública de la enseñanza básica no puede dissociarse del derecho reconocido en el artículo 27.6 CE, pues difícilmente podría ser la libertad de creación de centros docentes real y efectiva desconectada de un régimen de ayuda pública en los niveles en que la enseñanza es obligatoria y gratuita. Por eso el artículo 27.9 del propio texto constitucional impone a los poderes públicos el deber de ayudar a los centros privados que reúnan los requisitos que la ley establezca, *cuyo desarrollo se ha traducido en el establecimiento de un sistema de conciertos educativos*, del que surgen cuestiones litigiosas que tienen trascendencia constitucional, aunque para su resolución tengan que manejarse normas legales o reglamentarias”.<sup>1469</sup>

En resumen se puede decir que los poderes públicos deben ayudar económicamente a los centros de iniciativa social que reúnan los requisitos legales de forma análoga a como lo hace con los centros públicos. Estas ayudas deben otorgarse de modo que se respete los principios constitucionales de igualdad y libertad, como garantía del derecho de todos a la educación.

##### 5. ALUSIÓN AL CAUCE PROCESAL DE LA LEY 62/1978 DE 26 DE DICIEMBRE. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 27.9 CE.<sup>1470</sup>

En un principio se planteó la cuestión de si el artículo 27.9 CE no contiene un derecho fundamental, las subvenciones estarían excluidas tanto del recurso de amparo como del procedimiento especial de protección de estos derechos contenido en la Ley 62/1978 de 26 de diciembre de Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Este fue el argumento central de la STC 86/1985 para desestimar el recurso:

<sup>1464</sup> STS de 27 de noviembre de 1995 (RJ.8820) FJ.3, párrafo 3; en la misma línea las SSTS de 30 de mayo de 1990 (RJ.5086) y 9 de junio de 1987 (RJ.4193).

<sup>1465</sup> RJ. 1533

<sup>1466</sup> STS de 30 mayo 1990 (RJ. 5086), 28 de junio de 1990 (RJ.517)

<sup>1467</sup> STS de 22 de marzo de 1991 (RJ. 2526).

<sup>1468</sup> SSTS de 27 de enero de 1987 (RRJJ. 327, 328, 329), 18 de noviembre de 1988 (RJ.8776)

<sup>1469</sup> SSTS de 18 de octubre de 1990 (RJ.7742) FJ.1; 10 de enero de 1991 (RJ. 234) FJ. 2

<sup>1470</sup> Vid. Díaz Lema, *Los conciertos...* cit., pgs. 56-60

ya que el derecho a la subvención no nace de la Constitución sino de la ley, no hay vulneración alguna de derecho fundamental (FJ.3). La jurisprudencia inmediata posterior a esta sentencia estima la inaplicación de la Ley 62/1978 en el ámbito contencioso-administrativo.<sup>1471</sup>

Pero la línea jurisprudencial que se ha impuesto es, más bien, la contraria. El Tribunal Supremo afirma que “el cauce procesal de la Ley 62/1978 es el idóneo para discutir si un centro privado reúne o no los requisitos legalmente exigidos para suscribir un concierto educativo en régimen general, dada la íntima relación entre el derecho fundamental a la libre creación de centros docentes (artículo 27.6 CE) y el mandato dirigido a los poderes públicos (artículo 27.9 CE).<sup>1472</sup> Y en otro momento ha manifestado: “que se invoque a estas alturas la inadecuación del procedimiento (el de la Ley 62/1978), en una materia en la que se discute el derecho a mantener un concierto educativo, cuando en numerosas sentencias –cuyo abundante número nos dispensa de su cita en esta Sala– sobre materias (denegaciones, renovaciones o rescisiones de conciertos educativos) en las que dicha representación (el Abogado del Estado) ha intervenido unas veces como recurrente y otras como recurrido, hemos declarado la idoneidad del cauce procesal de la Ley 62/1978 para discutir tales materias”.<sup>1473</sup>

Se puede resumir diciendo que la jurisprudencia insiste en la aplicación de la Ley 62/1978 apoyándose en que la ayuda a los centros privados del artículo 27.9 CE, si bien puede ser objeto de regulación legal, tiene “*relevancia constitucional*”.<sup>1474</sup>

La sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 1989 distingue entre enseñanzas obligatorias y no obligatorias a efectos de “relevancia constitucional” y aplicación de la Ley 62/1978,<sup>1475</sup> así, estima que la solicitud de una unidad de preescolar es un supuesto de legalidad ordinaria y por tanto no aplicable la ley 62/1978; pero sí lo es en el supuesto de renovación de concierto de EGB por entender que tiene “relevancia constitucional” la ayuda económica a los niveles de enseñanza obligatoria y ordena la anulación del acto –la no renovación del concierto por lesionar el derecho fundamental invocado (artículo 27.6 y 9 CE).<sup>1476</sup>

Esta sentencia fue recurrida y el Tribunal Supremo confirma la doctrina expuesta: “Los apartados 6 y 9 del artículo 27 CE tienen “relevancia constitucional” y no solo en el momento inicial de la suscripción del concierto, sino también en el momento de la renovación. Una denegación arbitraria, aún fundada inmediatamente en la indebida aplicación de la ley ordinaria, que por imperativo de la Constitución completa la regulación del derecho a la educación, constituye una vulneración de este derecho fundamental”.<sup>1477</sup>

---

<sup>1471</sup> Vid. STS 27 de enero de 1987, considera que la ayuda a los centros constituye una cuestión de legalidad ordinaria que no puede ser enjuiciada a través del proceso especial de la Ley 62/1978. (FJ.3)

<sup>1472</sup> SSTS de 30 de mayo de 1990 (RJ. 5086); 18 de junio de 1990 (RJ.5173), 19 de julio de 1990 (RJ.6137)

<sup>1473</sup> STS de 27 de noviembre de 1995 (RJ.8820) FJ.3 párrafo 1. Y la STS de 30 de marzo de 1987 (RJ.1604), que resuelve conflictos planteados por la Disposición Transitoria tercera de la LODE, admite la vigencia de la Ley 62/1978.

<sup>1474</sup> Díaz Lema, *Los conciertos...* cit., p. 57

<sup>1475</sup> Díaz Lema opina que dicha distinción no tiene una base constitucional.

<sup>1476</sup> FJ. 2 y 4. Vid., Actualidad Administrativa núm. 44, 1989, p.2820.

<sup>1477</sup> STS de 5 de febrero de 1990 (RJ. 993); y en el mismo sentido, SSTS de 18 de octubre de 1990 (RJ. 7745), 14 de marzo de 1991 (RJ.2281), 20 de marzo de 1991 (2293), 18 de octubre de 1990 (RJ. 7742).



Ambas sentencias, como pone de manifiesto Díaz Lema,<sup>1478</sup> vinculan los apartados 6 y 9 del artículo 27 CE, y es aquí donde reside la clave para comprender esta doctrina. “Las ayudas del apartado 9 tienen “relevancia constitucional” en tanto en cuanto son necesarias para asegurar la creación o mantenimiento de los centros privados. Se parte de la constatación de que tales centros, sin la ayuda estatal que la propia Constitución prevé, no podrían ser creados o mantenerse en su caso”,<sup>1479</sup> esto abre a los centros la vía especial de la Ley 62/1978 en todo lo relativo a la suscripción o renovación de los conciertos educativos, y por ende del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

## 6. BASE JURÍDICA EN LAS NORMAS INTERNACIONALES.

Podría decirse que conforme al artículo 27.9 CE se garantiza que el derecho a la educación pueda ser ejercido sin condicionamientos económicos, tanto en los niveles de enseñanza obligatoria –que deben ser gratuitos- como en los niveles de enseñanza no obligatorios –que deben generalizarse y hacerse asequibles a todos en condiciones de igualdad total.

Y ello es así en base a diversas normas recogidas en distintos Textos Internacionales, como el artículo 4 a) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en el campo de la enseñanza de 1960 que dispone que “los Estados Parte se comprometen a hacer obligatoria y gratuita la enseñanza primaria, generalizar y hacer *accesible a todos* la enseñanza secundaria en sus diversas formas; hacer accesible a todos, en condiciones de *igualdad total* y según la capacidad de cada uno, la enseñanza superior; velar por el cumplimiento por todos de la obligación escolar prescrita por la Ley”.

Y el artículo 13.2 b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 que afirma que “Los Estados Parte reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho a la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso enseñanza secundaria técnica y profesional, *debe ser generalizada y hacerse accesible a todos* por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la *implantación progresiva de la enseñanza gratuita*”.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho a la Educación y la libertad de enseñanza de 14 de marzo de 1984 que es clara en relación con el principio de no discriminación de los centros privados respecto a los centros públicos y en concreto se refiere a las subvenciones públicas a los centros privados en los siguientes términos: “El derecho a la libertad de enseñanza implica la obligación de los Estados miembros de hacer posible el ejercicio práctico de este derecho, *incluido el aspecto económico*, y de conceder a los centros las subvenciones necesarias para el ejercicio de su misión y el cumplimiento de sus obligaciones en condiciones idénticas a las que disfrutaran los correspondientes centros públicos, sin discriminación por razón de entidad titular, los padres, los alumnos o el personal. Sin embargo, esto no es obstáculo para que las escuelas creadas por la iniciativa privada pidan una determinada aportación personal que refleje su propia responsabilidad y tienda a fortalecer su independencia” (principio 9).

---

<sup>1478</sup> Díaz Lema, Los conciertos... cit., pgs. 58 y 59

<sup>1479</sup> Vid., STS de 18 de octubre de 1990 (RJ.7742)

## 7. ANTECEDENTES EN LA FINANCIACIÓN DE CENTROS DOCENTES. LEY GENERAL DE EDUCACIÓN DE 1970. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO.

El mandato establecido en el artículo 27.9 CE dirigido a los poderes públicos, de ayudar a los centros que reúnan los requisitos que la ley establece, se tradujo en el establecimiento de un sistema de conciertos, regulado en la LODE, Título cuarto –“De los centros concertados, artículo 47 y siguientes-, y el RD 2377/1985 de 18 de diciembre que desarrolla el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos (RNBCE).

Esta regulación tiene unos antecedentes inmediatos, tanto en el ámbito nacional como en el derecho comparado, a los que nos vamos a referir a continuación. Los antecedentes históricos y legislativos configuran un criterio hermenéutico que facilita la interpretación de las normas,<sup>1480</sup> en este sentido el artículo 3.3. del Código civil dispone que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad del aquellas”.

Antes de la Ley General de Educación de 1970, el Texto Refundido de la Ley de Enseñanza Primaria -aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1967- se refería a las escuelas de la Iglesia (artículo 25) y a las escuelas privadas (artículo 27); y distinguía las autorizadas, las reconocidas y las subvencionadas, en una escala de menos a más que iba añadiendo requisitos exigibles por un lado, y contrapartidas del Estado por otro, tanto de carácter jurídico como económico.<sup>1481</sup> Las reconocidas se equiparaban a las escuelas públicas y si la enseñanza impartida en ella era gratuita, podían ser incluidas en el apartado de las subvencionadas. La subvención podía consistir en el pago de los sueldos a los profesores, en el pago de material didáctico o mobiliario escolar.<sup>1482</sup>

### 7.1. La Ley General de Educación de 1970.

#### 7.1.1. Aspectos generales.

La Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma educativa (LGE) de 4 de agosto de 1970 previó, en su artículo 96, la existencia de un sistema de conciertos singulares con los centros no estatales, en los que se establecerían los derechos y obligaciones recíprocos del Estado y de los centros en cuanto al régimen económico, profesorado, alumnos, incluido el sistema de selección de éstos.

La entrada en vigor de este tipo de ayudas –según el artículo 94.4 a) de la ley, se produciría en el plazo más breve posible, como máximo antes de concluir el periodo de diez años previsto para la aplicación de la ley. La previsión legal no se cumplió y una normativa cambiante y provisional fue su sustitución.<sup>1483</sup> Se inició con la O.M. de 1 de enero de 1972, continuó con el Decreto de 1 de marzo de 1973, la OM de 22 de enero de 1976 y así hasta la OM de 16 de mayo de 1984 sobre subvenciones a centros de EGB, Formación Profesional de primero y segundo grado.

---

<sup>1480</sup> Falcón Alonso F., *Naturaleza y régimen...* cit., p.269

<sup>1481</sup> Díaz Lema, *Los conciertos...* cit., p. 44

<sup>1482</sup> *Ibidem*.

<sup>1483</sup> Aisa Sola A. *Los conciertos educativos*, en el curso sobre “Aspectos jurídicos del sistema educativo”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 22 de junio de 1993), publicado en Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XVII, Madrid, 1993, p. 231

La LGE de 1970 quiso introducir en España, como cauce de financiación de la enseñanza privada un modelo similar al sistema contractual francés, con la consiguiente ambigüedad en cuanto a su significado y fundamentación.<sup>1484</sup>

El artículo 96.1. disponía: “los centros no estatales podrán acordar con el Estado conciertos singulares, ajustados a lo dispuesto en la presente ley y en los cuales se establecerán los derechos y obligaciones recíprocas en cuanto al régimen económico, profesores, alumnos e incluido el sistema de selección de éstos y demás aspectos docentes. Los conciertos podrán afectar a varios centros, siempre que pertenezcan a un mismo titular”. Utiliza el término conciertos singulares, una indudable especificidad, establece una habilitación legislativa para celebrarlos.

Ortiz Díaz distingue<sup>1485</sup> entre el concierto subvención compensación –que su finalidad era cubrir la gratuidad- al que se refiere el artículo 96.3, y los conciertos para niveles no gratuitos, cuya finalidad es ayudar a la enseñanza privada y fomentar la mejora y calidad de la misma –que el artículo 96.1 lo establece de forma genérica-.

El artículo 96.3 establecía que “en los conciertos que afecten a centros que impartan la enseñanza gratuita a que se refiere el artículo 2.2 de la ley (EGB, Formación Profesional de primer grado), el régimen económico que se establezca será el adecuado para dar efectividad al principio de gratuidad. No podrán establecerse enseñanzas complementarias o servicios que comporten repercusión económica sobre los alumnos sin previa autorización del Ministerio”.

Y a la cuantía de las subvenciones se refiere el artículo 94.4.a) al afirmar “serán subvencionados por el Estado en la misma cuantía que represente *el costo de sostenimiento por alumno* en la enseñanza de los centros estatales, *más la cuota de amortización e intereses de las inversiones requeridas*”. Esta cuantía será reglamentada por el Ministerio de Educación y Ciencia y revisado periódicamente (artículo 96.4).

El sistema regulado en la LGE recuerda bastante al sistema francés, pero en la LGE nunca se llegó a regular un régimen específico que determinase con claridad la naturaleza de la relación jurídica a la que daría lugar el “acuerdo”. Por una parte, el concierto de la LGE apareció como un instrumento de subvención, y de otra parte, emplea el término “concierto” igual que una de las formas de gestión indirecta de un servicio público y a la vez se refiere a la educación como servicio público fundamental.<sup>1486</sup>

---

<sup>1484</sup> De Los Mozos Touya I. *Educación en libertad...* cit., p. 324. La LGE recogía el principio de gratuidad en el artículo 2: “La Educación General Básica será obligatoria y gratuita para todos los españoles. Quienes prosigan sus estudios en niveles educativos superiores recibirán obligatoria y gratuitamente una formación profesional de primer grado”. En 1980 se cumplía el plazo señalado para la realización de los objetivos programados en la LGE y la gratuidad prevista no se encontraba plenamente lograda y extendida a toda la EGB. En los centros estatales la gratuidad no había sido absoluta o total; hasta hacía poco los alumnos abonaban ciertas cuotas, por ejemplo cuotas en concepto de matrícula o reserva de plaza entre las cien y trescientas pesetas anuales. En los centros no estatales subvencionados había dos situaciones distintas: unas veces la subvención alcanzaba al 100% de su coste teórico y otro supuesto sólo el 50% que se consideraba “ayuda al precio”. Vid. Ortiz Díaz, *La libertad de enseñanza ...cit.*, pgs. 122-123.

<sup>1485</sup> Ortiz Díaz J., *La libertad de enseñanza...* cit., p. 181

<sup>1486</sup> De Los Mozos Touya I. *Educación en libertad...* cit., pgs.325-326.

### 7.1.2. La influencia de la LGE en la LODE.

Entre la promulgación de la LGE en 1970 y la puesta en marcha del sistema de conciertos en 1986, se produjo un aumento espectacular de la demanda educativa que iba acompañada de un crecimiento paralelo de la oferta educativa tanto del sector público como del sector privado.<sup>1487</sup>

En cuanto a la influencia de la LGE en la LODE cabe señalar varias coincidencias como el *cauce contractual*: en ambas regulaciones el concierto se puede calificar de contrato administrativo especial; y en ambas regulaciones son *instrumento de gratuidad de los niveles educativos obligatorios*; pero el concierto de la LGE tenía carácter cuasi-obligatorio, y esta semiobligatoriedad le hace distinto al concierto de la LODE y su Reglamento y revelaba la intención del legislador de afrontar realmente el coste de la gratuidad de la educación obligatoria. La LGE estableció que no podría haber educación del nivel obligatorio que no fuera gratuita (artículos 2.2; 94.4; y 96.1 y 2) y esta garantía no podía quedar a merced de la voluntad de los centros privados de colaborar o no con la Administración educativa.

Si bien la revisión de gratuidad de los niveles obligatorios era el punto de partida de la LGE y sus instrumentos eran dos: uno, los conciertos educativos y el otro instrumento consistía en la prohibición de cobrar a los alumnos de estos niveles. La LODE no se planteaba la gratuidad de la educación obligatoria con carácter general como objetivo de la regulación, y asume el modelo de la ley anterior incorporando la solución del concierto, pero omite la solución impuesta.<sup>1488</sup>

Es decir, coincidían en que el concierto de la LGE servía en último término, a la misma finalidad compensatoria del deber de educarse que el concierto de la LODE, ambos conciertos persiguen que la gratuidad sea efectiva en los niveles obligatorios de los centros privados. La diferencia está en que el deber de no cobrar a compensar, derivaría, en el caso de la LGE directamente de la ley –vía autorización del centro; mientras que en el caso del concierto de la LODE, el deber de no cobrar deriva del propio contrato, que es el que constituye al mismo tiempo la obligación de compensar al centro.<sup>1489</sup> La LGE imponía la gratuidad directamente, lo que obligaba a los centros a no cobrar a los alumnos y ello les era compensado por medio del concierto,<sup>1490</sup> que en cuanto contrato de financiación no era técnicamente a favor de terceros.

Por otra parte, algunos puntos del articulado de la Ley de 1970 se proyectan en la LODE,<sup>1491</sup> por ejemplo el artículo 94.3 de la LGE reconoce el derecho de creación de centros docentes bajo un sistema de carácter normativo, es decir, se requiere autorización administrativa previa que no podrá ser denegada en el caso de que cumpla los requisitos mínimos; o el artículo 94.4 a) que señala el elemento objeto de las subvenciones: el coste de sostenimiento por alumno en las enseñanzas de los centros estatales; y el artículo 96 que señala los aspectos básicos del estatuto jurídico de los

---

<sup>1487</sup> Mientras la financiación pública de los centros no estatales, no dejaba de crecer, el sector público educativo conocía un fortísimo aumento de las inversiones hasta el punto de que el MEC llegó a ser en algunos años el Departamento con mayor volumen de inversión de la Administración del Estado, por delante incluso del Ministerio de Obras Públicas. Esto dio como resultado un sistema educativo mixto –en cuanto a la titularidad de los centros- con la presencia mayoritaria del sector público, coexistiendo con un sector privado nada desdeñable. Aisa Sola J.A., *Los conciertos educativos...*cit., p.232

<sup>1488</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., pgs. 332-334

<sup>1489</sup> *Ibidem*, p. 361

<sup>1490</sup> Gómez-Ferrer Morant R. *El régimen general...* cit., p. 20

<sup>1491</sup> Vid. Falcón Alonso, *Naturaleza y régimen...* cit., p. 269-270

conciertos, y el apartado 2 dispone la remisión a la potestad reglamentaria para el régimen de conciertos.<sup>1492</sup>

La diferencia entre el sistema anterior a la LODE y el posterior a ésta lo recoge la STS de 21 de febrero de 1991 en los siguientes términos: “el régimen anterior sigue un criterio de reconocimiento y conservación de derechos; el régimen posterior, transcurridos cuatro años, se renueva el concierto”.<sup>1493</sup>

## 7.2. Derecho comparado. La Ley Debré de 1959.

La LGE estaba, a su vez, inspirada en el modelo francés, en concreto en la Ley Debré de 31 de diciembre de 1959 que estableció un sistema contractual entre el poder público y los centros educativos reconociendo dos tipos de contrato, según el grado de vinculación pública –contrato de asociación y contrato simple-.<sup>1494</sup>

Estos conciertos coinciden en establecer acuerdos por los que el Estado se compromete a financiar la enseñanza privada con diferente alcance, según la clase o tipo de contrato; y a cambio, los establecimientos privados quedan sujetos a controles relativos al profesorado, precios del centro y a la propia enseñanza.

Otra coincidencia consiste en que los colegios privados por el hecho de serlo no tienen un derecho adquirido a la conclusión de estos contratos, su celebración está condicionada a unos requisitos adicionales acerca del profesorado, número de alumnos e instalación.<sup>1495</sup>

Así el contrato simple se dirige exclusivamente a los centros de educación primaria y el Estado asume los gastos del personal del centro. La enseñanza no es gratuita y el titular del centro puede cobrar a los alumnos las cantidades necesarias para cubrir el resto de los gastos del establecimiento.

Para poder firmar un contrato simple, los centros tienen que haber funcionado desde cinco años antes como mínimo a la suscripción del contrato y reunir una serie de requisitos sobre instalación, profesorado. El contrato solo puede concluirse dentro de los límites de los créditos destinados a este fin en la Ley de presupuestos.<sup>1496</sup>

Los contratos de asociación se dirigen tanto a centros de primaria como de secundaria. Asumen la práctica totalidad de los gastos del centro el Estado o las Corporaciones locales, siendo por tanto, la enseñanza gratuita para los alumnos, en la mayor parte de los casos. Una cantidad -cuya cuantía ha de constar en el contrato- puede ser exigida a los padres para cubrir los gastos de equipamiento y construcción de locales, así como la enseñanza religiosa.

Para suscribir este tipo de contrato es preciso, además de los requisitos de instalación, profesorado, existencia de crédito suficientes, se exige que las unidades

---

<sup>1492</sup> Artículo 96.2: “Corresponde al Gobierno el establecimiento de las normas generales a que deben ajustarse los conciertos en los distintos niveles educativos, así como la aprobación de los conciertos mismos. El establecimiento de las normas generales requerirá el dictamen previo del Consejo de Estado”.

<sup>1493</sup> RJ. 1631

<sup>1494</sup> Esta Ley de 1959 fue modificada por las Leyes de 1 de junio de 1971, de 25 de noviembre de 1977 y de 25 de enero de 1985. Y hay que tener en cuenta las decisiones del Consejo Constitucional de 23 de noviembre de 1977 y de 18 de enero de 1985 que han interpretado dicha normativa en sentido de favorecer a la libertad de enseñanza. Díaz Lema, *Los conciertos...* cit., p. 47

<sup>1495</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., p.320

<sup>1496</sup> Aisa Sola, *Los conciertos...* cit., p. 236

objeto del contrato respondan a necesidades de escolarización reconocidas, apreciadas en función del carácter propio del centro.<sup>1497</sup>

Pero hay diferencias entre el modelo francés y el español en base al diferente contexto constitucional en que se plantea el sistema de contratos. En el caso francés son las propias normas constitucionales las que instauran el servicio público de la enseñanza. El Preámbulo de la Constitución de 1946 “es un deber del Estado la organización, en todos los grados, de la enseñanza pública, gratuita y laica”. El servicio público de la enseñanza aparece como garantía del derecho a la educación, por ello los centros privados que por contrato con la Administración se convierten en gratuitos o semigratuitos, pasan a ser considerados como establecimientos a los que el poder público ha atribuido la misión de servicio público.<sup>1498</sup>

El planteamiento francés tiene unas bases diferentes al español. En la Constitución Española de 1978 el derecho a la educación tiene un reconocimiento autónomo, pero además, su proclamación tiene lugar en un marco más amplio de la libertad de enseñanza. La diferencia se encuentra en que en España la garantía del derecho a la educación no cabe concebirla separadamente de la propia garantía de la libertad de enseñanza. No cabe defender en nuestro contexto constitucional el derecho a la educación pública como un derecho a la educación impuesta, sino como *un derecho a la educación en libertad*.<sup>1499</sup>

Desde otro punto de vista, ambos modelos –el francés y el español– dan respuesta a unos mismos objetivos, surgen de necesidades semejantes y poseen criterios de actuación análogos, sin embargo, la jurisprudencia contencioso-administrativa española adopta los criterios que fundamentan la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 8 de abril de 1987, es decir, consagra la recepción de la garantía institucional de la libertad de enseñanza. Este hecho ha llevado consigo un distanciamiento en la evolución jurisprudencial de los sistemas francés y español de relaciones Estado-enseñanza privada.<sup>1500</sup>

Existe también un argumento, basado en la realidad de la sociedad española en el ámbito educativo, por el que la LODE optó por un sistema próximo al modelo francés y es el siguiente: bajo la vigencia de la LGE de 1970 en España se había creado una red de centros públicos dependientes de la Administración estatal, cuya existencia difícilmente podía ignorarse. La magnitud de la red pública hacía un tanto imposible la adopción de un sistema como por ejemplo, el instaurado en Bélgica o en Holanda, en el que el sector público asumía un papel casi marginal en la oferta de puestos escolares,

---

<sup>1497</sup> Ibidem.

<sup>1498</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., pgs. 315-316, donde menciona a Moderne.

<sup>1499</sup> Ibidem., p. 317.

<sup>1500</sup> Cruz Díaz J., *La financiación pública de la enseñanza privada confesional en Francia...* cit., pgs. 412, 378 y ss., La garantía institucional se incorpora y se une al derecho subjetivo para constituir ambos, en toda su plenitud, el derecho constitucional correspondiente. Se trata de ampliar la protección del derecho fundamental, y por ello, ante el derecho subjetivo se quiere afianzar el derecho de libertad calificándolo de institución, de organización formada y establecida, en una palabra, de objetivar lo que es en principio tan solo un derecho subjetivo aunque sea fundamental, todo ello para mantener su permanencia. En opinión de Gallego Anabitarte, el derecho subjetivo de una persona a establecer un centro docente no requiere el mecanismo de la garantía institucional para obligar al Estado a hacerlo posible, basta con el aspecto objetivo de las libertades públicas, ya que la Constitución configura los derechos fundamentales y libertades públicas como derechos subjetivos y además, como valores superiores y fundamentales de todo el ordenamiento jurídico; con este segundo aspecto se puede obtener todo lo que la teoría de la garantía institucional o similares pretenden conseguir. Gallego Anabitarte, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: una recepción jurídica doctrinal*, Estudio preliminar al libro de Díaz Lema, *Los conciertos educativos...* ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pgs. 31 y 40

limitándose a cubrir la demanda que el sector privado no podía satisfacer por motivos diversos.<sup>1501</sup>

Por otra parte la existencia de una red privada que acogía a más de un tercio de la población escolar, no podía tampoco ser ignorada. El Estado no podía hacer compatible el derecho a la educación gratuita en edades obligatorias con la desaparición de esta red que, además gozaba de notable arraigo en nuestro país y había contribuido a asegurar –durante décadas- una formación básica a varias generaciones de españoles que, fiados a la sola intervención estatal, hubieran carecido de ella.<sup>1502</sup>

Así pues la LODE nacida en medio de una gran polémica, optó por un sistema próximo al vigente en Francia. El modelo francés presentaba una ventaja esencial ya que había permitido coexistir una enseñanza mayoritariamente pública con un sector importante de enseñanza privada, si bien la distribución de escuelas públicas y privadas en Francia, presentaban diferencias sustanciales con las redes españolas.<sup>1503</sup>

#### 8. REGULACIÓN DE LOS CONCIERTOS EDUCATIVOS EN LA LODE. CARACTERES GENERALES.

Una de las razones que justifican esta Ley Orgánica es la de regular la financiación de los centros docentes privados que imparten la enseñanza obligatoria. El entonces Ministro de Educación lo decía así al presentar el Proyecto de Ley a las Cortes: “El presente proyecto establece también un régimen de conciertos como forma de financiación de la enseñanza privada subvencionada, éste es el sistema más racional de los existentes. Desde luego, permite superar la inestabilidad y la discrecionalidad del régimen de subvenciones actualmente vigente. Estos conciertos, duraderos y renovables por los periodos que reglamentariamente se establezcan, contribuirán a despejar incertidumbres a la oferta de enseñanza privada subvencionada, lo que resultará beneficioso no solo para los titulares, sino para los padres y profesores”.<sup>1504</sup>

Es el Título IV el que regula el régimen de conciertos, a través del cual se materializa el sostenimiento público de los centros concertados que, junto con los públicos, contribuyen a hacer eficaz el derecho a la educación gratuita, y de acuerdo con el artículo 27.9 CE que establece los requisitos que deben reunir tales centros (Preámbulo de la Ley, párrafo 16).

Los principios de ayuda a los centros docentes que se contempla en el artículo 27.9 son el de programación de la enseñanza y de participación; principios correlativos y cooperantes que contribuyen a satisfacer las exigencias que del Texto Constitucional se derivan para el gasto público:

- por un lado, la programación se dirige a que la distribución del gasto público sea equitativa y que se oriente a financiar la gratuidad.

---

<sup>1501</sup> Son los particulares –generalmente las instituciones religiosas- o los ayuntamientos, los que adoptan las iniciativas para la creación de nuevos centros docentes, ocupándose el Estado –las Comunidades, desde 1989- de subvencionar las escuelas creadas por las autoridades locales o por las instituciones privadas. La financiación estatal cubre la totalidad de los gastos del centro, siendo la escolarización totalmente gratuita para los alumnos. Aisa Sola, *Los conciertos...* cit., pgs. 235-237.

<sup>1502</sup> Ibidem.

<sup>1503</sup> Ibidem.

<sup>1504</sup> Vid., Riu i Rovira, *Todos tienen derecho...* cit., p. 215

- por otro, optimizar el rendimiento educativo del gasto y velar por la transparencia de la administración y calidad de la educación, lo que se asegura a través de la participación.

En el ámbito educativo, ese control social y esa exigencia de transparencia han sido encomendadas, más directamente que a los poderes públicos, a padres, profesores y alumnos, lo que constituye una preferencia por la intervención social frente a la intervención estatal (Preámbulo de la LODE, párrafo 17).

El principio de programación debe asegurar simultáneamente el derecho a la educación y la posibilidad de escoger centro docente dentro de la oferta de puestos escolares gratuitos, pues, tal libertad no existe verdaderamente si no está asegurado aquel derecho para todos.

La LODE entrelaza tres apartados del artículo 27, -el 6, 7 y 9-. La Ley a través de los conciertos, garantiza financieramente (apartado 9) la creación y funcionamiento de los centros privados de enseñanza (apartado 6). La ayuda prevista en el apartado 9 no es algo completamente indeterminado en su cuantía, no basta cualquier tipo de ayuda, por ejemplo una ayuda mínima u ocasional, para que se entienda cumplido el mandato constitucional. La ayuda ha de ser lo suficiente para garantizar la institución tanto en términos generales –partida global destinada a este concepto en los presupuestos-, como en la cantidad que va a ser asignada a cada centros –módulo por unidad escolar- artículo 49 LODE.<sup>1505</sup>

El propio artículo 27.7 CE contiene un criterio que debe servir para interpretar el concepto “ayuda” del apartado 9, habla de “sostenimiento” por la Administración con fondos públicos, lo que implica cuando menos, un alto nivel de ayuda.

La LODE se basa en una interpretación de la libertad de enseñanza que descarta las subvenciones automáticas ex Constitución, acercándose a lo que podríamos denominar garantía financiera de la institución (libertad de enseñanza-centros privados). La Ley, en opinión de Díaz Lema, pretende de hecho resolver de una sola vez dos cuestiones: garantizar el derecho a la educación, obligatoria y gratuita, al mismo tiempo que la libertad de enseñanza.<sup>1506</sup> Así el artículo 1 del Reglamento de conciertos afirma que “el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita, cuya garantía corresponde a los poderes públicos... podrá hacerse efectiva en centros privados mediante el régimen de conciertos”.

Por otra parte la enseñanza básica es ciertamente obligatoria y esta obligatoriedad se cumple en cualquier centro autorizado; mientras que el carácter de gratuito es libremente renunciable, ya que en ningún caso se puede imponer a un centro la obligación de suscribir un concierto.<sup>1507</sup> En consecuencia, afirma Díaz Lema, el fundamento constitucional de la financiación de la enseñanza privada radica en último extremo en la libertad de enseñanza, no en el derecho-deber de educación gratuita.<sup>1508</sup>

---

<sup>1505</sup> Díaz Lema, *Los conciertos educativos...* cit., p. 75

<sup>1506</sup> *Ibidem.* p. 76

<sup>1507</sup> La LODE clasifica los centros docentes atendiendo conjuntamente a los criterios de titularidad jurídica y de origen y carácter de los recursos que aseguran su sostenimiento. Distingue así: los centros privados que funcionan en régimen de mercado, mediante precio, no tienen ninguna financiación pública; y los centros sostenidos con fondos públicos, y dentro de estos, los privados concertados y los de titularidad pública.

<sup>1508</sup> *Ibidem.* p. 76



## 8.1. Interpretación de “servicio público” de la educación del artículo 47.1 de la LODE.<sup>1509</sup>

Una cuestión que se ha planteado es que la inflexión en la educación gratuita puede conducir a interpretar las subvenciones a los centros concertados, y por ende, el régimen jurídico de estos centros, como una continuación del estatuto de los centros públicos.

En la LODE la enseñanza impartida en los centros concertados es catalogada como servicio público. Su artículo 47 dispone: “Para el sostenimiento de los centros privados con fondos públicos se establecerá un régimen de conciertos al que podrán acogerse aquellos centros privados que, *en orden a la prestación del servicio público de la educación* en los términos previstos en esta Ley, impartan la educación básica...”.<sup>1510</sup>

Es decir, que a través de los conciertos, los centros privados colaborarán en la prestación del servicio público de la educación, pero solo los centros privados concertados y no el conjunto de centros privados. Ya que sólo los centros privados concertados tendrán financiación pública, a la que acompaña un conjunto de estrictas vinculaciones jurídico-públicas.<sup>1511</sup>

Cabe preguntarse si el entender la enseñanza o educación como servicio público no implica una reserva al Estado –o estatalización o monopolio escolar-; si este concepto de servicio público daría cobertura a un régimen de vinculaciones jurídico-públicas en los centros concertados prácticamente igual al vigente en los centros públicos.<sup>1512</sup> Si bien es preciso ser cautos en la determinación de las consecuencias jurídicas que tienen la declaración de la enseñanza como servicio público –la enseñanza concertada-, el problema radica en la dificultad de distinguir entre una actividad regulada y un servicio público en sentido objetivo.<sup>1513</sup>

Así pues habrá de interpretarse *la enseñanza como un servicio de interés público*. Ya que en la medida en que el servicio público se entienda como una continuación del régimen de los centros públicos, nos habremos alejado de lo que

---

<sup>1509</sup> El artículo 47 ha sido derogado por la Disposición Derogatoria única, punto 3 de la LOCE.

<sup>1510</sup> En términos similares el artículo 9 del Reglamento de 1985. Recordemos que en virtud de la autorización contenida en el apartado 2 del artículo 47 LODE, el Gobierno ha dictado el RD 2377/1985 de 18 de diciembre por el que se aprueba el RNBCE. Los artículos 1, 2 y 9 recogen las mismas ideas que el artículo 47 de la LODE.

<sup>1511</sup> Díaz Lema, *Los conciertos...* cit., p. 87.

<sup>1512</sup> *Ibidem*, p. 101

<sup>1513</sup> *Ibidem*, p. 102. Vid., p. 87 y ss., donde el autor se refiere al debate del artículo 3 de la LGE de 1970 y al debate doctrinal acerca del servicio público. Distingue dos posiciones: la de Gómez-Ferrer, según el cual la declaración de servicio público no implicaba estatalización de la enseñanza pero si suponía tal estatalización la incorporación a nuestro Derecho del *concepto objetivo de servicio público* procedente del Derecho italiano, ya que en el régimen de los centros concertados se producía una intensa intervención administrativa que se concretaba en la admisión obligada de los alumnos, mantenimiento o continuidad de la actividad escolar, la gratuidad se canalizaba a través de los conciertos (un supuesto de subvención-compensación), la planificación de los centros, todo ello suponía un régimen idéntico al de servicio público en sentido clásico.

Y la posición de Villar Escurra, que *identifica el servicio público con el ejercicio de funciones públicas*. Señala que en la enseñanza la declaración de servicio público o publicatio no es una máxima, desde el momento en que hay libertad de establecimiento de centros. La publicatio no implica en este caso monopolio en la titularidad de centros, sino que se reduce al reconocimiento de los títulos por el Estado, lo que se produce a través de la homologación-habilitación. En la enseñanza privada existe una parte de actividad calificada como jurídico pública: los exámenes y pruebas, pero esta cesión de “facultades académicas” debe ser consideradas como un supuesto de delegación limitada de ejercicio de poder público y no como una concesión.

constitucionalmente explica las subvenciones a la enseñanza: la garantía institucional de esta libertad y por tanto del pluralismo educativo.<sup>1514</sup>

A grandes rasgos el régimen de los conciertos educativos se puede resumir en una obligación que contrae la Administración para asignar fondos públicos al centro concertado, con la contrapartida por parte de éste de impartir gratuitamente la enseñanza objeto del concierto. Al mismo tiempo, el centro asume una serie de obligaciones entre las que destacan la participación de la comunidad escolar en el control y gestión del centro y la admisión de alumnos en condiciones de igualdad.<sup>1515</sup> De forma que los centros de iniciativa privada que acceden al régimen de conciertos no pierden ninguno de los elementos esenciales derivados de su titularidad privada, aunque sí son limitados en algunos aspectos.

En este sentido, la STC 77/1985 habla de que “si bien caben, en su caso, limitaciones a tal derecho de dirección, habría que dejar a salvo el contenido esencial del mismo. Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el artículo 27, número 9 de la CE, para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad, al disponer que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca” con lo que, a salvo el contenido esencial del derecho en cuestión, supone la posibilidad de establecer condicionamiento y limitaciones legales del mismo respecto a dichos centros”.<sup>1516</sup> Y el Auto del Alto Tribunal de 6 de mayo de 1987 que afirma que *los centros públicos y concertados, en base a la diversidad de titulares, tienen regímenes jurídicos diversos según la previsión legislativa*.<sup>1517</sup>

## 8.2. La programación de puestos escolares gratuitos.

Los poderes públicos han de estudiar las necesidades escolares y realizar la programación de la oferta que debe satisfacer estas necesidades así como el derecho a la educación, bien a través de la oferta pública, o bien a través del concierto con centros docentes privados.

La potestad de las Administraciones educativas no es ilimitada sino que tiene unas limitaciones:<sup>1518</sup> la primera limitación a la programación de puestos escolares procede de los recursos disponibles y de la obligación establecida en el artículo 31.2 CE de realizar una asignación equitativa de los recursos públicos y de que su programación y ejecución respondan a criterios de economía y eficiencia. En este sentido, la STS de 6 de octubre de 1986 que resolvió sobre la legalidad del RNBCE de 1985 dijo que “El Estado solo está obligado a subvencionar el número de centros “necesarios y precisos” para que la enseñanza básica a que tienen derecho los ciudadanos en edad escolar sea gratuita (...) pero ello dentro de las disponibilidades presupuestarias del Estado, no pudiendo obligarse a que financie más plazas escolares que las precisas y suficientes para garantizar tal derecho a la gratuidad de la enseñanza obligatoria”.<sup>1519</sup>

---

<sup>1514</sup> Díaz Lema, *Los conciertos...* cit., pgs. 77-78.

<sup>1515</sup> *Ibidem*, p. 43

<sup>1516</sup> FJ. 20, párrafo 3

<sup>1517</sup> FJ.2, párrafo 4

<sup>1518</sup> Aisa Sola, *Los conciertos educativos* cit., p. 239

<sup>1519</sup> FJ. 3

Un segundo límite es la posibilidad y necesidad de celebrar conciertos con centros privados, en orden a la prestación del servicio público de la educación.<sup>1520</sup>

Es decir, el Estado dentro de la obligación de financiar, como máximo, las plazas escolares precisas y suficientes para garantizar el derecho a la gratuidad de la enseñanza obligatoria, debe *destinar una parte del crédito total* a ayudar a los centros docentes privados que reúnan los requisitos que la ley establezca.

Se plantea la cuestión en torno a este tema de si la Constitución o las Leyes imponen límites mínimos sobre la cuantía del crédito presupuestario destinado a tales centros. Existen diversas posiciones doctrinales, las que siguen el “criterio de la demanda”, según la cual se tendría derecho a la subvención pública siempre que el centro privado justificase una mínima demanda. La acción de la oferta y la demanda determinaría el reparto de los fondos públicos entre la red pública y la privada y entre los distintos centros de cada una de las redes entre sí. Sigue este criterio la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 1983 que convierte la ratio en el elemento casi exclusivo para decidir sobre el concierto educativo.

Y los que siguen el “criterio de la subsidiariedad”, de forma que el crédito destinado a las ayudas a centros privados sería el resultado de restar al crédito global necesario para escolarizar a todos los alumnos en edad de cursar las enseñanzas obligatorias, los fondos destinados al sostenimiento de los centros públicos. Según esta teoría la subvención a los centros privados se justificaría únicamente cuando la oferta pública de puestos escolares no tuviese capacidad para satisfacer la demanda escolar de una zona. En este sentido la sentencia de la Audiencia Nacional de 3 marzo de 1991 que afirma que “en principio no existe un derecho absoluto a recibir ayudas económicas directas en forma de subvenciones por concierto a favor de todos los centros de enseñanza privados, y no existe tal derecho, porque la creación y funcionamiento de tales centros, tiende bajo la capa de la prestación de un servicio público, a la obtención de un beneficio mercantil que no tiene siempre por qué ser financiado por el Estado si él puede, como está obligado, asumir la prestación en forma directa y suficiente. En caso contrario no sólo puede, sino que debe, estimular la actividad privada para lograr esos objetivos de obligatoriedad, gratuidad y generalidad de la enseñanza que la Constitución impone a los poderes públicos.”<sup>1521</sup>

El Tribunal Constitucional en su sentencia 86/1985 afirmó que el derecho a la educación no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente allá donde vayan las preferencias individuales.

Por otra parte el artículo 20 LODE dispone que “una programación adecuada de los puestos escolares gratuitos, en los ámbitos territoriales correspondientes, garantizará tanto la efectividad del derecho a la educación como la posibilidad de escoger centro docente”. Y el artículo 1 RNBCE establece que “el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita, cuya garantía corresponde a los poderes públicos mediante la programación general de la enseñanza...”. Díaz Lema opina que la programación de la enseñanza para la LODE está referida a la creación (o supresión o ampliación en su caso) de centros docentes, así como a los medios educativos personales y materiales, que de manera inmediata están al servicio de la enseñanza normalmente integrados en

---

<sup>1520</sup> Vid. STC 77/1985 FJ. 11; artículo 1 RNBCE

<sup>1521</sup> Recurso 01/019.668/1989. Vid. Aisa Sola, *Los conciertos...* cit., p. 241

los centros (es lo que la LODE denomina “necesidades educativas”). Se trata en consecuencia de una programación exclusivamente económica.<sup>1522</sup>

El alcance de esta programación sobre los centros concertados se concreta en el artículo 28 y 29 del RNBCE, si bien lo que se persigue en definitiva es, en ejecución de la programación, contar con centros concertados que nazcan perfectamente integrados en el régimen de conciertos, que vale tanto como decir con un alto grado de asimilación a la enseñanza pública.<sup>1523</sup>

### 8.3. El derecho al concierto educativo.

Como hemos visto, el artículo 27.9 CE impone al legislador una obligación de ayuda a los centros privados, que en sí misma no da lugar a un derecho subjetivo a favor de éstos, el cual exige la mediación de la Ley.<sup>1524</sup>

La LODE en cumplimiento de tal mandato, regula las condiciones para que nazca o surja este derecho y su artículo 47 atribuye un derecho subjetivo a los centros que reúnan tales requisitos, y por tanto pueden acogerse a dicho concierto. De este modo, *el concierto se configura como un derecho subjetivo con cobertura legal ejercitable por quienes, al reunir los requisitos legales, se convierten en titulares del mismo*, y no como una concesión discrecional de las Administraciones públicas.<sup>1525</sup> La STC 86/1985 de 10 de julio establece que mediante Ley se desarrollarán las prestaciones públicas “de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las Administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa”.

Los centros concertados posibilitan la eficacia del derecho de todo ciudadano a acceder a una enseñanza gratuita en línea con su orientación ideológica, de tal forma que la falta de medios económicos no constituye un límite al ejercicio de tal derecho. De esta manera, los centros concertados deben existir junto a los centros privados y públicos “para garantizar el libre acceso a esa pluralidad educativa”.<sup>1526</sup>

Pueden ser titulares de este derecho, las personas físicas o jurídicas de carácter privado y de nacionalidad española que sean titulares de centros privados y las de nacionalidad extranjera en los términos previstos en la Ley, en los correspondientes Tratados Internacionales o en defecto, de acuerdo con el principio de reciprocidad. (artículo 4 RNBCE).

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 47 de la LODE y el artículo 48 del mismo texto legal, que establece los criterios de preferencia para hacer, en su caso, una selección entre los centros que soliciten el concierto, de ambos preceptos se desprenden dos notas: 1) que existe un derecho al concierto de los centros que impartan los niveles de la enseñanza obligatoria, si reúnen los requisitos del Título IV de la LODE; 2) que ese derecho está condicionado, *en principio*, a las consignaciones presupuestarias, como

---

<sup>1522</sup> Díaz Lema, *Los conciertos...* cit., p.126

<sup>1523</sup> *Ibidem*, 135

<sup>1524</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *El artículo 27...* cit., p. 213.

<sup>1525</sup> *Ibidem*.

<sup>1526</sup> Iban I.C *Enseñanza...* cit., p. 391; González M., *El régimen de financiación pública de los centros docentes como garantía del pleno ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa*, Ministerio de Justicia, Dirección General de Asuntos Religiosos, Madrid, 2002, p. 257

se deduce del artículo 48.3, al ser necesario seleccionar entre los centros privados que soliciten el concierto, con los criterios de preferencia de la LODE, según lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LODE que se refiere a la cuantía global destinada anualmente al sostenimiento de los centros concertados.<sup>1527</sup>

Así pues el derecho al concierto es un derecho de configuración legal que la LODE ha previsto, con carácter general para los niveles obligatorios de la enseñanza, condicionado a la suficiencia de las consignaciones presupuestarias; ello no significa, sin embargo que se trata de un derecho debilitado por cuanto no está en función de facultades administrativas discrecionales, al ser un derecho reglado.<sup>1528</sup>

#### 8.4. Ámbito educativo de este derecho.

La LODE, en principio contempla solo la financiación de los centros privados en el nivel de la enseñanza básica obligatoria (artículo 47.1).

En el recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de Ley se impugnó esta limitación por entender los recurrentes que parecía negarse la posibilidad de financiación de los niveles no obligatorios, y más cuando el ámbito de aplicación de la LODE, conforme al artículo 9, se extiende a todos los centros docentes, excepto a los centros universitarios.

El Tribunal Constitucional consideró que, pese a que el régimen específico de conciertos se prevé para centros privados que impartan educación básica, *esta especificación no supone que se excluya en forma alguna toda ayuda estatal al resto de los centros privados, esto es, a los que impartan enseñanzas de un nivel distinto del básico*. Si bien, la disposición derogatoria viene a incidir en preceptos de normas legales anteriores en que se preveía ese tipo de ayuda, ello no representa que se introduzca una prohibición de ayuda a los centros que queden excluidos del régimen de conciertos. Incluso la Disposición Adicional tercera de la LODE prevé la posibilidad de que se acojan al régimen de conciertos, mediante acuerdos singulares “los centros privados de niveles no obligatorios que en la fecha de promulgación de esta ley estén sostenidos total o parcialmente con fondos públicos”.<sup>1529</sup>

#### 9. LOS CENTROS CONCERTADOS ASIMILADOS A LAS FUNDACIONES BENÉFICO-DOCENTES.

Los centros concertados se consideran asimilados a las fundaciones benéfico-docentes a efectos de la aplicación a los mismos de los beneficios fiscales y no fiscales que estén reconocidos a las citadas entidades, con independencia de cuantos otros pudieran corresponderles en consideración a la actividad educativa que desarrollan (artículo 50 LODE).

---

<sup>1527</sup> Artículo 49 derogado por la LOCE, según Disposición Derogatoria única, apartado 3. Ahora es aplicable el artículo 76 de la LOCE. De Los Mozos Touya, *La educación en libertad...* cit., p. 429.

<sup>1528</sup> *Ibidem*, p. 428 y ss., 646

<sup>1529</sup> STC 77/1985, FJ.11

Recientemente han entrado en vigor además de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones,<sup>1530</sup> la Ley 49/2002 de 23 de diciembre de Régimen Fiscal de las Entidades sin ánimo de lucro y del Mecenazgo, que es aplicable a los centros docentes de enseñanza. Así de conformidad con su artículo 2 a) se consideran entidades sin fines lucrativos a efectos de esta Ley, las fundaciones, y por asimilación los centros docentes concertados.

Las fundaciones propias de Entidades religiosas y la Iglesia católica, así como las de las demás Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas no católicas podrán optar por el régimen fiscal establecido en esta ley, siempre que presenten certificación de su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas y siempre que los cargos de patrono, representante estatutario y miembros del órgano de gobierno sean gratuitos (artículo 3.5 y Disposición adicional octava).

El régimen previsto en esta Ley será de aplicación a las Asociaciones y entidades religiosas comprendidas en el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos suscritos entre el Estado español y la Santa Sede.<sup>1531</sup> Así como a las Entidades contempladas en el artículo 11 apartado 5 de las Leyes 24 y 25/1992 de 10 de noviembre por las que se aprueban los Acuerdos de Cooperación del Estado con la FEREDE y FCIE respectivamente, y el artículo 11 apartado 4 del Acuerdo del Estado con la CIE, siempre que estas Entidades cumplan con los requisitos exigidos por esta Ley a las entidades sin fines lucrativos (Disposición adicional novena de la Ley 49/2002).<sup>1532</sup>

Asimismo las entidades de la Iglesia católica contempladas en los artículos IV y V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos y las igualmente existentes en los Acuerdos de Cooperación con otras Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas serán consideradas beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25 de la Ley, que regulan los incentivos fiscales al mecenazgo.<sup>1533</sup>

Los centros docentes pueden beneficiarse de la exención del Impuesto sobre Sociedades ya que están exentas de este impuesto, las rentas obtenidas por entidades sin fines lucrativos que procedan de las explotaciones económicas de enseñanza y formación profesional, *en todos los niveles y grados del sistema educativo*, así como las de educación infantil hasta los tres años, incluida la guarda y custodia de los niños hasta esa edad, las de educación especial, las de educación compensatoria y las de educación

---

<sup>1530</sup> Artículo 2 dispone: “Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Se rige por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y en todo caso por la Ley; y conforme al artículo 3, las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los educativos...”

<sup>1531</sup> El artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos dispone que “Las asociaciones y entidades que se dediquen a ... actividades benéfico-docentes... tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico tributario del Estado español prevé para las entidades sin ánimo de lucro y, en todo caso, los que se conceden a las entidades benéfico privadas”.

<sup>1532</sup> El contenido del artículo 11, apartado 5 y 4 respectivamente, es similar, ya que dispone que las asociaciones y entidades creadas y gestionadas por la Iglesia perteneciente a la FEREDE, FCIE, CIE tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico tributario español prevea en cada momento para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, a los que se concedan a las entidades benéficas privadas.

<sup>1533</sup> Último apartado de la Disposición Adicional novena. Importante a efectos de donaciones de particulares.

permanente y de adultos cuando estén exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido, así como las explotaciones económicas de alimentación, alojamiento o transportes realizadas por centros docentes...(artículo 7, apartado 7 de la Ley 49/2002).

Con respecto al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), están exentas las prestaciones de servicios relativos a la educación de la infancia y la juventud, la guarda y custodia de niños, la enseñanza escolar, la enseñanza de idiomas y la formación y reciclaje profesional realizadas por entidades privadas como son los centros docentes. Están exentos los servicios de alimentación, alojamiento y transportes realizados por el propio centro. Si lo realiza otro empresario serán gravados.<sup>1534</sup>

Asimismo están exentas las cesiones de personas realizadas por Instituciones religiosas para la realización de actividades de educación, enseñanza y formación y reciclaje profesional.<sup>1535</sup>

Los centros docentes están exentos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ya que es aplicable a las entidades del artículo 2 de la Ley 49/2002 –las fundaciones- que se acojan al régimen fiscal especial en la forma prevista legalmente; así como la Iglesia católica y las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas que tengan suscritos Acuerdos de Cooperación con el Estado español.<sup>1536</sup>

En cuanto a los Tributos Locales, están exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI);<sup>1537</sup> las actividades de la enseñanza estaban exentas del Impuesto de Sociedades, y los inmuebles destinados a centros docentes están también exentos del IBI.<sup>1538</sup> Asimismo están exentas las rentas procedentes del alquiler de parte de la superficie del centro (artículo 6 apartado 2).

Están exentos del Impuesto sobre Actividades Económicas, si bien han de presentar declaración de alta en la matrícula y declaración de baja en caso de cese de la actividad (artículo 15, apartado 2)

Están exentos del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana los incrementos correspondientes cuando la obligación legal de

---

<sup>1534</sup> Artículo 20.9 de la Ley 37/ 1992 de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido.

<sup>1535</sup> Ibidem, artículo 20.11

<sup>1536</sup> Artículo 45.1.A), apartados b) y d) del RD 1/1993 de 24 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , modificado por la Disposición Adicional tercera de la Ley 49/2002 de 23 de diciembre.

<sup>1537</sup> La Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo incorporó un nuevo apartado al artículo 64 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales que exime del IBI a los bienes de "los centros docentes privados acogidos al régimen de conciertos educativos, en tanto mantengan su condición de centros total o parcialmente concertados". Posteriormente, el artículo 58.1 de la Ley 30/1994, de 14 de noviembre, de fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, declaró la exención en el Impuesto sobre bienes inmuebles de los bienes de los que sean titulares las fundaciones y asociaciones que estén afectos a las actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica y no se utilicen principalmente en el desarrollo de explotaciones económicas que no constituyan su objeto o finalidad específica.

<sup>1538</sup> El artículo 15.1. de la Ley 49/2002 dispone que "están exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los bienes de los que sean titulares –en los términos previstos en la normativa reguladora de las Haciendas Locales- las entidades sin fines lucrativos, excepto los afectos a explotaciones económicas no exentas del impuesto sobre Sociedades".

satisfacer dicho impuesto recaiga sobre una entidad sin fines lucrativos. En el supuesto de transmisiones de terrenos o de constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativo del dominio sobre los mismos, efectuadas a título oneroso por una entidad sin fines lucrativos, la exención en este impuesto estará condicionada a que tales terrenos cumplan los requisitos establecidos para aplicar la exención en el IBI. (artículo 15, apartado 3).

Según la Ley de Haciendas Locales gozan de exención subjetiva las instituciones que tengan la condición de benéficas o benéfico-docentes. En este impuesto el sujeto pasivo en una transmisión de terrenos, por ejemplo una entidad sin fin lucrativo o entidad religiosa vende un inmueble, es el transmitente, pero puede solicitar la exención.

Las entidades sin fines lucrativos podrán acogerse al régimen fiscal especial en el plazo y forma que reglamentariamente se establezca. Esta opción habrá de comunicarlo al ayuntamiento correspondiente (artículo 15 apartado 4).

#### 10. LOS CENTROS CONCERTADOS EN LA LOCE DE 2002.

La LOCE regula los centros concertados en el Capítulo IV del Título IV –De la función docente-, artículos 75 y 76; según el primero de los mencionados preceptos “los centros docentes que, en orden a *la prestación del servicio de interés público de la educación* y a la libertad de elección de centro, impartan las enseñanzas declaradas gratuitas en la presente Ley, podrán acogerse al régimen de conciertos siempre que así lo soliciten y reúnan los requisitos previstos en las leyes educativas. A tal efecto, los citados centros deberán formalizar con la Administración educativa que proceda el pertinente concierto”.

Puede observarse en este artículo 75, apartado 1, una redacción diferente, se habla de “prestación de servicio de interés público de la educación”, y no de “prestación del servicio público de la educación” como afirmaba el derogado artículo 47.1 de la LODE; y menciona de forma expresa, la libertad de elección de centro, considerando el concierto como instrumento para hacer efectivo ese derecho. Señala, asimismo que para acceder al régimen de conciertos los centros han de reunir los requisitos legales, han de solicitarlo y formalizarlo por escrito. A tal efecto el Gobierno establecerá las normas básicas a que deben someterse los conciertos. (artículo 75.2).

El acceso de un centro al régimen de conciertos previsto en el artículo 75 de la LOCE podrá establecerse de forma progresiva desde las unidades de los cursos inferiores hasta completar el número de unidades autorizadas con un plazo máximo no superior a la duración del correspondiente concierto (Disposición adicional diecinueve de la LOCE).

#### 11. EL CONCIERTO EDUCATIVO.

El cauce utilizado para la financiación pública de los centros docentes privados es el concierto educativo.

Los conciertos están pensados esencialmente para “asegurar simultáneamente el derecho a la educación y la posibilidad de escoger centro docente dentro de la oferta de



puestos escolares gratuitos, pues tal libertad no existe verdaderamente si no está asegurado aquel derecho para todos” (Exposición de Motivos de la LODE).

El concierto es el instrumento jurídico por el cual, de una parte, el centro escolar se convierte en concertado y la Administración, de otra parte, cumple lo preceptuado en los apartados 4 y 9 del artículo 27 CE; de esta manera, mediante el régimen de conciertos quedan establecidas las normas procedimentales por las cuales se hace efectivo el derecho a la educación básica obligatoria y gratuita en los centros privados, haciéndose efectivo el derecho a la educación.<sup>1539</sup> Siguiendo esta línea interpretativa el Tribunal Supremo afirma que “el régimen jurídico sobre conciertos educativos no pretende solo, ni tan siquiera prioritariamente, satisfacer intereses de la Administración educativa y de los titulares de los centros concertados; busca ante todo satisfacer intereses de la comunidad educativa, o lo que es igual, de la sociedad misma, contribuyendo a la efectividad del derecho a la educación. Baste en apoyo de esta primera idea, con recordar la íntima relación existente entre el derecho reconocido en el artículo 27.6 CE y el mandato contenido en el artículo 27.9 del propio texto constitucional, pues difícilmente aquella libertad podría ser real y efectiva, en los niveles educativos en que la enseñanza es obligatoria y gratuita desconectada de un régimen de ayuda pública. La libertad de enseñanza y el pluralismo educativo, demandan ese régimen de ayudas, cuya aplicación, condicionada por las inevitables limitaciones presupuestarias, habrá de atender, prioritariamente desde luego, al interés general”.<sup>1540</sup>

#### 11.1. Finalidad de los conciertos.

La finalidad a que los conciertos se orientan es la de colocar en igualdad de condiciones a los ciudadanos a la hora de ejercer el derecho de optar por la educación en centros públicos o privados; obviamente la importancia de dar efectividad a ese derecho de opción es muy superior en los niveles obligatorios de la enseñanza y por ello es allí donde se centra el instrumento de los conciertos. En consecuencia los conciertos deberían ser instrumento de garantía de la posibilidad de un real pluralismo escolar en el país.<sup>1541</sup>

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del RNBCE “el objetivo de los conciertos educativos es garantizar la impartición de la educación básica obligatoria y gratuita en centros privados mediante la asignación de fondos públicos destinados a este fin por la Administración, en orden a la prestación del servicio público de la educación, en los términos previstos en la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio”.

#### 11.2. Concepto de concierto educativo.

El concierto educativo ha sido definido por De Los Mozos Touya como “un contrato público administrativo especial de financiación a favor de terceros”.<sup>1542</sup>

---

<sup>1539</sup> González M., *El régimen de financiación...* cit., 257.

<sup>1540</sup> STS de 21 de julio de 2000 FJ. 6.A) (RJ. 6172).

<sup>1541</sup> Martínez López-Muñiz J.L., *Los conciertos escolares como instrumento de marginación del pluralismo escolar...* cit., p. 17

<sup>1542</sup> De Los Mozos Touya, *La educación en libertad...* cit., pgs. 348 y ss., y 646.

Es contrato público porque una de las partes siempre es la Administración educativa; por su finalidad es un contrato especial de financiación, responde a la necesidad –deber constitucional- de establecer un instrumento para la financiación pública de la educación en los niveles obligatorios.<sup>1543</sup> Es contrato de financiación a favor de terceros ya que se concreta en un acuerdo de los centros privados con la Administración, por el cual ésta asigna fondos públicos para satisfacer los costes de la educación, subrogándose en el pago que correspondería a los educandos.<sup>1544</sup> La incorporación de los alumnos al centro concertado equivaldría a la aceptación del beneficio que se pacta entre el centro y la Administración.

El concierto es un instrumento de compensación económica a los educandos por el cumplimiento de su deber público de recibir la enseñanza obligatoria y en ocasiones será un instrumento de ayuda pública al ejercicio de un derecho fundamental: cuando no cubre todos los costes de la educación sino sólo rebaja su precio.

Se trata de una técnica similar a la de los contratos de servicio público que ha surgido en el Derecho Comunitario Europeo.<sup>1545</sup>

Teniendo en cuenta la delimitación y alcance del derecho al concierto, hay que concretar que se trata de un contrato sui generis, que, a diferencia de los demás contratos administrativos, la Administración está obligada a concertar siempre que el centro reúna los requisitos exigidos para ello y exista consignación presupuestaria.<sup>1546</sup>

Pero el concierto escolar no es un contrato de gestión de servicios porque su objeto consiste en la financiación de una enseñanza privada y no en la prestación privada de la enseñanza pública. Tampoco es un concierto como los de acción concertada pues en sí mismo, no es una ayuda pública ya que la relación jurídica a que da lugar articula dos prestaciones recíprocas de efecto devolutivo o compensatorio, y la ayuda se caracteriza por lo contrario, porque en ella hay una única prestación.<sup>1547</sup>

Para Falcón Alonso el concierto educativo es “un negocio jurídico obligacional en virtud del cual las Administraciones educativas contraen la obligación de satisfacer a los centros concertados la contraprestación económica por la enseñanza que imparten a su alumnado en virtud de la subrogación en el pago y de la asunción de la deuda

---

<sup>1543</sup> Trata de articular el principio de gratuidad de la enseñanza obligatoria establecido en el artículo 27.4 CE, aunque el Tribunal Constitucional haya vinculado el concierto a lo dispuesto en el artículo 27.9 CE desde el punto de vista del fin, al señalar que el régimen de conciertos viene a dar satisfacción al precepto citado, precisamente con relación a una serie de centros: los que reúnan los requisitos establecidos por la Ley, STC 77/1985 FJ.11. *Ibidem*, p. 354.

<sup>1544</sup> Contrato a favor de terceros en el que el promitente es el centro concertado y se compromete con la Administración a otorgar una prestación negativa a los alumnos –no cobrar-; a cambio la Administración, que es el promisorio o estipulante, aporta la financiación correspondiente; y los alumnos –los terceros beneficiarios del acuerdo- se incorporan a la relación jurídica en concepto de acreedores, pudiendo exigir no solo no ser cobrados, sino también la asignación de los fondos públicos con respecto a la Administración. *Ibidem*, p. 357. *Vid.*, artículo 1257 del Código Civil.

<sup>1545</sup> Contrato comunitario que permite satisfacer necesidades sociales que no podrían atenderse del mismo modo en régimen de mercado, articulando una aportación financiera pública a cambio de determinadas prestaciones esenciales llevadas a cabo por empresas, en el ejercicio de una actividad propia, en principio, privada y a favor de terceros, los beneficiarios quienes no podrían recibirlos con arreglo a las reglas de mercado. El dato de la financiación pública contribuye a clarificar que las actividades realizadas no son actividades públicas, aunque sí actividades de alto interés público, pues el objeto del contrato no consiste en gestionar una actividad publicada, sino en financiar con fondos públicos una actividad privada a favor de terceros. *Ibidem*, p. 367 y ss.

<sup>1546</sup> *Ibidem*, p. 429

<sup>1547</sup> *Ibidem*, p. 646.

operada ex lege”.<sup>1548</sup> Y distingue tres elementos personales: 1) los alumnos y padres, respecto de los cuales hay una cesión de la obligación de pago conforme al artículo 1203 del Código Civil –que se refiere a la novación- y opera por imposición legal; 2) la Administración educativa que se subroga en el pago de la obligación; 3) el titular del centro que recibe el pago de un tercero –la Administración pública- sometiéndose y aceptando el régimen jurídico aplicable a los centros concertados. De la firma del concierto se produce un consentimiento expreso por imposición de Ley a la asunción de la deuda por parte de la Administración.

### 11.3. Naturaleza jurídica del concierto. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El concierto educativo tiene tres puntos de apoyo: el derecho fundamental a la educación y el principio de libertad de enseñanza; el derecho a la elección de centro docentes; y el principio de la gratuidad de la enseñanza básica.

El concierto se integra de forma natural en el apartado 4 del artículo 27 CE al ser el vehículo que posibilita la gratuidad, que dispone y encuentra apoyos en la potestad creadora de centros docentes contenido en la libertad de enseñanza del apartado 1, y en el derecho de elección de los mismos, reconocido en el apartado 3 del mismo artículo 27 CE. Es decir la naturaleza del concierto descansa sobre la exigencia del artículo 27.4 CE que queda desarrollado bajo el prisma de la contraprestación y de asunción de la deuda de la Administración pública, tal y como afirma el artículo 34.3 del RD 2377/1985. El apartado 9 del artículo 27 CE es una proyección necesaria del sistema pero no el eje esencial del mismo que es el artículo 27.4 CE.<sup>1549</sup> Estas ayudas precisan la protección que se establece para los derechos fundamentales por tener esta condición y en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Española, sin perjuicio de acudir a la jurisdicción ordinaria.<sup>1550</sup>

Conforme al artículo 10 del RD 2377/1985 en el concierto educativo constarán los derechos y obligaciones de ambas partes, y también el artículo 75.3 de la LOCE “el concierto establecerá los derechos y obligaciones recíprocas...”, es decir tiene naturaleza contractual, y así lo entiende el Tribunal Supremo al hablar de la naturaleza convencional y sinalagmática de dicho pacto, afirmando: “*Los conciertos tienen, en efecto, la naturaleza de un convenio* mediante el cual la Administración asume determinados compromisos (en esencia, asignar fondos públicos para el sostenimiento de los centros concertados) y estos últimos, por su parte, se comprometen a impartir gratuitamente las enseñanzas correspondientes, de acuerdo con las normas académicas, planes y programas educativos que sean de aplicación. El concierto genera pues, obligaciones recíprocas, de modo que la asunción por parte de los poderes públicos de los costes que para el titular del centro supone la enseñanza no es sino la contraprestación que realiza la Administración a cambio de la prestación del servicio educativo por parte de dicho titular. El término “contraprestación” figura literalmente en el artículo 34 del RD 2377/1985 al conceptuarse como tal el pago de los gastos que la Administración asume “por los servicios educativos” concertados con los centros.”<sup>1551</sup>

En otras ocasiones el Tribunal Supremo se refiere al artículo 10 del RD y afirma que tiene “*un sustrato negocial, en el que el acuerdo de voluntades constituye el soporte*

---

<sup>1548</sup> Falcón Alonso F., *Naturaleza y régimen...* cit., p. 277

<sup>1549</sup> *Ibidem*, pgs. 278-280

<sup>1550</sup> *Ibidem*.

<sup>1551</sup> STS de 15 de noviembre de 2000, FJ. 4, párrafo 3, (RJ. 8906).

*jurídico del mismo*".<sup>1552</sup> Asimismo considera las subvenciones como donaciones con carga modal afectadas a una finalidad y sujetas a unas condiciones cuya desviación o incumplimiento determinan su revocación.<sup>1553</sup>

Los conciertos educativos se formalizan en un documento administrativo en el que se harán constar los derechos y obligaciones recíprocas así como las características concretas del centro y demás circunstancias legales y reglamentarias que se exigen (artículo 25 RNBCE, artículo 75.1 de la LOCE).

Con lo que algunos autores, Goti Ordeñaza, Falcón Alonso, consideran que el concierto educativo es *un contrato de adhesión*, pues los administrados quedan obligados a asumir todo el acervo jurídico de deberes y obligaciones derivados de la regulación de los centros concertados. Los centros se ven obligados a tomar o dejar sin más el concierto, careciendo de hecho de una capacidad efectiva de negociar.<sup>1554</sup>

Se trata de derechos y obligaciones ya existentes, que se hacen constar y, por consiguiente que están constituidos antes del momento de la formalización; ésta es posterior a la perfección del concierto –mediante su aprobación-. La formalización da lugar a la inscripción de oficio en el Registro de la Administración educativa competente (artículo 27 RNBCE), y a las medidas necesarias para el cumplimiento del contrato (artículo 26).

#### 11.4. El módulo económico y la dotación presupuestaria como elementos esenciales en la financiación.

El concierto educativo obliga a la Administración a asignar fondos públicos para el sostenimiento de los centros concertados (artículo 11 RNBCE).

La medida empleada por la Ley para la determinación de los fondos públicos necesarios para la financiación de los centros privados es *la unidad escolar*. Ello provoca un sistema de financiación rígido que obliga a limitar el mínimo de alumnos por aula para no dispendiar los fondos públicos. Condiciona la efectividad del derecho a la gratuidad en el centro que se elija, a que un determinado número de alumnos haya optado también por el mismo centro. Ello conduce a sacrificar la existencia de puestos escolares e incluso de colegios por mantener rígidamente la estructura del coste público de cada unidad concertada. Para financiar realmente al alumno sería necesario ir a la financiación de cada puesto escolar.<sup>1555</sup>

La asignación de los mencionados fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros concertados se realizará dentro de la cuantía global establecida en los Presupuestos Generales del Estado, y en su caso, en las Comunidades Autónomas, en función de los módulos económicos por unidad y nivel educativo que se fije en la Ley de los Presupuestos Generales del Estado, y en su caso en la de las Comunidades Autónomas (artículo 12 RNBCE).

Según la actual regulación que realiza la LOCE<sup>1556</sup> y teniendo en cuenta que ha finalizado la transferencia en esta materia a las distintas Comunidades Autónomas, “la

---

<sup>1552</sup> STS de 18 mayo de 1994, (RJ. 3850).

<sup>1553</sup> STS de 26 de septiembre de 1989 (RJ. 6498) y STS de 22 de diciembre de 1992 (RJ. 9031).

<sup>1554</sup> Falcón Alonso, *Naturaleza...* cit., p. 274

<sup>1555</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., p. 529.

<sup>1556</sup> Deroga el artículo 49 de la LOCE, según Disposición derogatoria única, apartado 3. Si bien vamos a referirnos a este precepto en lo relativo a su impugnación ante el Tribunal Constitucional.

cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros concertados se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes. A efectos de distribución de la cuantía global, el importe del módulo económico por unidad se fijará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y, en su caso, en los de las Comunidades Autónomas, no pudiendo en éstos ser inferior al que se establezca en los primeros en ninguna de las cantidades en que se diferencia el citado módulo de acuerdo con lo que se establezca en la ley” (artículo 76. 1 y 2 de la LOCE). Siendo la cuantía de los módulos económicos por unidad la que asegurará que la enseñanza se imparta en condiciones de gratuidad (artículo 13 del RNBCE). Es decir, el módulo es económicamente la contraprestación del servicio facilitado al alumno, debiendo mediar entre módulo y servicio la debida relación de proporcionalidad. El módulo debe asegurar el coste real del servicio prestado.<sup>1557</sup>

El artículo 49.3 de la LODE fue impugnado ante el Tribunal Constitucional por vulnerar los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 14, 27 (apartados 1 y 6) 31, y 38 todos ellos de la Constitución. El Tribunal consideró que la regulación de un módulo económico para los centros concertados no coarta ni limita la libertad de enseñanza, sino que más bien al contrario, contribuye a crear un mecanismo que favorece su ejercicio puesto que se ofrece a quienes crean centros docentes privados de enseñanza básica, sin que se impida, por otro lado, que se mantengan al margen del régimen del concierto si así lo prefiriese.

Y por análogas razones no vulnera el artículo 49.3 LODE la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE pues la creación de empresa educativa resultaría, por el contrario, favorecida por la posibilidad de opción para acogerse o no al régimen de concierto.<sup>1558</sup>

Pero lo cierto es que no puede haber derecho de elección de centro si no existen centros “gratuitos” distintos de los creados por los poderes público. Para que este derecho de elección sea efectivo es condición necesaria que el módulo del concierto garantice la gratuidad de las enseñanzas. Y en este punto el sistema quiebra porque, actualmente, la gratuidad de los centros concertados es más “nominal” que real. Es gratuita porque la ley así lo afirma y no porque el módulo de concierto fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado garantice la gratuidad de la enseñanza.

La gratuidad está en función del coste del puesto escolar. La determinación del coste del puesto escolar es todavía un trabajo por realizar. En su defecto, la Administración optó por regular el importe del módulo tomando como referencia lo que se gasta en sus propios centros.<sup>1559</sup>

La normativa legal reserva la fijación de los módulos económicos a la Ley de Presupuestos Generales del Estado y el Tribunal Constitucional lo hace depender de las consignaciones presupuestarias; pero no hay que olvidar que la gratuidad impuesta en el artículo 27.4 CE obliga al Estado a realizar la dotación precisa para su logro, es decir, los conciertos exigen la asignación del coste real del servicio prestado, deberá consignarse en los presupuestos las dotaciones correspondientes para dar el debido cumplimiento al mandato constitucional.<sup>1560</sup>

---

<sup>1557</sup> Falcón Alonso, *Naturaleza y régimen...* cit., pgs. 280-281

<sup>1558</sup> STC 77/1985, de 27 de junio, FJ.12, párrafo 3

<sup>1559</sup> Vid. Poveda González J.A. *Puntualizaciones sobre la financiación de la enseñanza privada concertada*, Boletín de la FERE núm. 438, de julio-agosto de 2002, p. 42

<sup>1560</sup> Falcón Alonso, *Naturaleza...* cit., p. 281

El Tribunal Supremo se pronuncia en este aspecto afirmando que “para cubrir los gastos que origina el mantenimiento del servicio público de la enseñanza, cuya “gratuidad” ha de ser conseguida, se precisa la asignación de recursos económicos públicos a tal fin, ya que por una simple lógica, implícita en la organización de la Hacienda Pública de un Estado moderno de derecho, éste no puede efectivamente pagar más de lo que a tal servicio se le asigna en los Presupuestos Generales del Estado, o en su caso, en los de la correspondiente Comunidad Autónoma”.<sup>1561</sup>

Por otra parte, y desde otro punto de vista, de un análisis realizado de sentencias del Tribunal Supremo en aplicación de la LODE, desde 1987 a 1993,<sup>1562</sup> revela que este derecho al concierto (pleno o singular) no está totalmente condicionado a las consignaciones presupuestarias, con respecto a los centros subvencionados en el momento de la entrada en vigor de la LODE, que atendiesen a niveles educativos básicos. Son sentencias relativas a la fase transitoria o de implantación del régimen de conciertos,<sup>1563</sup> y en esta fase, la denegación del concierto pleno solo podía justificarse por la inexistencia de consignaciones presupuestarias que debería acreditar la propia Administración.<sup>1564</sup>

#### 11.4.1. Interpretaciones doctrinales.

La posición de la doctrina en este tema es que hay autores como Fernández-Miranda que mantiene que existe un derecho incondicionado al concierto pleno una vez transcurrido el periodo transitorio. El artículo 2 RNBCE<sup>1565</sup> condiciona la suscripción al concierto a las consignaciones presupuestarias, lo que no debe plantear mayores problemas jurídicos. Si se interpreta debidamente la Disposición Transitoria tercera de la LODE atribuye tal derecho con carácter absoluto, no condicionado presupuestariamente a los centros subvencionados en el momento de la entrada en vigor de la Ley –la única limitación prevista era temporal, en atención a las posibilidades presupuestarias de tres años-. De otro modo se estaría invirtiendo la relación causa efecto derivada de la LODE, que no condiciona el ejercicio del derecho a las consignaciones presupuestarias, sino éstas a la efectividad de aquel.<sup>1566</sup>

De Los Mozos Touya, afirma que los centros privados subvencionados cuando entró en vigor la LODE, que, en su día solicitaron el concierto, tienen un derecho absoluto al concierto pleno, que podrá hacerse efectivo a través de la renovación –si les fue otorgado un concierto pleno o en régimen general; o a través de su otorgamiento en régimen general si les fue adjudicado un concierto singular. En ambos casos tienen ese derecho y siempre que reúnan los requisitos que determinaron la adjudicación del concierto y no hayan incurrido en incumplimiento del concierto.

---

<sup>1561</sup> STS de 11 de diciembre de 1997 FJ. 3, (RJ. 8989).

<sup>1562</sup> Vid., De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., p.440

<sup>1563</sup> Vid., SSTS de 16 de enero de 1988, 10 y 22 de abril de 1988, 26 de mayo de 1988; 23 de julio de 1992 (RJ. 6607, 6608), 24 de julio de 1992 (RJ. 6614).

<sup>1564</sup> STS de 21 de febrero de 1991 (RJ. 1631), STS de 2 de julio de 1992 (RJ. 6480).

<sup>1565</sup> El artículo 2 dispone: “los poderes públicos a fin de garantizar la gratuidad de la educación básica y dentro de las consignaciones presupuestarias fijadas al efecto, suscribirán conciertos educativos...”

<sup>1566</sup> Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza...*cit., p. 104; Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27*, p. 213.

Por el contrario Díaz Lema considera <sup>1567</sup> que según la interpretación de Fernández-Miranda nos encontraríamos ante dos situaciones muy diferentes: los centros subvencionados a la entrada en vigor de la LODE, en los que el legislador estimaría *iuris et de iure* que satisface las necesidades de escolarización con carácter indefinido; y los restantes, ya estuvieran funcionando entonces o sean de nueva creación. Y opina que este doble régimen de los centros concertados no está justificado y no es, desde luego, la interpretación que a la postre se ha impuesto. Ya que el derecho que prevé la Disposición Transitoria tercera debe entenderse circunscrito al periodo transitorio de tres años, y que concluyó el 31 de diciembre de 1988, en virtud de la OM de 28 de diciembre de 1988. Considera el autor citado que sigue esta línea la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1990 que distingue la situación transitoria (implantación del régimen de conciertos) y un momento posterior o de renovación de los mismos (transcurrido el plazo inicial de tres años establecido en la LODE).<sup>1568</sup> Pero como matiza De Los Mozos Touya, en esta sentencia no se discute el derecho del centro al concierto en cuanto no condicionado a las consignaciones presupuestarias, sino su derecho a la renovación.

#### 11.4.2. Contenido del módulo económico.

Conforme al artículo 76.2 de la LOCE se establecerá el módulo económico por unidad escolar y nivel a efectos de retribución de la cuantía global entre los centros. El módulo económico por unidad consta de dos componentes: el primero relativo a la cantidad correspondiente a los salarios y cargas sociales del profesorado de esta unidad; y segundo la cantidad de “Otros gastos” de la unidad y del centro.

Este precepto en su apartado 3<sup>1569</sup> especifica el contenido del módulo económico por unidad, cuya cuantía asegurará que la enseñanza se imparta en condiciones de gratuidad, y diferencia:

- a) Las cantidades correspondientes del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondientes a los titulares de los centros.
- b) Las cantidades asignadas a otros gastos, que comprenderán los del personal de administración y servicios, las ordinarias de mantenimiento y conservación y las de reposición de inversiones reales. Asimismo, podrán considerarse las derivadas del ejercicio de la *función directiva no docente*. En ningún caso, se computarán intereses del capital propio. Las citadas cantidades se fijarán con criterios análogos a los aplicados a los centros públicos.<sup>1570</sup>
- c) Las cantidades pertinentes para atender al pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en

---

<sup>1567</sup> Díaz Lema, *Los conciertos...* cit., p. 144.

<sup>1568</sup> STS de 18 de octubre de 1988, afirma que “la jurisprudencia invocada en la sentencia de la Audiencia Nacional (que es la sentencia recurrida) fue elaborada como se viene a reconocer en su fundamentación jurídica, a propósito de la implantación del régimen de conciertos, mientras que ahora nos encontramos en un momento posterior, en el de su renovación, transcurridos el periodo inicial de tres años”. FJ 3, (RJ. 7745).

<sup>1569</sup> Vid. Artículo 13.1 RNBCE

<sup>1570</sup> El artículo 13.1.b) del Reglamento de 1985 establecía que “Las cantidades asignadas para otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales, sin que, en ningún caso, se computen *amortizaciones* ni intereses del capital propio”. Es diferente la regulación.

las cuotas de la seguridad social; pago de las sustituciones del profesorado y derivados de la función directiva docente; pago de las obligaciones derivadas del artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores. Son los denominados gastos variables relativos al profesorado. Tales cantidades se recogerán en un fondo general que se distribuirá en forma individualizada entre el personal docente de los centros concertados, de acuerdo con las circunstancias que concurran en cada profesor y aplicando criterios análogos a los fijados para el profesorado de los centros públicos.

Nos referimos a continuación a los salarios del personal y “otros gastos”.

#### 11.4.2.1. Salarios del personal docente del centro concertado.

Con respecto a los salarios del personal hay que señalar los aspectos a tener en cuenta, que son los siguientes:

1. Los salarios son abonados por la Administración educativa a los profesores como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro (34.1 RNBCE); a tal fin el titular del centro, en su condición de empleador en la relación laboral, facilitará a la Administración las nóminas correspondientes, así como sus eventuales modificaciones (artículo 76.5 de la LOCE), es decir, la documentación necesaria y gestionar las altas y bajas de la seguridad social.

El Tribunal Supremo afirma que la Administración no asume ninguna posición empresarial en el ámbito de la relación laboral entre el titular del centro y sus profesores. La Administración educativa no es parte empresaria.<sup>1571</sup>

La STS de 22 de diciembre de 1993 se refiere a una serie de razones que reafirman esta doctrina como son que el Tribunal Supremo no se limita a determinar la legitimación pasiva de la Administración, pese a que el abono de salarios se realiza en nombre de la empresa y como pago delegado. Es la Administración la que interviene en la determinación de la cuantía, conviene con los sindicatos y la patronal el alcance de su responsabilidad. *La empresa es mera auxiliar de la Administración*, solo facilita la documentación. Por ello la Administración y la empresa están mutuamente implicadas frente al trabajador; y se limitan a dar cumplimiento a un contrato de trabajo, acuerdos sindicales y normas legales que regulan los conciertos educativos en su ejecución y la

---

<sup>1571</sup> STS de 16 de julio de 1993 -que recoge la doctrina de distintas sentencias del Alto Tribunal, tales como SSTS 3 y 4 de febrero de 1993 (RRJJ. 2250, 2404) y 26 de abril 1993 (RJ. 3362)- pone de manifiesto que del contenido de los artículos 49.5 de la LODE y 34.1 del Reglamento deben destacarse dos precisiones “a) que según el Reglamento dicho abono es puro acto de ejecución de un específico concierto; b) que, según la norma dicha de la Ley, ha de realizarse con cargo y cuenta de las cantidades previstas.; cantidades cuya efectiva disponibilidad solo tiene atribuida la Administración; la que, a tales efectos, queda “ex lege” obligada al pago de la retribución salarial por cuenta de la empresa”. Además es cierto que la Ley (art 49.5) y el Reglamento (art. 13.2) aquella en términos negativos y éste en términos positivos, limitan la obligación de la Administración cuando se tratan de alteraciones en los salarios del profesorado derivadas de convenios colectivos. Pero ello no puede tener más alcance que el de condicionar el “quantum” de dicha obligación, si es que se prueba la concurrencia de la expresada limitación.

Es competente por razón de la materia la Jurisdicción del Orden Social para conocer de las demandas formuladas frente a la Administración, que aunque *no asume ninguna posición empresarial en el ámbito de la relación laboral entre el titular del centro y sus profesores*, sí queda obligada al pago delegado del salario por cuenta de aquel; lo que determina que está legitimada pasivamente para asumir la posición procesal de codemandada en el litigio”. FJ.4, (RJ. 5684).



Administración no interviene investida de autoridad y sí como cogestora con la empresa en un servicio público.<sup>1572</sup>

2. El pago aparece previsto como a “beneficio de inventario” pues la Administración no asume el incremento en el pago que derive de los convenios colectivos si supera el incremento global de los módulos económicos establecido en los Presupuestos (artículo 13.2 Reglamento).<sup>1573</sup>

La STS de 10 de noviembre de 2000 resuelve un supuesto de pago de complemento de jefatura de estudios, previsto en el convenio colectivo actual y aplicable; condena al MECD al abono solidario del mismo. Recoge la doctrina anteriormente mencionada de que la Administración abona los salarios en pago delegado y con cargo y por cuenta de tal concierto, de donde se sigue que el abono de tales salarios no constituyen más que un puro y neto acto de ejecución. En lo que se refiere al nombramiento de un jefe de estudios que “si por una parte no cabe incardinarlo en la calidad de acto propio y soberano del centro, por la otra sí es factible incluirlo en el cumplimiento de las prevenciones que, al respecto, el convenio colectivo imponga. (...) Además la Autoridad Administrativa Laboral, que es Estado, viene impelida, en caso de entender que un convenio conculca la legalidad vigente o lesiona los derechos o intereses de quienes no lo negociaron (terceros, por tanto) a promover la acción de la Jurisdicción Social a fin de que la misma se pronuncie al respecto. (...) el Estado (Autoridad Administrativa Laboral) no lo apreció al ordenar publicar en el BOE el Convenio en cuestión. Si así no lo hizo el Estado, no cabe que ahora intente eludir la obligación económica, ni la de mantenimiento de un cargo con retribución específica (artículo 10.1.0 convencional), que deriva de lo ordenado en el artículo 57 del III Convenio Colectivo de las Empresas de Enseñanza Privada sostenidas, total o parcialmente, con fondos públicos. (...). Dicho Convenio especifica la labor y necesidad del cargo de jefatura de estudios, le aplica una retribución concreta, le somete a una mayor carga de tareas, así como a una prolongación de su tiempo de trabajo...; en suma, regula “in extenso” la figura, y a ello hay que estar”.<sup>1574</sup>

3. Los salarios de los profesores tenderán a ser análogos a los del profesorado estatal de los niveles respectivos, y se hará de forma gradual. El sector de centros privados considera esta previsión de financiación como incumplida, y ello es así porque “si se toma como referencia de gratuidad las dotaciones de la enseñanza pública establecidas sobre la base de 22.5 horas semanales de docencia directa con los alumnos de Educación Primaria y de 18 en Educación Secundaria, vemos que en la concertada los profesores deben trabajar 25 horas para cobrar, todavía en un buen número de Comunidades Autónomas, en torno al 15% menos que sus compañeros de la pública”. Consideran este objetivo del artículo 49.4 LODE (similar al actual artículo 76.4 de la LOCE) como un objetivo con desigual consecución en el conjunto del Estado.<sup>1575</sup>

---

<sup>1572</sup> RJ. 9981. Sigue la misma línea de las anteriormente mencionadas; STS 1 de julio de 1993 (RJ. 5535). Vid., García Pardo, *La libertad de enseñanza...* cit., pgs. 248-249.

<sup>1573</sup> Artículo 76.6 de la LOCE dispone: “La Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios a que hace referencia el apartado 3 de este artículo”. La STS de 21 de febrero de 1990 (RJ. 1280) se refiere a esta cuestión. Vid., la crítica que realiza acerca de la situación a que da lugar esta regulación De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., p. 533.

<sup>1574</sup> FJ. 3, números 3, 4 y 5, (RJ. 330).

<sup>1575</sup> Poveda González J.A., *Puntualizaciones...* cit., pgs. 42-43.

#### 11.4.2.2. “Otros Gastos”.

Con respecto a la percepción directa de las cantidades correspondientes a la partida de “Otros Gastos”, se trata de una cantidad global por unidad escolar concertada que se ingresa en la cuenta corriente del centro concertado cada trimestre, cuya aplicación debe justificarla el centro al final de cada año (artículo 34 RNBCE).

Los conceptos que engloba son variados y variables, lo cual unido a que la cantidad asignada es siempre la misma da lugar a que haya gastos sin financiación provocando el déficit que de hecho denuncian los centros.<sup>1576</sup>

Cuando el artículo 49,3 LODE fue impugnado ante el Tribunal Constitucional porque no preveía “ninguna partida de beneficio empresarial o de intereses de capital invertido” y con respecto a “Otros gastos” a efectos del cómputo del módulo, se refería únicamente a los gastos de funcionamiento, el Tribunal manifestó que no debía aventurar hipótesis sobre su futura y eventual interpretación, y que “no procede aquí señalar los posibles contenidos de la expresión “otros gastos” puesto que de lo que se trata es de que la cuantía del módulo asegure “que la enseñanza se imparta en condiciones de gratuidad”. La diferenciación establecida en la segunda mitad del artículo 49.3 solo pretende distinguir entre las cantidades que han de ser abonadas en la forma que fija el artículo 40 (lapsus 49) número 4, que no ha sido impugnado y las de “otros gastos” que sean necesarios para asegurar la gratuidad”.<sup>1577</sup>

La regulación del artículo 76.3.b) de la LOCE respecto de la partida de “otros gastos” contiene algunas diferencias respecto de la recogida en el artículo 13.1.b) del RNBCE de 1985, ya que comprende además de los gastos mencionados en el Reglamento –cantidades de personal administrativo y de servicios; las ordinarias de mantenimiento y conservación y las de reposición de inversiones reales-, las cantidades derivadas del ejercicio de la función directiva no docente.<sup>1578</sup> Y también dispone que “en ningún caso, se computarán intereses de capital propio”, suprimiendo las “amortizaciones” recogidas expresamente por el RNBCE.

La redacción del artículo 13.1 del Reglamento ha planteado diversos problemas, y ante ello la doctrina ha manifestado sus dudas de que el desarrollo reglamentario sea lo suficientemente riguroso como para que el módulo económico satisfaga los costes reales;<sup>1579</sup> mientras que Bosch y Díaz afirman que es evidente que entre los costes reales de un centro privado se puede incluir las amortizaciones y los intereses de capital.<sup>1580</sup>

Por otra parte la Disposición Adicional novena del RNBCE dispone que “sin perjuicio del régimen general de conciertos, la Administración podrá, dentro de las consignaciones presupuestarias existentes, coadyuvar a la financiación de los gastos de inversión relativos a instalaciones y equipamientos escolares, siempre que se trate de

---

<sup>1576</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., pgs. 535-536. En este sentido el sector de la privada concertada pone de manifiesto que “la propia Administración sabe que el módulo de conciertos es deficitario y opta, no por incrementar la financiación, sino porque sean las familias las que soporten parte de ese déficit”, Poveda González, *Puntualizaciones...* cit., p. 43.

<sup>1577</sup> STC 77/1985, FJ. 12 párrafo 2.

<sup>1578</sup> Como señalábamos anteriormente la Administración optó por regular el importe del módulo económico tomando como referencia lo que se gasta en sus propios centros; y con respecto a la función directiva, la Disposición Adicional séptima de la LOPEGCD que se refería “a compensaciones económicas y profesionales, análogas a las previstas para los cargos directivos de los centros públicos...”

<sup>1579</sup> Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza...* cit., p. 112

<sup>1580</sup> Boch F. Y Díaz J., *La educación en España. Una perspectiva económica*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988, p. 35; mencionado por De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., p. 538

centros que reuniendo los requisitos que se establezcan en las correspondientes convocatorias, presten un servicio educativo de reconocida calidad y respondan a la iniciativa de carácter cooperativo<sup>1581</sup> o de similar significado social”. Según el sector de centros privados, el esfuerzo que han tenido que realizar los titulares de centros concertados se ha estimado por encima de los cuarenta millones de pesetas – 240.404 euros- y se quejaban de que además de no recibir ayudas en cumplimiento de esta previsión, “la Administración impide imputar los gastos de amortización de los inmuebles”.<sup>1582</sup>

Por último señalar que la partida de “otros gastos” del módulo económico de conciertos es deficitaria como han demostrado las Auditorias efectuadas por la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid a cuatro centros concertados. Tras un exhaustivo estudio llevado a cabo por los auditores comprobando la documentación contable y la veracidad del gasto, esta partida de “otros gastos” del módulo anotaba un déficit reconocido por la Auditoria, de entre el 50% y el 134%. Un centro hubiera necesitado incrementar la cuantía del módulo del concierto en un 29,97% para poder cubrir todos los gastos; el segundo en un 51,85%; el tercero en un 82,26% y el cuarto en un 134,86%. Ante esta situación, la pregunta es quien pone la diferencia.<sup>1583</sup> Es decir cada aula de enseñanza concertada supone una pérdida económica de 3000 euros al año de media.<sup>1584</sup>

### 11.5. Tipos de conciertos.

Los conciertos son cauces jurídicos a través de los cuales se canaliza la financiación pública de los centros privados de enseñanza y ello supone una serie de vinculaciones jurídico-públicas que se imponen al centro. Existen diversos tipos, y los criterios a los que atiende el legislador para clasificar los conciertos son tres: 1. el nivel de enseñanza –obligatorio o no obligatorio-; 2. la financiación, según sea total o parcial; 3. el plazo de duración de cuatro años o un año.

El criterio dominante es el del nivel de enseñanza. El concierto en los niveles obligatorio se denomina concierto en régimen general o pleno; en los niveles no obligatorios se denomina concierto en régimen singular. Existe pues una identificación, *en principio*, entre concierto general, que supone la financiación total y que lo obtienen los centros docentes que imparten el nivel de enseñanza básica obligatoria –aunque existen algunas situaciones al margen de la descritas, como veremos-, que reúnen los requisitos exigidos por la ley y tienen una duración de cuatro años (artículos 75 LOCE, 6 del RNBCE).<sup>1585</sup>

#### 11.5.1. Conciertos educativos en régimen general y conciertos en régimen singular.

---

<sup>1581</sup> El apartado 7 del artículo 76 LOCE señala que “la reglamentación que desarrolle el régimen de conciertos tendrá en cuenta las características específicas de las cooperativas de enseñanza, a fin de facilitar la gestión de sus recursos económicos y humanos”.

<sup>1582</sup> Poveda González, *Puntualizaciones...* cit., p. 43.

<sup>1583</sup> Ibidem, p. 43; García García, I., *La financiación de la enseñanza concertada*, Boletín de la FERE, número 437, de mayo y junio de 2002, p. 48, nota 1

<sup>1584</sup> Secretario Técnico de FERE-Madrid, entidad que agrupa al 70% del alumnado no universitario de la región; propone para paliar este déficit un incremento gradual de la dotación económica, a realizar en un calendario plurianual. Vid., Alfa y Omega de 25 de septiembre de 2003.

<sup>1585</sup> Vid., STS de 19 de julio de 1990 (RJ. 6137)

Así pues los conciertos en régimen general tienen como finalidad asegurar el cumplimiento del derecho-deber establecido en el artículo 27.4 CE; tienen por objeto la educación básica, obligatoria y gratuita. Los centros privados que impartan las enseñanzas declaradas gratuitas en la presente ley, podrán acogerse al régimen de conciertos siempre que así lo soliciten y reúnan los requisitos previstos en las leyes educativas (artículo 75.1 LOCE). Para ello han de cumplir los requisitos mínimos establecidos en el artículo 14 de la LODE, estar autorizado para impartir las enseñanzas objeto del concierto, y someterse a las normas legales y asumir las obligaciones derivadas del concierto (artículo 5.1 del RNBCE).<sup>1586</sup>

Cuando se trate de centros privados de niveles obligatorios que no estaban subvencionados en el momento de la entrada en vigor de la LODE, cabe distinguir:

a) los que ya existían cuando entró en vigor la LODE y que cumpliendo los requisitos legales y reglamentarios hayan obtenido autorización definitiva o en su caso clasificación definitiva antes de la entrada en vigor del RD 2377/1985, conforme a la Disposición Adicional primera 1.<sup>1587</sup>

b) Centros de nueva creación que están condicionados a las consignaciones presupuestarias y a una condición o plazo según el momento en que soliciten el concierto:

-a una condición cuando lo soliciten al mismo tiempo que la autorización. La condición es la celebración de un Convenio previo (artículo 29 RNBCE)<sup>1588</sup>

-a un plazo de cinco años cuando la solicitud se realice en otro momento posterior (Disposición Adicional quinta de la LODE).

Los conciertos educativos en régimen singular o conciertos singulares están regulados en la Disposición Adicional tercera de la LODE al disponer que “Los centros privados de niveles no obligatorios que en la fecha de promulgación de esta ley estén sostenidos total o parcialmente con fondos públicos se ajustarán a lo establecido en la misma para los centros concertados. A tal efecto se establecerán los correspondientes conciertos singulares”.<sup>1589</sup> También se refiere a ellos la Disposición Adicional sexta, apartado 1 del RNBCE de 1985, de contenido muy similar.<sup>1590</sup> Su apartado 2 establece que “no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando la financiación pública de dichos centros tuviera carácter parcial, las cantidades que el titular del centro podrá

---

<sup>1586</sup> Vid. STS de 29 de abril de 1994 (RJ. 3417).

<sup>1587</sup> Este derecho al concierto está condicionado a las consignaciones presupuestarias, como se deduce de la STS de 8 mayo de 1987, (RJ. 3315) y por ello son de aplicación los criterios de preferencia, según STS de 27 de junio de 1990 (RJ. 6393).

<sup>1588</sup> Se aplican una serie de criterios que coinciden con los del 48.3 LODE (actualmente 75.5. de la LOCE) que aquí se convierten en auténticos requisitos y no criterios de preferencia a falta de consignaciones presupuestarias.

<sup>1589</sup> Lo centros de niveles no obligatorios que estaban subvencionados en la fecha de promulgación de la LODE eran algunos centros de Preescolar (antiguas unidades de Patronato), algunos centros de Bachillerato (antiguas secciones filiales) y la mayor parte de centros de Formación Profesional de segundo grado. Con todos estos centros la Administración debía suscribir los correspondientes conciertos singulares.

<sup>1590</sup> Disposición Adicional Sexta, 1: “Los centros privados de niveles no obligatorios que en la fecha de promulgación de la LODE estén sostenidos total o parcialmente con fondos públicos se ajustarán a lo establecido en la misma para los centros concertado, estableciéndose los correspondientes conciertos singulares de conformidad con el título cuarto de dicha Ley y por el procedimiento previsto en este Reglamento”.

percibir serán las que la Administración fije en función de la cuantía que para el régimen de conciertos establezca la ley de Presupuestos Generales del Estado”.

El hecho de que este tipo de concierto educativo venga regulado en Disposiciones Adicionales está justificado por el Tribunal Supremo cuando afirma que “El RD 2377/1985, al igual que la Ley Orgánica 8/1985, que le da inmediata y superior cobertura jurídica, previendo la posibilidad de la existencia de centros privados, que a la entrada en vigor de aquella se encontraban “subvencionados” *estableció* mediante la técnica normativa y a través de “Disposiciones Adicionales y Transitorias” *la regulación*, tanto *de situaciones específicas* como de *aquellas otras* que habiendo nacido al amparo del “régimen de subvenciones” *necesitan integrarse en el nuevo “régimen de conciertos educativos”* como expresión de la paulatina implantación y cumplimiento posible...del principio de gratuidad de las enseñanzas obligatorias que la Constitución garantiza”.<sup>1591</sup>

Se caracterizan porque atienden a niveles no obligatorios y que la Administración financia parcialmente al centro docente. Ello hace posible que el centro pueda recibir una cantidad determinada de los alumnos en concepto de financiación complementaria y que deberá ser debidamente autorizada por la Administración. Así pues la diferencia entre el tipo de concierto general y este concierto singular se encuentra en el nivel de enseñanza y el nivel de financiación. El concierto general se aplica a los niveles educativos básicos obligatorios y la Administración financia totalmente la enseñanza objeto del concierto, a cambio el centro no puede cobrar nada a los alumnos. El concierto singular se aplica a los niveles no obligatorios de enseñanza y la financiación del centro es parcial.<sup>1592</sup>

Díaz Lema pone de manifiesto que a pesar de que en apariencia estamos ante una situación a extinguir, lo cierto es que de hecho puede prolongarse indefinidamente, porque, mientras subsistan centros privados de niveles no obligatorios sostenidos como total o parcialmente con fondos públicos al promulgarse la LODE, su régimen especial se mantendrá.<sup>1593</sup>

La LOCE de diciembre de 2002 dispone que “los centros privados que, a la entrada en vigor de la presente Ley, tengan concertadas las enseñanzas postobligatorias, mantendrán el concierto para las enseñanzas equivalentes. *El concierto de estas enseñanzas tendrá el carácter de singular* (Disposición Transitoria sexta 1.). En la Ley de Presupuestos Generales del Estado se determinará el importe máximo de las cuotas

---

<sup>1591</sup> STS de 2 de julio de 1992 (RJ. 6480).

<sup>1592</sup> En un concierto educativo en régimen general una de sus cláusulas es: “El titular del centro, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 51.1 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación y 14 del Real Decreto 2377/1985 de 18 de diciembre, se obliga a impartir las enseñanzas objeto de este concierto: -gratuitamente, sin percibir concepto alguno que, directa o indirectamente, suponga una contrapartida económica por la impartición de dichas enseñanzas; - de acuerdo con los correspondientes programas y planes de estudio y con sujeción a las normas de ordenación académica en vigor.”

Mientras que en un concierto en régimen singular la cláusula es la siguiente: “El titular del centro concertado se obliga a impartir las enseñanzas objeto de este concierto de acuerdo con los correspondientes programas y planes de estudio y con sujeción a las normas de ordenación académica en vigor, según lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, salvo lo relativo a la impartición gratuita de la enseñanza, por cuyo concepto podrán percibir de los alumnos las cantidades que, en concepto de financiación complementaria, se fijen en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, en la Disposición Adicional Sexta del Reglamento citado y en las demás disposiciones de desarrollo”.

<sup>1593</sup> Díaz Lema, *Los conciertos...* cit., p. 81

que los centros con concierto singular podrán percibir de las familias (Disposición Transitoria sexta 4).

Renuevan este tipo de conciertos en régimen singular en las condiciones que se estipulan en los mismos, los centros docentes privados de Bachillerato y centros que impartan enseñanzas de Formación Profesional de segundo grado/ Ciclos Formativos de grado superior.

#### 11.5.2. La Disposición Transitoria tercera de la LODE. Posiciones doctrinales.

La LODE regula otro tipo de concierto singular en la Disposición Transitoria tercera y se refiere a aquellos centros privados que estaban subvencionados a la entrada en vigor de la Ley y no podían acogerse al régimen general de conciertos por insuficiencia de consignaciones presupuestarias, estableciéndose un periodo de tres años para su incorporación al régimen general. En este período se fijarán por el Gobierno las cantidades que los centros puedan percibir de los alumnos en concepto de financiación complementaria a la que procede de fondos públicos.

Solo razones presupuestarias justifican este tipo de conciertos singulares, en opinión de Díaz Lema. Dicha Disposición, a diferencia de la Disposición Adicional tercera, cuando se refiere a los centros privados no distingue entre enseñanza obligatoria y no obligatoria.<sup>1594</sup> Este concierto singular es distinto del general por tres factores recogidos en la misma Disposición Transitoria tercera: a) la insuficiencia de consignaciones presupuestarias; b) que el centro estuviera subvencionado en el momento de entrada en vigor de la LODE; c) su carácter transitorio al estar limitado en el tiempo.<sup>1595</sup>

El periodo transitorio de tres años concluyó con la OM de 28 de diciembre de 1988 que dictó las normas para la aplicación del régimen de conciertos para el curso 1989/1990, se inició una plena aplicación del régimen de conciertos previsto en la LODE y el RNBCE de 1985 y desaparece la cofinanciación prevista por aportaciones de los alumnos y de fondos públicos, pasando a ser íntegramente pública.

Su diferenciación respecto a los conciertos singulares de la Disposición Adicional tercera de la LODE es que éstos no han tenido la finalidad de adaptar el paso de un determinado régimen a otro y su peculiaridad es que su ámbito de aplicación es a los niveles educativos no obligatorios.<sup>1596</sup>

POSICIONES DOCTRINALES.- A la hora de interpretar este precepto referido a los conciertos singulares, que nacieron en virtud de la Disposición Transitoria tercera, autores como Díaz Lema opinan que lo hicieron con vocación transitoria. Mediante estos conciertos se pretende facilitar el paso del antiguo sistema de subvenciones al nuevo de conciertos. Estos conciertos singulares o transitorios están llamados a desaparecer, hoy desaparecidos.<sup>1597</sup> Para corroborar esta interpretación menciona la STS de 21 de febrero de 1991<sup>1598</sup> que distingue entre el concierto pleno o general y singular o

<sup>1594</sup> Vid., STS de 30 de junio de 1993, FJ.1 (RJ. 4465).

<sup>1595</sup> González M. *El régimen de financiación...* cit., p. 262

<sup>1596</sup> *Ibidem*, p. 263; Díaz Lema, *Los conciertos...* cit., p. 80-81

<sup>1597</sup> *Ibidem*, p. 80

<sup>1598</sup> RJ. 1631

transitorio: solo por razones presupuestarias, que en este caso no han sido alegadas por la Administración, puede ésta denegar el concierto general y sustituirlo por el singular.

Por otra parte, De Los Mozos Touya considera que se puede deducir de la propia LODE un derecho no sometido a las consignaciones presupuestarias, respecto de algunos centros: en virtud de la Disposición Transitoria tercera en relación con el artículo 47.1 LODE. Son los centros privados de niveles educativos básicos, subvencionados en el momento de la entrada en vigor de esta Ley, teniendo derecho al concierto no condicionado a las consignaciones presupuestarias, cuando solicitaren acogerse al régimen de conciertos.

Transcurrido el periodo transitorio de tres años tendrían derecho al concierto pleno, siempre que hubieran solicitado el concierto cuando entró en vigor la LODE y reunieran los requisitos establecidos con carácter general para la renovación de conciertos en el artículo 43.1 RNBCE, excepto el relativo a la insuficiencia de las consignaciones presupuestarias, a la que el artículo 43 condiciona la renovación con carácter general.

Esta limitación presupuestaria no puede imponerse reglamentariamente con respecto a los centros a los que se refiere la Disposición Transitoria tercera de la LODE.<sup>1599</sup> Se trata de *un derecho a término e incondicionado*, en cuanto al concierto en régimen general o concierto pleno y menciona la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 1989 que afirma que “la falta de disponibilidad presupuestaria no motiva la exclusión del régimen de conciertos sino el otorgamiento de un concierto singular”.<sup>1600</sup>

El hecho que se reconozca a favor de estos centros un derecho incondicionado al concierto determina que podrán acceder a él, aunque no se encuentren en ninguna de las circunstancias previstas como preferentes del artículo 48.3 LODE. Por ello a estos centros no podrán aplicárseles los criterios de selección preferente del precepto mencionado transcurrido el periodo transitorio.<sup>1601</sup>

### 11.5.3. Doctrina jurisprudencial.

La doctrina jurisprudencial en este tema comprende varios aspectos tales como el relativo a la interpretación de la Disposición Transitoria tercera, la financiación complementaria y el principio de gratuidad, las clases de conciertos singulares y supuestos en los que los poderes públicos no han respetado este derecho a la concertación.

Así la STS de 2 de julio de 1992<sup>1602</sup> interpreta el texto de esta Disposición de la siguiente forma: “efectuada una interpretación de alcance y contenido de las Disposiciones Transitorias de la LODE y del RD 2377/1985... se infiere, en principio, que todos los centros docentes privados, que en el momento de entrar en vigor el “régimen general de conciertos previsto en la indicada Ley Orgánica” se encontraban subvencionados con arreglo al régimen anterior que aquella deroga, podrían acogerse al mismo pero cuando por “insuficiencia presupuestaria de las consignaciones” así y en aquel momento, no pudieran hacerse, se incorporarían a dicho régimen general en el plazo no superior a los tres años, *más únicamente en tal caso de insuficiencia*

---

<sup>1599</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., pgs. 435-436.

<sup>1600</sup> FJ. 2 in fine, Vid. Actualidad Administrativa 21 (1989).

<sup>1601</sup> Ibidem, De los Mozos Touya...p. 438

<sup>1602</sup> RJ. 6480

*presupuestaria*, lo que daría lugar a la indicada demora en la posibilidad de incorporación al expresado “régimen general de conciertos”, y durante el referido periodo de tres años, el Gobierno imperativamente habla de establecer “para los citados centros” un régimen singular de conciertos en el que fijaran las cantidades que los centros pueden percibir de los alumnos en concepto de financiación complementaria a la proveniente de fondos públicos –justificación y fin exclusivamente económico- sin perjuicio de su sujeción a lo preceptuado en el Título IV de esta Ley”.

Y pone de manifiesto que la financiación complementaria en estos conciertos singulares no es contraria al principio de gratuidad establecido en la Constitución para los niveles educativos básicos, según STS de 30 de enero de 1987 frente a la satisfacción de la totalidad de los costes en el concierto pleno.<sup>1603</sup>

Ha distinguido las dos clases de conciertos singulares afirmando que “es distinto la posición jurídica de los centros con concierto singular obtenido en virtud de las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica y del Reglamento... y la de las Disposiciones Adicionales de la expresada normativa, pues mientras los primeros han gozado de un derecho al concierto durante el periodo de adaptación en dichas disposiciones transitorias previsto, en los segundos reconocidos en dichas disposiciones adicionales en rigor jurídico no se puede hablar de un derecho al concierto educativo sino de su “mantenimiento” que, realmente, es más precario, en tanto en cuanto persistan las circunstancias que lo aconsejaron, que pueden ser de antemano previstas en el acto de la formalización del concierto y, en particular, de la disponibilidad financiera presupuestaria del Estado, supuesta la prioridad de la financiación destinada a los “conciertos generales”.<sup>1604</sup>

La STS de 30 de junio de 1993 resuelve el supuesto de un centro privado de Formación Profesional en Valencia, de nivel no obligatorio que estaba sostenido con fondos públicos cuando entró en vigor la LODE, por mandato de su Disposición Adicional tercera, habría de ajustarse “a lo establecido en la misma para los centros concertados”, disponiéndose en aquella que “a tal efecto se establecerán los correspondientes conciertos singulares; pues bien, si la indicada Disposición Adicional se pone en relación con la normativa jurídica contenida en el apartado 1 de la Disposición Transitoria tercera de la citada Ley y con la Disposición Transitoria del RD 2377/1985, que sustancialmente reproduce el texto de la anteriormente aludida se llega a poder afirmar que *“todos los centros privados –sin distinción entre niveles obligatorios y no obligatorios, pues la norma no los distingue, que a la entrada en vigor del régimen general de conciertos previsto en la LODE, estaban subvencionados – literalidad sustancialmente equivalente a la de sostenidos con fondos públicos, que la mentada Disposición Adicional tercera de la ley emplea, tienen derecho al concierto singular, cuando por motivos presupuestarios no puedan ser acogidos en el aludido “régimen general”. Otra cosa sería el supuesto que el concierto educativo singular fuera solicitado inicialmente, sin concurrir el hecho de la existencia anterior a la subvención, a la que dicho derecho transitorio alude”*.<sup>1605</sup>

---

<sup>1603</sup> RJ. 342. En los conciertos singulares la partida de los costes escolares correspondiente a “Otros gastos” podrá repercutirse a los alumnos, a través de un sistema de precios complementarios autorizados por la Administración, en virtud de autorización contenida en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

<sup>1604</sup> STS de 29 de abril de 1994 (RJ. 3417).

<sup>1605</sup> FJ.1 (RJ. 4465).



Se han dado supuestos en los que la Administración no ha respetado este derecho al concierto y los Tribunales han anulado las disposiciones correspondientes por vulnerar derechos fundamentales. Así la STS de 16 de enero de 1987<sup>1606</sup> desestima el recurso interpuesto por la Generalitat Valenciana y confirma la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 23 de septiembre de 1986 que anuló la Resolución de la Consejería de Cultura Educación y Ciencia de Valencia de 17 de mayo de 1986 por la que se excluye del concierto educativo a un centro docente que 15 unidades de EGB subvencionadas, por vulnerar derechos fundamentales de la persona. Según el Alto Tribunal la apelación “no refleja que existan criterios o razones objetivas que puedan justificar que al centro recurrente no se le aplique el régimen singular de conciertos a que se refiere la Disposición Transitoria tercera de la L.O. 8/1985”.

En otro caso el Tribunal Supremo desestimó el recurso presentado por el Letrado del Estado y confirmó la sentencia apelada de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 1986 que anuló la Resolución del MEC de 3 de julio de 1986 que denegaba el concierto a un centro docente subvencionado al cien por cien y clasificado provisionalmente. El Supremo en sentencia de 17 de marzo de 1987 recuerda que el poder público no puede añadir motivos denegatorios a los que están establecidos por la Ley. “La Disposición Transitoria tercera de la L.O. 8/1985 de 3 de julio únicamente prevé como causa determinante para la exclusión de los conciertos, la insuficiencia de las consignaciones presupuestarias correspondientes para cuyos supuestos se establece un régimen singular, sin que por tanto resulte legalmente amparada la posibilidad de incorporar motivos denegatorios distintos, cual hace el Reglamento de 18 de diciembre de 1985 al distinguir, con regímenes distintos los centros clasificados provisional y definitivamente”.<sup>1607</sup>

La STS de 21 de junio de 1999 resuelve un supuesto de una fundación benéfico-social subvencionada con fondos públicos al entrar en vigor la LODE en los niveles no obligatorios –BUP y COU- y se plantea la cuestión si es posible la denegación por insuficiencia presupuestaria. “Conforme a la Disposición adicional tercera de la LODE y sexta del RNBCE el establecimiento de estos conciertos, dada su singularidad, devienen obligatorio para la Administración respecto del centro, que cual ocurre en el momento presente, cumplen los presupuestos legales para su concesión. La insuficiencia presupuestaria podrá determinar otras consecuencias, pero nunca su denegación. *El criterio de la Sala es que existiendo realmente un presupuesto general que cubre los gastos que la aplicación de la norma comporta, sería preciso que la Administración justificase que, en un caso concreto, lo presupuestado no alcanza a cubrir todas las necesidades derivadas de aquella. Aún así operaría otros mecanismos para subvenir al gasto, pero no impediría la aplicación del concierto singular.* Un ejemplo de ello lo tenemos en el régimen de conciertos generales previsto en la Disposición Transitoria tercera LODE respecto a los centros subvencionados antes de su entrada en vigor, con relación a la enseñanza obligatoria en la que se prevé que la insuficiencia de consignaciones presupuestarias no impide el reconocimiento del

---

<sup>1606</sup> RJ. 8

<sup>1607</sup> FJ.1 (RJ. 1500). Vid., SSTS de 30 de marzo de 1987 (RJ. 1604) y 22 de abril de 1987 (RRJJ. 2995, 2997) que desestiman recursos interpuestos por el Gobierno contra S.S.A.N. que habían declarado el derecho de unos centros privados al concierto educativo, concierto que había sido denegado por la OM de 3 de julio de 1986.

derecho, determinando su aplazamiento, y el otorgamiento en el ínterin de un concierto singular”<sup>1608</sup>

#### 11.5.4. Supuestos de derecho excepcional al concierto educativo.

La Disposición Adicional primera, apartado 2 y la Disposición Adicional segunda del RD 2377/1985 recogen unos supuestos de derecho excepcional al concierto; se refieren a centros privados que hayan sido objeto de clasificación provisional o de autorización excepcional y transitoria, sin clasificación o autorización definitiva, dependiendo de que el centro haya sido creado antes o después de la LGE de 1970, cuando atiendan necesidades urgentes de escolarización que no puede ser satisfecha de otro modo.

Se trata de supuestos excepcionales que no le son de aplicación alguno de los requisitos o de las obligaciones previstas que han de cumplir los centros, en base a razones excepcionales. En una situación normal el concierto debe ir precedido de la preceptiva autorización con carácter definitivo, o lo que es lo mismo, “la autorización o clasificación definitivas son exigencia ineludible para concertar o renovar el concierto”<sup>1609</sup>.

En estos supuesto la Administración está obligada a otorgar el concierto si no existe otro modo de satisfacer las necesidades de escolarización, por lo que puede hablarse de un derecho, aunque excepcional, a favor de los siguientes centros privados:<sup>1610</sup>

a) Centros privados de niveles obligatorios y no obligatorios sin autorización definitiva, que no estaban subvencionados cuando entró en vigor la LODE. Clasificados provisionalmente antes de la LGE de 1970 (OM de 19 de junio de 1971) o con autorización de carácter excepcional y transitorio (OM de 22 mayo de 1978) que atendiesen a necesidades de escolarización que no pueden ser satisfechas de otro modo.

Si estaban subvencionados cuando entró en vigor la LODE el régimen de autorización es indiferente con respecto al reconocimiento del derecho al concierto en la fase transitoria, según la jurisprudencia.

La duración del concierto es de un año, prorrogable si el centro obtiene la clasificación definitiva o si subsisten las necesidades de escolarización que motivaron la suscripción del concierto, conforme al RD 139/1989 que modificó el inciso de la Disposición Adicional primera, apartado 2 del RN BCE que establecía un plazo de duración de tres años improrrogables, salvo si obtuviese la clasificación definitiva, y señalaba, asimismo, la posibilidad de que el concierto pudiera prever la extinción progresiva de unidades escolares.

Este inciso fue anulado de acuerdo con la STS de 20 de enero 1987<sup>1611</sup> que afirmó que “el derecho al concierto no puede quedar condicionado a la extinción progresiva de unidades escolares, es decir, a la desaparición del colegio sin darle la oportunidad de que pudiera obtener la autorización definitiva; se trataba de una

---

<sup>1608</sup> FJ.2 (RJ. 5107). En la misma línea la STS de 30 de junio de 1993 (RJ. 4465).

<sup>1609</sup> STS 30 de enero de 1991, FJ. 5 y 6, (RJ. 479).

<sup>1610</sup> De Los Mozos Touya I., *Educación en libertad...* cit., p. 459-460

<sup>1611</sup> RJ. 316; Vid. STS de 21 de julio de 2000 FJ.6 F) (RJ. 6172).

previsión reglamentaria contraria a la LODE y al derecho a crear centros docentes del artículo 27.6 CE.”

b) Centros privados de niveles obligatorios que no cuentan con el número total de unidades correspondientes al nivel concertado. Son los supuestos de centros que atienden a poblaciones rurales o suburbanas cuya demanda escolar no pueda satisfacerse de otro modo. (Disposición Adicional segunda del RNBCE).

Es decir, no se les exige, por razón excepcional, el cumplir los requisitos del artículo 16 del RNBCE que se refiere a tener en funcionamiento el número total de unidades escolares del nivel concertado. Y por esta misma razón cabe deducir que es un derecho al concierto que no está en función de las consignaciones presupuestarias, ni se aplican los criterios de preferencia, ni se les exige un determinado tipo de autorización, basta con que el centro esté autorizado para funcionar.<sup>1612</sup>

#### 11.6. Alusión a la LOGSE de 1990. Incidencia sobre los conciertos.

La LOGSE procedió a la reforma del plan de estudios, lo que dio lugar a una nueva clasificación de centros en función de los niveles educativos para los que estuviesen autorizados. Ello provocó la necesidad de una adaptación de las autorizaciones en vigor.<sup>1613</sup> La adecuación de la autorización a la nueva normativa afecta a los conciertos vigentes, fundamentalmente por el límite máximo de los alumnos en cada unidad escolar.

También la LOGSE amplió la enseñanza básica de los catorce a los dieciséis años y ello obliga a readaptar los conciertos en vigor. Conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria tercera de la LOGSE las unidades concertadas serán ampliadas o disminuidas según que los centros cuenten o no con autorización para impartir la Enseñanza Secundaria Obligatoria.

Se disminuirán automáticamente si no están autorizados (Disposición Transitoria tercera, apartado 1); el concierto será ampliado a aquellos centros que tengan autorización (definitiva) (apartado 2); si solo tienen autorización temporal, el concierto tendrá una duración de un año o dos, según los casos prorrogables (apartados 3 y 4); y los centros de Formación profesional de segundo grado que tuvieran suscrito un concierto singular, si cuentan con la pertinente autorización, podrán modificarlo (apartado 5).<sup>1614</sup>

#### 11.7. Contenido del concierto educativo.

Como pone de manifiesto Aisa Sola, el legislador en la LODE se enfrentó a la necesidad de integrar dentro de una red única de centros sostenidos con fondos públicos a un número importante de centros privados que representaban casi un tercio de los alumnos en edad de escolarización obligatoria. Y esta absorción debía llevarse a cabo asegurando el acceso igualitario y que en ningún caso se produciría discriminación por motivos económicos.

---

<sup>1612</sup> Ibidem, p. 461

<sup>1613</sup> Ibidem, p. 480 y ss.; Vid., Disposición Adicional octava de la LOGSE

<sup>1614</sup> Vid., Díaz Lema, *Los conciertos...* cit., p. 83

Discriminación que podía producirse por tres vías: a) por el grado de financiación de los centros privados; la percepción de cantidades complementarias podrían limitar el acceso de algunos alumnos a estos centros, por lo que se imponía un sistema de conciertos que cubriese la totalidad de los gastos del centro y prohibiese expresamente la percepción de cualquier cantidad a los alumnos en concepto de gastos de estudio.

b) por existir servicios complementarios de la actividad principal educativa, que los centros podían prestar a los alumnos y que no todos los alumnos necesitaban por igual; por ejemplo, comedor, transporte, actividades de recuperación, o cursos especiales.... La LODE permite la prestación de estos servicios y actividades complementarias si bien han de ser voluntarias y autorizadas por la Administración educativa competente.

c) el régimen de admisión de alumnos, que se optó por someter el mismo régimen a centros públicos y privados sostenidos con fondos públicos partiendo de la declaración de no discriminación del artículo 14 CE.

El Tribunal Supremo ha afirmado que “en la concesión de “ayudas económicas” a los centros concertados en vista a la “*gratuidad de la enseñanza*”, la Administración ha de asegurar que todos los centros privados concertados tengan acceso a las subvenciones destinadas a inversiones, en igualdad de condiciones que los centros de titularidad pública, dentro del mismo nivel educativo, con la finalidad de que todos los alumnos de dicho nivel, tengan igualdad de oportunidades para el ejercicio del derecho a la educación; cuya probanza de tal igualdad de condiciones es carga procesal de la Administración cuando es alegada por ésta”.<sup>1615</sup>

El artículo 48.1 de la LODE en su momento<sup>1616</sup> y hoy el artículo 75.3. de la LOCE dispone que “*el concierto establecerá los derechos y obligaciones recíprocas* en cuanto al régimen económico, duración, prórroga y extinción del mismo, número de unidades escolares concertadas y demás condiciones de impartición de la enseñanza, con sujeción a las disposiciones reguladoras del régimen de conciertos y del procedimiento administrativo”.

Es decir, el concierto establecerá los derechos y obligaciones recíprocas que se refieren a los distintos aspectos a tener en cuenta.

El régimen de conciertos que se estableció en la LODE, y ahora recoge en los aspectos fundamentales la LOCE, implica, por parte de los titulares de los centros, la obligación de impartir gratuitamente la enseñanza objeto de los mismos.<sup>1617</sup> Y las actividades escolares en los centros, tanto docentes como complementarias o extraescolares y los servicios complementarios no podrán tener carácter lucrativo.

La gratuidad<sup>1618</sup> de la enseñanza será posible siempre y cuando el módulo económico por unidad cubra la totalidad de los gastos reales del centro; ya que la cuantía de módulo deberá asegurar que la enseñanza se imparta en condiciones de gratuidad (artículo 76.3 LOCE)<sup>1619</sup>

---

<sup>1615</sup> STS de 14 de abril de 1994, FJ. 1, párrafo 3, (RJ. 3126).

<sup>1616</sup> Derogado por la Disposición Derogatoria única, apartado 3 de la LOCE, pero esta materia está regulada en el artículo 75.3 de la LOCE de contenido muy similar al precepto derogado.

<sup>1617</sup> Artículo 51.1 de la LODE

<sup>1618</sup> El concepto de gratuidad es obviamente distinto y más amplio que el que comporta únicamente la ausencia de lucro, STS de 18 de noviembre de 1988, FJ. 4 (RJ. 8775)

<sup>1619</sup> Y así también lo recogía el artículo 49.3 LODE, modificado por la Disposición Final primera de la LOPEGCD de 1995 que incorporó al texto legal los criterios introducidos por el Reglamento de desarrollo.

Este régimen económico de los conciertos tiene relación directa con el ejercicio efectivo de la libertad de enseñanza en su dimensión de elección del tipo educativo (artículo 76.1 LOCE), y por tanto de centro docente distinto a los creados por los poderes públicos.

El mecanismo establecido persigue que los fondos públicos no sirvan para un enriquecimiento ilícito ni para marginar a los menos favorecidos por la imposibilidad de acceder al pago de las cuotas resultantes.<sup>1620</sup>

Y la otra obligación del titular del centro es la de excluir toda posibilidad de ánimo de lucro tanto en las actividades escolares como en la extraescolares y de servicios.<sup>1621</sup>

Para ello se ha establecido por la Ley un control para el cobro de cualquier cantidad a los alumnos, en concepto de actividades complementarias y de servicios, que se inicia en el propio seno del centro al atribuirse al Consejo escolar la competencia de propuesta y además es precisa la autorización administrativa.<sup>1622</sup>

Por otra parte, los poderes públicos tienen la correlativa obligación de suministrar la financiación necesaria y suficiente para que la gratuidad sea efectivamente posible, cubriendo en su totalidad los costes de la enseñanza (artículo 76.3 LOCE), ya que es evidente, que, si un centro escolar tiene gastos razonables y exigidos por su funcionamiento normal, la gratuidad en este centro es imposible cuando la financiación con fondos públicos no cubre totalmente estos gastos.

En torno a este tema el Tribunal Constitucional manifestó que a través del sistema de conciertos el legislador, al mismo tiempo que garantiza que la enseñanza se imparte en condiciones de gratuidad puede imponer el carácter no lucrativo de las actividades complementarias, extraescolares y de servicio.

“El cálculo de los ingresos totales habrá de hacerse garantizando la cobertura de los gastos totales de estas actividades, pero no puede invocarse de modo convincente argumento alguno basado en derechos fundamentales o en normas constitucionales de otro género a favor de un supuesto beneficio empresarial derivado de actividades en los centros concertados. Estas son las que no podrán tener carácter lucrativo. (STC 77/1985, FJ.13). Y matiza, *bien entendido que un centro que haya aceptado el régimen de conciertos, sí podrá desempeñar otras actividades docentes con carácter lucrativo fuera del nivel de enseñanza sometido a concierto*. Todas las actividades mencionadas genéricamente en el artículo 51.2 constituyen un conjunto que hace posible la formación total del alumno, o bien de modo directo o bien con carácter instrumental”.

---

<sup>1620</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27, Enseñanza...* cit., p.218.

<sup>1621</sup> Artículo 51.2 de la LODE, modificado por la Disposición final primera, apartado 2, dispone : “En los centros concertados, las actividades escolares y las extraescolares y los servicios escolares no podrán tener carácter lucrativo. El cobro de cualquier cantidad a los alumnos en concepto de actividad escolar complementaria deberá ser autorizado por la Administración educativa correspondiente”.

<sup>1622</sup> El artículo 51.3 LODE: “En los centros concertados, las actividades extraescolares, así como las correspondientes cuotas que deban aportar los usuarios, deberán ser aprobadas por el Consejo escolar del centro y comunicadas a la Administración educativa correspondiente (...) Las Administraciones educativas establecerán el procedimiento de aprobación de los servicios escolares que presten los centros y de sus correspondientes cuotas...”

Y el artículo 57.g) de la LODE dispone que “Corresponde al Consejo escolar proponer, en su caso, a la Administración la autorización para establecer percepciones a los padres de los alumnos por la realización de actividades escolares complementarias”.

Se dio un supuesto de un centro docente que había suscrito un concierto educativo por cinco unidades y por inexistencia de alumnos estuvo funcionando con cuatro unidades. El Tribunal Supremo señaló que lo lógico habría sido “renunciar a la dotación global, disminuyéndola hasta la correspondiente a las unidades reales”. El recurrente alegó que “no existió ánimo de lucro del titular del centro pues el concierto no da derecho (a éste) a percibir ni una sola peseta: solo el profesor recibe directamente de la Administración educativa sus remuneraciones”. El Alto Tribunal estimó “en cuanto al lucro del que se ha beneficiado aquel, pocas consideraciones son precisas para entender que, *si se perciben unos fondos públicos por un servicio pactado que de hecho no se presta, se produce el injusto enriquecimiento de quien los recibe*: la alegación del recurrente en el sentido que solamente los profesores reciben las cantidades concertadas *ni responde a la realidad* (pues en el cálculo de los módulos por unidad las cantidades correspondientes a salarios son una parte, que deben sumarse a otras, como las asignadas a gastos de personal, de administración y servicios, gastos de mantenimiento y conservación y de reposición de inversiones), *ni es admisible*, desde el momento en que la relación convencional se fija entre el titular y la Administración, quien abona los salarios directamente al profesorado como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, siendo esta jurídicamente beneficiaria de la contraprestación”.<sup>1623</sup>

#### 11.8. Requisitos legales que se han de cumplir para acceder al régimen de conciertos.

El artículo 27.9 CE atribuye al legislador la fijación de los requisitos que han de reunir los centros para ser ayudados por los poderes públicos. La LOCE habilita al gobierno para establecer las normas básicas a que debe someterse los conciertos, pero especifica con claridad sobre qué requisitos puede recaer la regulación gubernamental (artículos 75.2 y 3).<sup>1624</sup> En consecuencia, y dada la reserva legal que la propia Constitución establece, sería inconstitucional que el Gobierno introdujera reglamentariamente requisitos sustantivos y no meras articulaciones técnicas del ejercicio del derecho para las que está facultado.<sup>1625</sup>

Tanto la LODE como el RNBCE de 1985 y la LOCE de 2002 han desarrollado el artículo 27.6 y 9 CE y establecido una serie de requisitos. Cabe distinguir los siguientes:<sup>1626</sup>

1) Los requisitos obligatorios, entre los que se encuentran los de carácter general –como puede ser la autorización administrativa para impartir enseñanza-, y aquellos cuyo cumplimiento es una condición “sine qua non” para acceder al concierto.

2) Los criterios de preferencia -el artículo 75.5 de la LOCE<sup>1627</sup> y Título III del RNBCE- que no son requisitos en sentido estricto sino criterios valorativos que se aplican para admitir o rechazar las solicitudes de los centros docentes.

3) Los elementos que definen el estatuto jurídico de centro concertado y que son la gratuidad, a la que nos hemos referido más arriba; las normas de participación de la comunidad educativa en el control y gestión del centro y el régimen de admisión de alumnos. Son elementos que configuran el régimen jurídico de los centros, no son

<sup>1623</sup> STS de 15 de noviembre de 200 RJ. 5, párrafo 2, (RJ. 8906).

<sup>1624</sup> De la misma forma que hacía la LODE, artículos 47.2 y 48.1.

<sup>1625</sup> Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 216.

<sup>1626</sup> Vid. Aisa Sola, *Los conciertos...* cit., pgs. 245 y ss.

<sup>1627</sup> De contenido similar al artículo 48.3 de la LODE.

requisitos previos para el concierto, sino más bien consecuencia de haber accedido al régimen de conciertos y la condición para mantenerse en él.<sup>1628</sup>

La STS de 18 de octubre de 1990 se refiere a los requisitos en los siguientes términos: “la llamada “dimensión prestacional” del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza –sentencia de 10 de mayo de 1988- expresa la garantía constitucional del derecho de opción que corresponde a los padres conforme al número 3 del artículo 27 y es compatible, y hasta presupone, el sistema mixto, tradicional en España, al tiempo que contribuye a la realización del derecho a la educación básica obligatoria y gratuita dentro de las consignaciones presupuestarias. Pero para la efectividad de este derecho, los centros privados que solicitan la ayuda de los poderes públicos han de cumplir los requisitos que la ley establezca y asumir las obligaciones que aseguran el destino de los fondos públicos recibidos con las consecuencias que la ley determine”.<sup>1629</sup>

Ahora vamos a proceder a la enumeración de los requisitos obligatorios y obligaciones que asume el Titular del centro que suscribe un concierto y que son fundamentalmente los siguientes:

#### 11.8.1. La autorización administrativa previa.

Este más que un requisito especial de los centros concertados es un requisito general y común que debe cumplir todo centro docente que pretenda incorporarse al sistema educativo del Estado, sea público o privado, concertado o no, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la LODE.<sup>1630</sup>

En opinión de Aisa Sola este requisito es la justa correspondencia del alto grado de autonomía y responsabilidad que el Estado otorga a los centros docentes privados que gozan de plena capacidad académica;<sup>1631</sup> el reconocimiento de esta facultad extraordinaria exige que la Administración educativa controle previamente el cumplimiento de los requisitos mínimos a que se refiere el artículo 14 de la LODE.

Fueron desarrollados por el RD 1004/1991 de 14 de junio, y son los siguientes:

- Los centros docentes deberán estar situados en edificios independientes, destinados exclusivamente a uso escolar.
- Las instalaciones docentes y deportivas deberán reunir las condiciones higiénicas, acústicas, de habitabilidad y de seguridad que se señalen en la legislación vigente.
- Los centros docentes deberán disponer de condiciones arquitectónicas que posibiliten el acceso de alumnos con problemas físicos.

---

<sup>1628</sup> A ellos nos hemos referido ampliamente en los capítulos III y V de este trabajo y a los que nos remitimos.

<sup>1629</sup> FJ.2, párrafo 2 (RJ. 7968).

<sup>1630</sup> Artículo 14 de la LODE dispone: “ Todos los centros docentes deberán reunir unos requisitos mínimos para poder impartir las enseñanzas con garantía de calidad. El Gobierno establecerá reglamentariamente dichos requisitos mínimos. 2. Los requisitos mínimos se referirán a la titulación académica del profesorado, relación numérica alumno/profesor, instalaciones docentes y deportivas y número de puestos escolares”.

<sup>1631</sup> Es decir, las actas de los profesores del centro y las certificaciones de su Director son automáticamente revalidadas por la Administración educativa y dan derecho al alumno a obtener su correspondiente título sin ninguna otra intervención del Estado.

- Los profesores dispondrán de la titulación académica suficiente para desempeñar sus funciones.
- La relación numérica alumno/profesor cumplirá las condiciones de calidad exigibles para la impartición de la enseñanza.

Estos requisitos deberán ser cumplidos por los centros creados a partir de la nueva ordenación del sistema educativo implantado por la LOGSE respecto a los ya existentes, conforme a su disposición adicional octava, adquirirán automáticamente la condición de centros autorizados.

Tanto el artículo 23 de la LODE como el artículo 5.1 del RNBCE recogen los requisitos de la autorización para poder acogerse al régimen de concierto y el procedimiento a través del cual se controla el cumplimiento de estos requisitos se regula el RD 332/1992 de 3 de abril.

A la necesidad de este requisito de autorización previa se ha referido el Tribunal Supremo en diversas ocasiones y así en la sentencia de 18 de octubre de 1990 recuerda que “la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación somete la apertura y funcionamiento de los centros privados al principio de autorización administrativa (artículo 23 ) al tiempo que apodera al gobierno para establecer los requisitos mínimos que deben reunir todos los centros para impartir las enseñanzas con garantía de calidad (artículo 14).<sup>1632</sup>

Y la sentencia de la Audiencia Nacional afirma que “en todo caso, está claro no solo porque venga expresamente previsto en las normas vigentes sobre la materia, sino por elementales reglas de la lógica y la prudencia, no puede admitirse la posibilidad de concierto respecto a unidades no autorizadas, pues precisamente *a través de la autorización la Administración educativa controla la adecuación a la legalidad de los centros privados* de forma que solo excepcionalmente se podrá reconocer el derecho al concierto educativo respecto a unidades no autorizadas”.<sup>1633</sup>

El artículo 43.1 del Reglamento presupone que el centro peticionario se encuentra autorizado administrativamente para funcionar y que dicha autorización se extienda al número y clase de unidades escolares que pretenda concertar;<sup>1634</sup> y además, el que reúna estos requisitos mínimos supone que se encuentran en condiciones de impartir la enseñanza con un determinado nivel de calidad.<sup>1635</sup>

#### 11.8.2. Mantener en funcionamiento el número de unidades concertadas.

Un segundo requisito es que el titular se obligue a “tener en funcionamiento el número total de unidades escolares correspondientes al nivel o niveles de enseñanza objeto del concierto (artículo 16 RNBCE). A ello se refiere el Tribunal Supremo<sup>1636</sup> poniendo de manifiesto que “por lo demás es inaceptable que el titular del centro pretenda ahora eludir su responsabilidad propia al incumplir las obligaciones que

<sup>1632</sup> FJ. 3, párrafos 2 y 4 (RJ. 7745). Otras sentencias como la de 10 de enero de 1991, FJ. 4 (RJ 234), 10 de octubre de 1990, FJ.3 (RJ. 7607), 21 de julio de 2000 FJ. 6, párrafo E) (RJ. 6172).

<sup>1633</sup> Recurso 05/59.521/1989

<sup>1634</sup> STS de 30 de enero de 1991 (RJ. 479)

<sup>1635</sup> STS de 30 de mayo de 1990 (RJ. 5086).

<sup>1636</sup> En el caso ya mencionado con anterioridad, epígrafe 11.7. in fine



asumió al suscribir el concierto tratando de derivarlas a terceros: si no había suficientes solicitudes de alumnos para cubrir las plazas correspondientes a cinco unidades, lo lógico era cuando menos, renunciar a la dotación global, disminuyendo solo hasta la correspondiente a las unidades reales. Seguir percibiendo toda la ayuda pública a pesar de que la quinta unidad concertada no existía realmente, es una conducta que vulnera de modo grave, sin duda, las normas reguladoras de este tipo de conciertos educativos”.<sup>1637</sup>

Por otra parte el recurrente alega que no se produjo incumplimiento del concierto cuando el centro escolar tuvo “a la plena disponibilidad de la Administración docente medios humanos para cinco unidades”. El motivo no puede ser estimado –añade el Tribunal- ya que “el concierto obliga no a tener disponible sino “a tener en funcionamiento” el número total de unidades escolares concertadas como afirma literalmente el artículo 16 del RD 2377/1985. El incumplimiento de este deber, en los términos en que lo hizo el titular del centro, constituye un supuesto paradigmático de los dispuestos en el artículo 47, letra c) del citado RD”.<sup>1638</sup>

### 11.8.3. Mantener una relación media alumno/profesor por unidad escolar. Doctrina jurisprudencial.

El tercero de los requisitos es el mantenimiento de una determinada relación media alumno/profesor por unidad escolar;<sup>1639</sup> no inferior a la que la Administración determine, teniendo en cuenta la existente para los centros públicos de la comarca, municipio o en su caso, distrito en que esté situado el centro (artículo 16 RNBCE). La STS de 3 de julio de 1995 resuelve un supuesto en que se interpone recurso contra la OM de 9 de mayo de 1991 que acordaba rescindir un concierto escolar a un centro de Formación Profesional de primer grado, que no tuvo en cuenta la referencia pormenorizada exigida por este artículo, y la peculiaridad de la enseñanza dispensada por el centro, al no constar la existencia de otros iguales en la comarca, municipio o distrito.<sup>1640</sup>

Si bien cuando existan razones justificadas por las que los centros no cumplan con la ratio, podrá exceptuarse el cumplimiento de la obligación. Se da cuando a la celebración del concierto pueda preverse que “en un plazo no superior a la mitad de la duración del mismo, alcancen la relación media alumno/profesor requerida (artículo 17 b) RNBCE). Este precepto establece una excepción por “razones suficientemente justificadas” que pueden referirse a centros de nueva creación que necesiten ponerse en marcha de un modo gradual, o bien otra razón podría ser satisfacer necesidades de escolarización que no pudieran atenderse de otro modo.”<sup>1641</sup>

<sup>1637</sup> STS de 15 de noviembre de 2000 FJ. 4, párrafo 5, (RJ. 8906).

<sup>1638</sup> Ibidem, FJ.5

<sup>1639</sup> De Los Mozos Touya opina que se trata de una obligación nacida del concierto y por tanto no podrá exigirse con anterioridad a su celebración –como si fuera un requisito-, y ello al ser así tiene importantes repercusiones prácticas, como el que el artículo 46.1 del RNBCE establece que las variaciones en los conciertos dará lugar a su modificación y no afectará a los requisitos que originaron su aprobación. En *Educación en libertad...* cit., pgs. 607-608.

Según la LODE (artículos 14 y 23) y el Reglamento (artículo 16) es una obligación. El Tribunal Supremo así lo considera en sentencias de 2 de julio de 1992 (RJ. 6478), 2 de julio de 1992 (RJ. 6479), 22 de octubre de 1993 (RJ. 8124); si bien en otras sentencias lo considera como requisito para otorgar o renovar un concierto, STS de 5 de febrero de 1990 (RJ. 493), 21 de noviembre de 1990 (RJ. 8726).

<sup>1640</sup> FJ. 3, párrafo 4, (RJ. 5495); Vid., STS de 12 de febrero de 1996, FJ. 2, (RJ. 2638).

<sup>1641</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., p. 567. Vid. STS de 21 de enero de 2000, FJ. 2 apartado d) (RJ. 1576).

La exigencia de una ratio mínima es compatible con el mandato constitucional de ayuda de los poderes públicos a los centros docentes recogido en el artículo 27.9 CE y tiene como finalidad asegurar el uso coherente y racional de los recursos públicos, basado en *la proporcionalidad que debe existir* entre el gasto público y el coste de la unidad escolar concertada; y por otra parte responde a una idea de proporcionalidad aritmética que persigue lograr una adecuada calidad de enseñanza que sin duda quedaría frustrada ante la excesiva acumulación de alumnos en una sola aula.<sup>1642</sup> Así como *impedir* que por la vía de una atención más personalizada pueda crearse *situaciones discriminatorias* en cuanto a la calidad de la enseñanza entre alumnos de distintos centros.<sup>1643</sup>

Una Resolución de la Dirección General de centros escolares que determina la relación alumno/profesor distingue dos supuestos:<sup>1644</sup>

- El de los centros con una sola unidad para cada curso. El motivo de fijar una relación *bastante inferior* a la máxima es la de mantener en cada caso una ratio que, sin embargo, no se aleje excesivamente de la que mantienen los centros públicos, pues de no imponerse una exigencia mínima a los privados, estos recibirían una ayuda del Estado que les permitiría impartir una enseñanza más personalizada que los públicos, al tener menor número de alumnos por clase lo que supondría que podrían crearse con fondos públicos centros privados respecto de los que se produjera una inaceptable discriminación perjudicial a los públicos.<sup>1645</sup>

- El supuesto de centros con varias unidades por curso. En este caso el problema es de ámbito organizativo, puesto que se trata de constituirlos de forma que *no rebasen los máximos legales* permitiendo, una vez admitido que la satisfacción del derecho constitucional a la educación se produce siempre que la relación alumno/profesor se sitúe dentro de los parámetros legales.

La determinación de la relación media alumno/profesor por unidad escolar que debe ser realizada por la Administración –como recuerda el Tribunal Supremo-<sup>1646</sup> *no ha de hacerse de una manera discrecional, sino que “debe ser real y referida en cada caso, no genéricamente a la provincia, sino a la comarca, municipio o distrito”*.

---

<sup>1642</sup> González M., *El régimen de financiación...* cit., p. 271.

<sup>1643</sup> Aisa Sola, *Los conciertos...* cit., p. 251. Un sector doctrinal opina que el concepto de ratio media es un elemento que incide en la desestabilidad de los conciertos educativos “pues no se aplica por la Administración con un criterio correcto al haber sido sustituido por la “ratio unidad” y no en función de datos reales, sino en función de presunciones. Indudablemente los servicios de la Administración pueden tener unos criterios aproximativos, pero de ahí a denegar el concierto de unidades por un pequeño margen a la baja de la ratio conlleva un grave daño al administrado, especialmente cuando le desaparecen las primeras unidades de Primaria, porque supone que el centro no va a disponer de futuro”. Falcón Alonso, *Naturaleza y régimen...* cit., p. 284.

Por otra parte De Los Mozos Touya considera que se trata de una exigencia derivada de criterios económicos, de una hipotética paridad de trato entre la enseñanza pública y la privada, desde el punto de vista de la financiación. Señala que esta obligación ya se establecía en la normativa anterior a la LODE sobre subvenciones –un mínimo de alumnos- ya que la financiación también se articulaba en torno a los centros. Si la financiación pública –opina la autora- se hubiera establecido a través de los alumnos, esta podría haber impedido tener que establecer criterios globales, alejados de los casos particulares, lo cual hubiera acercado más la problemática de la financiación a la realidad del juego de las preferencias sociales, sin obligar a que ofertas educativas minoritarias desapareciesen por no tener suficientes alumnos. De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., p. 609.

<sup>1644</sup> Vid., STS de 18 de octubre de 1990 FJ. 2 (RJ. 7742); la sentencia justifica la medida de determinar una relación bastante inferior a la máxima en el primer supuesto, y una relación próxima a la máxima en el segundo supuesto.

<sup>1645</sup> En este sentido, STS de 5 de febrero de 1990 (RJ. 993).

<sup>1646</sup> STS de 21 de enero de 2000 FJ.1, (RJ. 1576)

Hay líneas de interpretación distintas en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el criterio de la ratio.

En unas ocasiones afirma que “El artículo 27.9 CE establece que los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca; uno de ellos es *la existencia de una determinada proporción de alumnos por profesor, que compatibilice la calidad de la enseñanza con una utilización apropiada de los fondos públicos*, pues el incumplimiento de dicho requisito podría llevar al absurdo de subvencionar centros privados con unidades escolares que tuviesen un alumno por cada profesor”. El supuesto que resuelve es un colegio que tiene 8 unidades escolares con un total de 127 alumnos, resultando una proporción de 15,87 alumnos por profesor, muy inferior a la de 1/28 fijada para la ciudad de Salamanca, proporción que resulta del expediente administrativo y “*nada se ha pretendido acreditar que lo contradiga. (...) No se ha infringido el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE por el hecho de que se haya aprobado el concierto para otros centros que cumplían dicha exigencia y denegado al recurrente en primera instancia por incumplirla, por no darse la necesaria identidad entre los términos objeto de comparación, y tampoco el artículo 27 CE pues el derecho a crear y mantener centros docentes con la ayuda de los poderes públicos esta subordinado al cumplimiento de los requisitos que la ley establece, entre los que se encuentra la exigencia de un determinado número de alumnos como garantía de un adecuado uso de los caudales públicos*”.<sup>1647</sup>

Hay otros supuestos en los que los Tribunales hacen una interpretación conjunta de la ratio y el criterio de satisfacer necesidades de escolarización –en estos supuestos se deduce la necesidad de que el requisito de la ratio se aplique de manera ponderada-.<sup>1648</sup>

El Alto Tribunal concreta “si bien el centro puede contar con una ratio inferior, tal dato debe conjugarse con las concretas necesidades de escolarización que satisface necesidades que se manifiestan cuando un centro cubre una demanda de plazas que en otro caso no podría satisfacerse o lo sería con grave trastorno para el alumnado.”<sup>1649</sup>

Por otra parte el Tribunal Supremo afirma que “es constitucionalmente valido que los poderes públicos, en su deber de programación de la enseñanza, garanticen la calidad de la misma estableciendo una ratio alumno/unidad como hizo la Disposición Adicional tercera de la LOGSE, en la que se fijó un número máximo de 25 alumnos por

---

<sup>1647</sup> STS 21 de noviembre de 1990 (RJ. 8726) y STS de 5 de febrero de 1990 (RJ. 993). Según S.A.N. de 19 de noviembre de 1992, “el mantener una ratio notablemente inferior a la establecida por la Administración para los centros públicos, es ilógico si se quiere planificar correctamente la programación territorial de la enseñanza, siendo dicho límite conforme con la Constitución (recurso 05/501.931/1990).

<sup>1648</sup> En opinión de Aisa Sola ambos requisitos han de ser separados porque del mismo modo que un centro con una ratio muy baja puede satisfacer las necesidades de escolarización de algunos alumnos que, por su lejanía geográfica no podrían acudir a ningún otro centro, una “ratio” elevada no significa necesariamente que el centro cubra necesidades de escolarización, por proceder sus alumnos, en su mayor parte, de zonas en las que existe una oferta escolar suficiente para ellos, pero que por las razones que sea, no satisfacen sus expectativas. Aisa Sola, *Los conciertos...* cit., p.252.

<sup>1649</sup> STS de 21 de enero 2000 FJ. 1 (RJ. 1576), y en la misma línea, STS de 3 de julio de 1995 FJ.3 (RJ. 5497). La S.A.N. de 25 de enero de 1992 manifiesta que “es la ratio o relación alumno/profesor un elemento valorativo a tener en cuenta, pero nunca un criterio único y determinante sino orientativo y puesto en estrecha relación con otros factores ambientales y socioeconómicos. Visto de esta forma y como criterio elástico, el no alcanzar un centro la ratio media provincial puede no justificar la privación del acceso al régimen de conciertos cuando del índice razonable de ocupación se deduzca que está cubriendo unas también necesidades razonables de escolarización, atendidas las circunstancias geográficas, económicas y sociales propias del sitio, de la época y de las necesidades concretas” (recurso 10/335/1991).

aula para la Educación Primaria y la de 30 alumnos por aula en la Educación Secundaria Obligatoria, y también el hecho de que para no sobrepasar esa ratio se fijen criterios de admisión en el centro sin que en ningún caso se pueda considerar vulnerado el derecho a la elección de centro.”<sup>1650</sup> Así como que cada Administración educativa, en función de la planificación efectuada, en unos casos flexibilizará la ratio alumno/unidad y en otros no, sin que con ello se vulnere el derecho a la igualdad y más cuando la propia norma lleve implícita la necesidad de valorar circunstancias diferentes que como lógica consecuencia pueden aconsejar soluciones también diferentes.<sup>1651</sup>

En la Comunidad Autónoma de Madrid es la Dirección General de Centros Docentes, previo informe de la Comisión de conciertos, la que determinará la relación media alumno/profesor por unidad escolar a que se refiere el artículo 16 del RNBCE.<sup>1652</sup>

La Comisión de conciertos analizará las propuestas aportadas adoptando al respecto, por mayoría de sus miembros, los acuerdos que consideren oportunos. En el caso de que no se obtenga mayoría, resolverá la Administración.

De las votaciones realizadas por los miembros de la Comisión para considerar la propuesta de ratios mínimas formuladas por la Administración en el estudio de expedientes se resolvió lo siguiente: Educación Infantil: 12 alumnos; Educación Primaria: 12 alumnos; Educación Secundaria Obligatoria: 15 alumnos; Bachillerato: 15 alumnos; Formación Profesional: 10 a 15 alumnos, dependiendo de la autorización.

David Isaac pone de manifiesto que si se tiene en cuenta que el concierto educativo obliga al titular del centro a impartir gratuitamente la enseñanza del concierto, que las actividades complementarias y los servicios serán voluntarios y que se obliga a tener una relación media alumno/profesor por unidad escolar, no inferior a la que la Administración determine, de hecho se está quitando un grado de autonomía muy elevado en los centros docentes, significa, por ejemplo, que 1) no se puede formar agrupaciones de alumnos de menor número que lo previsto por la Administración, en función de las necesidades marcadas por el carácter propio del centro; 2) no se podrá aumentar la calidad de las actividades previstas, de acuerdo con una mayor intervención en ellas, de esta manera la enseñanza tiene que seguir forzosamente el modelo previsto para los centros públicos; 3) no se podrá compensar a los diferentes cargos directivos en el centro. La ley autoriza a los centros concertados a que desarrollen sus propias estructuras. Sin embargo, no se puede compensar las responsabilidades asumidas económicamente, por no disponer de los fondos necesarios para hacerlo, y no se podrá realizar una compensación económica a los profesores, de acuerdo con criterios de eficiencia; 5) no se podrá realizar inversiones elevadas en tecnología o instalaciones con el fin de desarrollar el carácter propio con mayor eficacia.<sup>1653</sup>

#### 11.9. Criterios de preferencia.

---

<sup>1650</sup> STS de 9 de octubre de 1995 FJ.2 (RJ. 7141) y STS de 3 marzo de 1995 (RJ. 2304).

<sup>1651</sup> Ibidem, FJ. 3, y también STS de 5 marzo de 1996 FJ. 6 letras d) y e), (RJ. 2173).

<sup>1652</sup> Apartado sexto de la Orden 10/2001 de 5 de enero, por la que se dictan normas para la concesión de conciertos educativos a partir del curso académico 2001/02; que se complementa con la Orden 7/2002 de 3 de enero.

<sup>1653</sup> David Isaac, *Posibilidades y limitaciones...* cit., pgs. 55-56.

Los criterios de preferencia a los que se refiere el artículo 75.5 de la LOCE deben ser considerados cuando se den limitaciones presupuestarias insoslayables, pero no podrán ser motivo de exclusión de un centro del régimen de conciertos educativos.

En la concesión de ayudas a los centros concertados para hacer efectiva la gratuidad de la enseñanza, la Administración debe asegurar que todos los centros concertados tengan acceso a las subvenciones destinadas a inversiones en igualdad de condiciones que los centros docentes de titularidad pública del mismo nivel educativo, con la finalidad de que todos los alumnos de dicho nivel tengan igualdad de oportunidades para el ejercicio del derecho a la educación.<sup>1654</sup>

Todo concierto para llevarse a cabo requiere que haya un presupuesto. El Tribunal Supremo en torno a la existencia de consignaciones presupuestarias ha dicho que “la concesión o denegación de subvenciones a centros escolares privados gira alrededor de un régimen de prioridades que las normas jurídicas de aplicación determinan, con supeditación a las disponibilidades presupuestarias de la Administración que haya de otorgarlas. Pues estando dicha concesión en función y directa dependencia de dichas disponibilidades y no al revés, no ha de ser jurídicamente válida la alegación que considera que la Administración tiene el deber de consignar en sus presupuestos la cifra económica necesaria para financiar dicha enseñanza...La Administración tiene el deber impuesto por la Constitución de mantener otros servicios públicos, no de menor entidad que aquel, necesitados también de financiación con cargo a dichos presupuestos públicos; de aquí que, siendo estos económicamente limitados por la posibilidad de carga fiscal que los ciudadanos viene obligados a soportar dentro del marco legal, la Administración ha de establecer dentro de sus presupuestos un orden selectivo de prioridades para con ellos poder atender a todos los servicios públicos que tiene encomendados sin llegar a un menoscabo total en la financiación de alguno de ellos, procurando atender a todos de la mejor manera y eficacia posible”.<sup>1655</sup>

El artículo 75.5 de la LOCE -de contenido muy similar al derogado artículo 48.3 de la LODE- establece las condiciones de preferencia de la siguiente forma: “Tendrán preferencia para acogerse al régimen de conciertos aquellos centros que impartan la enseñanza básica, satisfagan necesidades de escolarización, atiendan a poblaciones escolares de condiciones sociales y económicas desfavorables o que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. Además, tendrán preferencia aquellos centros que en régimen de cooperativa cumplan con las finalidades anteriormente señaladas. Las Administraciones educativas tendrán en cuenta la demanda social de las plazas escolares en los centros”.<sup>1656</sup>

Estas condiciones solo deben entrar en juego por razón de limitaciones presupuestarias y De Los Mozos Touya opina que sólo respecto de los centros cuyo derecho al concierto sea un derecho condicionado o dependiente de los presupuestos. No cabe invocar estas condiciones respecto de centros con derecho absoluto al concierto –que hubieran sido titulares de un concierto singular o pleno durante el periodo transitorio y no haya dejado de cumplir las obligaciones derivadas del concierto-.<sup>1657</sup>

---

<sup>1654</sup> Riu i Rovira, *Todos tienen el derecho...* cit., p. 222

<sup>1655</sup> STS de 22 de marzo de 1991, FJ. 2 (RJ. 2526); en el mismo sentido, SSTS de 25 de enero de 1991 FJ. 4 (RJ. 437), 20 de marzo de 1991 FJ. 5 (RJ. 2293).

<sup>1656</sup> La Orden 10/2001 de 5 de enero de la Consejería de Educación de CAM, regula los criterios de preferencia de forma similar a la LOCE, salvo en último inciso, en el apartado cuarto, párrafo 3.

<sup>1657</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., p. 509.

El RNBCE prevé -en su artículo 21.2- la presentación, junto a la solicitud del concierto, de una memoria explicativa que especifique en cada caso:

- a) Los términos en que se satisfacen las necesidades de escolarización, teniendo en cuenta la demanda existente en la comarca, municipio o en su caso, distrito en que esté situado el centro.
- b) Las condiciones socioeconómicas desfavorables de la población escolar atendida.
- c) Las circunstancias de la experiencia pedagógica realizada en el centro y el interés que las mismas suponen para la calidad de la enseñanza y para el sistema educativo.

Y para evaluar estas memorias se podrán utilizar entre otros indicadores los siguientes: 1) la insuficiencia de la oferta de puestos escolares en centros sostenidos con fondos públicos; criterio que se ajusta a la Constitución y la Ley.<sup>1658</sup> 2) El volumen de alumnos acogidos al transporte escolar. 3) El coste de los servicios complementarios del centro. En opinión de Fernández-Miranda con ello se introduce una lícita jerarquía orientada a la racionalización del gasto público, en congruencia con los valores constitucionales y con los principios de Estado Social.<sup>1659</sup>

#### 11.9.1. Naturaleza y valoración jurídica de estos criterios.

Según el Tribunal Supremo las condiciones que establece este precepto (el entonces 48.3 de la LODE) han de considerarse “criterios de preferencia”<sup>1660</sup> lo que significa que los centros, aún no cumpliendo los criterios, pueden acogerse al régimen de conciertos.<sup>1661</sup> Estos criterios no tiene todos ellos el mismo valor; del propio artículo y del RNBCE se deduce que los criterios establecidos en tercer y cuarto lugar – experiencias pedagógicas y régimen de cooperativa- solo actúan cuando se dan los primeros criterios, teniendo, por tanto un carácter supletorio o subordinado.<sup>1662</sup> La realización de experiencias de interés pedagógico solo tiene relevancia si se cumple el requisito de escolarización o la preferencia para los centros en régimen de cooperativa,

---

<sup>1658</sup> En el plazo inicialmente previsto para que todos los centros subvencionados que reunieran las condiciones necesarias y quisieran acogerse a este régimen de conciertos pudieran hacerlo no parece discriminatorio sino razonable y constitucionalmente fundado que los recursos, evidentemente escasos, se destinasen preferentemente a centros que, además de posibilitar el derecho a la elección, hiciera posible el derecho a la educación gratuita que, de otro modo, por ausencia de centros públicos, se haría imposible, o al menos más onerosa para el Estado.

Posteriormente también parece razonable que, dentro de las consignaciones presupuestarias, se de preferencia a quienes se instalen en zonas desasistidas sobre quienes se instalen en otras zonas donde hay oferta suficiente, ya sea de centros públicos o de centros concertados. Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, *Artículo 27...* cit., p. 215.

<sup>1659</sup> *Ibidem*.

<sup>1660</sup> STS de 14 de abril de 1994 afirma que “la Administración no puede imponer a estos centros otras condiciones al margen de la ley. Las “condiciones” a que se refiere el artículo 48.3 de la referida Ley Orgánica, han de ser consideradas “criterios de preferencia” cuando se den “limitaciones presupuestarias insoslayables”, las cuales han de ser probadas por la Administración, no bastando la mera alegación y, en ningún caso, podrán ser motivo de exclusión de un centro privado del régimen de conciertos educativos”, FJ. 1, párrafo 3 (RJ. 3126),

<sup>1661</sup> García Pardo, *La libertad de enseñanza ...* cit., p. 208.

<sup>1662</sup> Aisa Sola, *Los conciertos...* cit., p. 255

que se aplica cuando se da una igualdad de condiciones, es decir, que en todo caso es preciso el cumplimiento del requisito de las necesidades de escolarización.

O bien se subsume bajo el concepto de necesidades de escolarización que es lo que sucede con el segundo criterio –atención a poblaciones escolares en condiciones socio-económicas desfavorables-, que más que un criterio distinto del anterior, viene a ser una presunción de que en tales poblaciones existen necesidades educativas, que es lo que suele suceder.<sup>1663</sup>

En opinión de Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, estos criterios de preferencia, que son directivas para la justa aplicación del gasto público, son conformes a la Constitución ya que así parece desprenderse indirectamente de las consideraciones que hace el Tribunal Constitucional: “no puede en modo alguno reputarse inconstitucional que el legislador, del modo que considere más oportuno en uso de su libertad de configuración, atienda, entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión” (STC 86/1985, FJ.3).

#### 11.9.2. El criterio de satisfacer necesidades de escolarización.

El primer criterio de preferencia es que el centro que solicite el concierto satisfagan necesidades de escolarización. En torno a este criterio hay diversas interpretaciones, así según De Los Mozos Touya, es evidente que un centro satisface necesidades de escolarización desde el momento en que cuenta con alumnos a quienes imparte enseñanzas; y si esta circunstancia se interpreta así y el sistema de concierto está previsto para garantizar la gratuidad de la enseñanza obligatoria en centros privados, es como dejar en manos de la Administración la propia existencia y alcance de la oferta escolar concertada. Es decir, la misma Administración, que debe evaluar las necesidades de escolarización, puede crear nuevos centros públicos y disminuir, por tanto dichas necesidades de escolarización, con la consiguiente limitación de los conciertos, y por ende, de la enseñanza privada en régimen de gratuidad, que de hecho sería tratada como oferta complementaria de la pública, no como oferta específica y propia de la iniciativa privada.<sup>1664</sup>

Mientras que Aisa Sola opina que el concepto legal de necesidades de escolarización es objetivo, en el sentido de que un centro satisface estas necesidades cuando los alumnos matriculados en él no podrían ser escolarizados en otro centro o solo podría serlo con grave incomodidad para ellos, que se verían obligados a trasladarse diariamente lejos de sus domicilios. Un centro, a pesar de contar con una gran demanda, no satisface necesidades de escolarización si los alumnos a los que acoge provienen de zonas alejadas del centro docente en los que existe oferta de puestos escolares vacantes para ellos. Es decir, que un centro que satisfaga necesidades objetivas de escolarización, tiene preferencia para mantenerse en el régimen de conciertos, pero ello no quiere decir que, si las disponibilidades presupuestarias lo permiten, la Administración no pueda suscribir un concierto que, sin satisfacer objetivamente estas necesidades, cuenten con una demanda escolar importante y

---

<sup>1663</sup> Díaz Lema, *Los conciertos educativos...* cit., p. 142. Vid. STS de 14 de abril de 1994, FJ. 2 (RJ. 3126).

<sup>1664</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., pgs. 510-511.

contribuya a aumentar el pluralismo educativo y las posibilidades de elección de los alumnos.<sup>1665</sup>

Así pues, se tendrá preferencia al régimen de conciertos cuando se deduzca que tales centros están cubriendo unas necesidades de escolarización, atendidas las circunstancias sociales, económicas y geográficas propias del lugar y de las necesidades concretas.<sup>1666</sup>

El RNBCE establece que “se considera, en todo caso, que un centro no satisface necesidades de escolarización o no atiende a poblaciones desfavorecidas cuando su ubicación impida el acceso al mismo de alumnos que carezcan de recursos económicos para hacer frente al coste de los servicios de transporte y comedor de escolares” (artículo 21.2, in fine).

Este criterio de ubicación no guarda relación con las necesidades de escolarización –en opinión de De Los Mozos Touya- salvo que la normativa esté interpretando que las necesidades de escolarización aluden únicamente a la de los alumnos desfavorecidos, a los cuales iría dirigido el régimen de conciertos. Y ello supone olvidar el mandato general del artículo 27.4 CE que no distingue niveles de renta, al reconocer el derecho a la gratuidad de los niveles educativos obligatorios, además de suponer reducir los dos criterios a uno solo.<sup>1667</sup>

#### 11.9.3. Condiciones socioeconómicas desfavorables de la población escolar atendida.

Con respecto a este segundo criterio de preferencia que consiste en atender a poblaciones escolares de condiciones sociales y económicas desfavorables, decir que también se le aplica los indicadores del artículo 21.1 del RNBCE en cuanto a la necesidad de hacer frente a los gastos de desplazamiento y a servicios complementarios del centro; “pueden existir otras razones –además de la distancia- en la valoración que realicen los padres para elegir un centro u otro, para gastar en educación en vez de en otra cosa. Es más, tales condiciones desfavorables no tienen por qué darse de la misma forma, ni en la misma medida, respecto de todos los alumnos del centro”.<sup>1668</sup>

#### 11.9.4. Experiencia de interés pedagógico para el sistema educativo. Centros en régimen de cooperativa.

El tercero de los criterios de preferencia es que el centro realice experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo, es necesario que dicho centro educativo cumpla alguno de los dos criterios anteriormente mencionados –que satisfaga necesidades de escolarización o atiendan a poblaciones escolares en condiciones sociales y económicas desfavorables-, y las Administraciones educativas lo valorarían teniendo en cuenta la demanda social de las plazas escolares en los centros.

Siendo el cuarto criterio el que el centro esté en régimen de cooperativa. Un centro educativo que cumpla uno de los primeros criterios de preferencia, en caso de igualdad con otro centro, tendría prioridad el centro en régimen de cooperativa, y ello es

---

<sup>1665</sup> Aisa Sola, *Los conciertos...* cit., p. 256

<sup>1666</sup> González M. *El régimen de financiación...* cit., p. 266.

<sup>1667</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...*cit., 512.

<sup>1668</sup> *Ibidem*, p. 511.



así, de acuerdo con el artículo 129.2 CE que impone al legislador el fomentar, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas, con lo que la diferencia de trato establecida tiene un fundamento constitucional expreso; si bien a efectos de celebración de conciertos será necesario que los estatutos de las cooperativas no contengan cláusulas que impidan el cumplimiento de las obligaciones que para los centros educativos deriven de las leyes educativas.<sup>1669</sup>

En torno a esta cuestión hay que recordar que el artículo 48.3 de la LODE –de contenido muy similar al artículo 75.5 de la LOCE– fue impugnado porque, según los recurrentes, infringía el artículo 14 CE ya que establece una discriminación injustificada a favor de las cooperativas respecto de las fundaciones benéfico-docentes u otras instituciones educativas que no tienen finalidad de lucro. El Tribunal Constitucional afirmó que en todo caso los criterios prioritarios para la concesión de conciertos sería los expresados en primer lugar y que los centros en régimen de cooperativas sería objeto de una preferencia de segundo grado. *“Ha de tenerse en cuenta que tal preferencia, por así decirlo, de segundo grado, y que actuará solo en segundo lugar, tras haberse aplicado el primer criterio señalado en el mismo artículo, esto es, la satisfacción de las necesidades de escolarización, que atiendan a poblaciones escolares en condiciones socioeconómicas desfavorables o que, además realicen experiencias de interés pedagógico, la preferencia a favor de los centros en régimen de cooperativa se producirá solo entre los que cumplan con las finalidades señaladas y no fuera de estas”* (STS 77/1985 FJ. 30).<sup>1670</sup>

Un sector doctrinal considera estos criterios de preferencia claramente discriminatorios, ya que no respetan los principios de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en el campo de la enseñanza, según la interpretación que de ella hace la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 1984, principio número nueve.<sup>1671</sup>

#### 11.9.5. Doctrina jurisprudencial en torno a los criterios de preferencia.

La doctrina de los Tribunales a la hora de interpretar estas condiciones de preferencia es que “el artículo 27.9 CE viene a declarar una reserva de ley, con lo que la discrecionalidad en la determinación de cuales sean *las necesidades reales de escolarización, su concreción, concepto y definición viene encomendada al legislador* al igual que la determinación de las condiciones económicas desfavorables de las que

---

<sup>1669</sup> Como dispone el artículo 22 del RNBCE que se refiere expresamente a la LODE, ahora habrá que señalar los preceptos en vigor de la LODE, la LOCE, y normas reglamentarias en vigor y las que puedan dictarse.

<sup>1670</sup> El RNBCE de 1985 también habla de cooperativas en otro lugar, cuando establece que “sin perjuicio del régimen general de conciertos, la Administración podrá, dentro de las consignaciones presupuestarias existentes, coadyuvar a la financiación de los gastos de inversión relativos a instalaciones y equipamientos escolares, siempre que se trate de centros que, reuniendo los requisitos que se establezcan en las correspondientes convocatorias, presten un servicio educativo de reconocida calidad y *respondan a iniciativas de carácter cooperativo o de similar significado social*”. Y se entiende por “iniciativas de similar significado social” aquellas en las que la participación de los trabajadores en el capital social sea mayoritaria, siempre que ninguno de ellos posea más de 25 % de dicho capital (artículo 2 de la OM de 25 de noviembre de 1987 sobre ayudas para la financiación de gastos de inversión en centros docentes concertados).

<sup>1671</sup> Riu i Rovira, *Todos tienen el derecho...* cit., p. 222.

deducir la necesidad de la ayuda económica; *sin que* en el ejercicio de esta potestad de ordenación *se pueda dejar a la omnímoda libertad de la Administración la decisión acerca de qué centros de los que están en funcionamiento son subvencionales y cuáles no*".<sup>1672</sup> Y subraya la falta de concreción en el concepto de necesidad de escolarización afirmando que "en todo caso siempre revisable en situaciones como la examinada, en relación a centros en que esa discrecionalidad utilizada por la Administración, no aparece interpretada ni controlada con firmes criterios, precisamente en materia tan necesitada de concreción para evitar discriminaciones que quebranten el principio de igualdad del artículo 14 CE, como es la determinación del concepto de "necesidades de escolarización de las diferentes zonas" y su aplicación a centros ya en funcionamiento en que la necesidad deriva de su propia existencia, falta de criterio firme que es consecuencia de la falta de definición legal que la Constitución proclama en el artículo 27 cuando afirma que hay que ayudar a los centros que reúnan los requisitos que la ley establezca".

La STS de 14 de abril de 1994 se pronuncia sobre el supuesto de un centro de Formación Profesional agraria de primer grado -que cumple todos los requisitos legales y satisface las necesidades escolares en las materias que imparte al atender a poblaciones escolares de condiciones socioeconómicas no muy favorables- y que solicitó el concierto educativo en tiempo legal, y transcurrido todo el curso, hasta mayo no se produjo el acto administrativo denegatorio del concierto solicitado, cuando durante todo el curso habían estado funcionando las unidades, con la aportación de medios materiales y de profesorado inherentes a tal funcionamiento, con la correspondiente gratuidad efectiva para los alumnos que recibían dichas enseñanzas. El Tribunal aplica el principio jurídico de la "confianza legítima" acuñada a través de sus resoluciones por el Tribunal Internacional de la Comunidad Europea -trasunto del principio "bona fides" aplicado por los Tribunales españoles-, para llegar, bien al reconocimiento del derecho solicitado, bien a la indemnización de pago causada por el actuar de la Administración. "El principio constitucional de la seguridad jurídica, reclama, dentro de un trato igual para todos en circunstancias iguales, una protección de la confianza legítima, en orden a que sus pretensiones han de ser resueltas, del mismo modo y con igual alcance jurídico, que lo fueron en otras idénticas condiciones en momentos anteriores"<sup>1673</sup>

En otro supuesto el Tribunal Supremo anula los artículos de una Orden del Gobierno Autónomo Canario que había establecido entre otros criterios de preferencia, "criterios basados en el nivel socioeconómico de las familias, precios percibidos y necesidades de escolarización de la zona", por considerar que "mediatizan el derecho de todos a la educación y la ayuda de los poderes públicos a los centros docentes".<sup>1674</sup>

#### 11.10. Elementos que definen el estatuto jurídico del centro concertado.

La suscripción de conciertos educativos conlleva por parte de los centro privados el aceptar el régimen jurídico establecido por la Ley, del que deriva unas obligaciones como la gratuidad, la ausencia de ánimo de lucro. Existen unos elementos que definen el estatuto jurídico del centro concertado y que son: 1) el régimen de admisión de alumnos, mediante la fijación de unos criterios comunes en los centros públicos y

<sup>1672</sup> STS de 7 de junio de 1986 FJ. 6 (RJ. 3362) y STS de 14 de abril de 1994 FJ.1, párrafo 2 (RJ. 3126).

<sup>1673</sup> FJ.3, (RJ. 3126).

<sup>1674</sup> STS de 16 de enero de 1985 FJ. 3, (RJ. 218).

centros concertados que deben decidir sobre la admisión de los alumnos cuando el número de plazas fuese inferior al número de solicitudes; 2) la participación de la comunidad educativa en la gestión y control del centro, a través del consejo escolar y que se traduce en la designación y cese del director, así como la selección y despido del profesorado.<sup>1675</sup> O dicho de otra forma: a) la formación de los Consejos escolares como órganos de gobierno en los centros; b) la previsión de un sistema de elección del director del centro con participación del Titular y del Consejo escolar; c) el diseño de un sistema de selección del profesorado con arreglo a los principios de mérito y capacidad y con la intervención del Consejo escolar.<sup>1676</sup>

A) Con respecto al régimen de admisión de alumnos cabe distinguir dos sistemas para el ejercicio del derecho a la elección del centro: los centros que no puedan o no quieran acogerse al sistema de conciertos -y que se van a financiar al margen de los fondos públicos- podrán establecer libremente su sistema de ingreso de alumnos; y los centros públicos y privados concertados que se regirán por los criterios establecidos en la LOCE, en su Disposición Adicional quinta.<sup>1677</sup> Los criterios prioritarios de admisión de alumnos, cuando no existan plazas suficientes, y que se aplicarán de acuerdo con la regulación de la Administración educativa competente, serán los siguientes: 1) Renta per cápita de la unidad familiar. 2) Proximidad del domicilio. 3) Existencia de hermanos matriculados en el centro. 4) Concurrencia de discapacidad en el alumno o en alguno de sus padres o hermanos. 5) Condición legal de familia numerosa. 6) La enfermedad crónica en el alumno que afecte al sistema digestivo, endocrino o metabólico, y exija como tratamiento esencial el seguimiento de una dieta compleja y un estricto control alimenticio cuyo cumplimiento condicione de forma determinante el estado de salud física del alumno. 7) Para las enseñanzas no obligatorias se puede considerar como criterio prioritario el expediente académico.

En caso de incumplimiento de la normativa sobre admisión de alumnos podrá dar lugar a las sanciones que establece el artículo 62 apartados 2 y 3 de la LODE, según la redacción dada al mismo en la Disposición Final primera punto 9 de la LOPEGCD de 1995. “Se considerará grave cuando del expediente administrativo, instruido al efecto y en su caso, de sentencia de jurisdicción competente, resulte que *el incumplimiento se produjo por ánimo de lucro, con intencionalidad evidente, con perturbación manifiesta en la prestación del servicio de la enseñanza o de forma reiterada o reincidente.*”

El incumplimiento grave del concierto dará lugar a las siguientes sanciones: a) imposición de multa; b) la reiteración o reincidencia del incumplimiento dará lugar a la rescisión del concierto.

El incumplimiento no grave dará lugar, simplemente al apercibimiento por la Administración educativa competente. Si el titular no subsana este incumplimiento será apercibido de nuevo, y si persiste en su actitud dará lugar a un incumplimiento grave.

---

<sup>1675</sup> Además del principio de no discriminación económica, la LODE trató de homogeneizar a la escuela pública y a la concertada en la garantía de una participación democrática de la comunidad escolar en la gestión de los centros. Aisa Sola, *Los conciertos...* cit., p. 258

<sup>1676</sup> *Ibidem*. De la intervención en el control y gestión de centros docentes y del régimen de admisión de alumnos nos hemos referido en los capítulos III y IV respectivamente del trabajo y a ellos nos remitimos, si bien cabe señalar o subrayar algunos aspectos.

<sup>1677</sup> Hasta la entrada en vigor de la LOCE, regían las reglas de admisión establecidas por el RD 366/1997 de 14 de marzo, por el que se regula el régimen de elección de centro docente y la Orden de 26 de marzo de 1997 que lo desarrolla.

B) Al tratarse de centros sostenidos con fondos públicos surge el derecho del artículo 27.7 CE reconocido a la comunidad escolar, el derecho a intervenir en el control y gestión del centro docente. Indudablemente este derecho supone limitaciones al derecho del titular del centro, por lo que el problema consistirá en armonizar estos dos derechos igualmente constitucionales, el derecho del titular a la dirección y el derecho de intervención de la comunidad escolar, siendo fundamental establecer un mecanismo que deje a salvo el contenido esencial mínimo de ambos derechos. Ya que, si bien es obvio que el derecho de los profesores, padres y alumnos a intervenir en el control y gestión del centro, limita el derecho del titular a la dirección de éste, también se produce la limitación inversa de acuerdo con la idea de que ni la más forzada de las interpretaciones del artículo 27.7 CE autoriza a entender que el legislador constituyente estaba postulando una traslación del derecho a la dirección. Es decir, que si se reconoce a los citados sujetos el derecho a intervenir en el control y gestión es precisamente porque no les compete a ellos la titularidad del derecho a la dirección, cuyo contenido pretende limitarse pero no trasladar su titularidad en los centros sostenidos con fondos públicos.<sup>1678</sup>

Estos derechos participativos se articulan como en los centros públicos a través del Consejo escolar y el Claustro de profesores.

La composición y competencias del Consejo escolar vienen reguladas en los artículos 56.1 y 57 de la LODE, con las modificaciones realizadas por la LOPEGCD de 1995 y la LOCE de 2002, materia a la que nos hemos referido y nos remitimos a lo expuesto<sup>1679</sup>.

Con respecto al Claustro de profesores, la LODE en su artículo 54.1 solo hace una remisión a lo regulado para los centros públicos –artículo 45-. El Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de junio de 1998<sup>1680</sup> se refiere a esta ausencia de regulación cuando habla de la financiación de centros públicos y centros privados. “los vacíos de regulación que pueden advertirse en el régimen de los centros privados concertados, si se compara la composición de sus órganos, con la de los públicos, y en especial la falta de regulación del Claustro de profesores de aquellos, no puede considerarse en modo alguno como una especie de olvido del legislador, sino como una opción inequívoca, a la que no es difícil encontrar una explicación razonable, si se parte del hecho de que el derecho de participación está constitucionalmente ligado a la financiación pública de los centros, y desde esa perspectiva la situación de los centros públicos y de los privados puede ser distinta, pues mientras que en los primeros se da una homogeneidad de situación, pues tal financiación se refiere en plenitud a la totalidad del centro, en los segundos puede darse situaciones heterogéneas, dada la posibilidad de que en ellos existan niveles de educación o profesores no retribuidos con fondos públicos”.

El Claustro de profesores es el órgano propio de participación de éstos en el gobierno del centro y tiene la responsabilidad de planificar, coordinar, decidir y, en su caso, informar sobre todos los aspectos docentes del mismo. El Claustro será presidido por el Director y estará integrado por la totalidad de los profesores que presten servicio en el centro (artículo 14 de la LOPEGCD), también los profesores de religión.<sup>1681</sup> Entre

---

<sup>1678</sup> Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza...* cit., pgs. 155 y 161; Lorenzo Vázquez, *Libertad religiosa...* cit., p. 92

<sup>1679</sup> Capítulo III, epígrafes 9.2.3.2. y 9.2.4. de este Trabajo.

<sup>1680</sup> RJ. 5518

<sup>1681</sup> Conforme con lo dispuesto en el artículo III del AEAC: “Los profesores de religión formarán parte, a todos los efectos, del claustro de profesores de los respectivos centros”.

sus competencias cabe mencionar: a) formular al equipo directivo propuestas para la elaboración de los proyectos del centro y de la programación general anual; aprobar y evaluar los proyectos curriculares y los aspectos docentes; promover iniciativas en el ámbito de la experimentación y de la investigación pedagógica y en la formación del profesorado del centro; elegir sus representantes en el Consejo escolar del centro...(artículo 15).

El Consejo escolar y el Claustro de profesores colaborarán con la inspección educativa en los planes de evaluación del centro que se le encomienden, en los términos que las Administraciones educativas establezcan, sin perjuicio de los procesos de evaluación interna que dichos órganos definan en sus proyectos (artículo 16).

#### 11.11. Renovación del concierto escolar.

Los conciertos tiene una duración de cuatro años (artículo 6 RNBCE) y puede ser renovado cumpliendo los requisitos establecidos. Cabe la posibilidad que se modifique o que se extinga por distintas causas. Estas cuestiones no son ajenas a la configuración y naturaleza del concierto educativo.

La renovación del concierto educativo supone la previa extinción de un concierto anterior y la constitución de una nueva regulación jurídica que se fundamenta en el derecho del contratista a un nuevo concierto.<sup>1682</sup> Está regulada en los artículos 42 a 45 del RNBCD de 1985; conforme a esta regulación, a quien interese la renovación del concierto tiene la carga procedimental de presentar la solicitud en el mes de enero del año correspondiente a su finalización;<sup>1683</sup> la jurisprudencia otorga preferencia a la renovación frente a otras situaciones como la suscripción. La STS de 23 de abril de 1996 distingue entre a) suscripción de conciertos por centros de nueva creación o que no lo han solicitado con anterioridad; b) la renovación; c) la modificación de estas tres situaciones, en este caso la renovación goza de preferencia legal.<sup>1684</sup>

Para la renovación del concierto se exige los siguientes requisitos:<sup>1685</sup> 1) *que el centro acredite que sigue cumpliendo los requisitos que determinaron la aprobación del concierto –artículo 5.1. del Reglamento-, así como las variaciones habidas que puedan afectar al concierto.* El derecho a la renovación exige el cumplimiento de los requisitos generales propios del centro, con independencia que el derecho al concierto se estableciese transitoriamente. Lo que significa que ese periodo deberá haberse adaptado al régimen general y haber obtenido la autorización o clasificación definitiva (Disposición adicional primera del Reglamento). El Tribunal Supremo afirma que “el artículo 43.1 del Reglamento favorable a la renovación presupone que el centro se encuentre debidamente autorizado con arreglo a la normativa aplicable en cada caso, o lo que es igual, que cuente con autorización definitiva, y si se trata de centros que ya habían sido autorizados con anterioridad a la LGE, que hayan obtenido, además, la clasificación definitiva”.<sup>1686</sup> La STS de 18 de octubre de 1990 resuelve un supuesto de un centro privado que tiene autorización definitiva con arreglo al Decreto 1855/1974 de 7 de junio para 200 puestos escolares de Formación Profesional de primer grado, que

---

<sup>1682</sup> Vid. De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., p. 622 y ss.

<sup>1683</sup> STS de 12 de mayo de 1994 (RJ. 3810).

<sup>1684</sup> FJ.2, (RJ.3749).

<sup>1685</sup> Artículo 43 RNBCE; Vid. STS de 14 de marzo de 1991 (RJ. 2281), STS de 20 marzo de 1991 (RJ. 2293), STS de 23 de abril de 1996 (RJ. 3749).

<sup>1686</sup> STS de 10 de enero de 1991, FJ. 4, párrafo 3 (RJ. 234).

conforme a la OM de 30 de diciembre de 1979 se corresponde con cinco unidades. El centro solicita la renovación del concierto de 8 unidades y el Tribunal estima que “mal puede entenderse que sea posible extender la renovación del concierto a 8 unidades, aunque en el periodo inicial de implantación se concertara este número, no existe, como creen los actores, un acto declarativo del derecho a poder concertar hasta 8 unidades de Formación profesional de primer grado ya que transcurrido aquel periodo de tiempo –el de la implantación inicial- quedó extinguido el concierto suscrito en esos términos”.<sup>1687</sup>

2) *No haber incurrido en ninguna de las causas de no renovación del artículo 62.3 de la LODE.*<sup>1688</sup> Son causas sustantivas de no renovación del concierto las tipificadas en el artículo 62.1 de la LODE cuando no siendo incumplimientos graves por no incurrir las circunstancias del número 2, se haya producido doble apercibimiento por parte de la Administración sin que el centro haya procedido a subsanar el incumplimiento.<sup>1689</sup>

La inadecuación de la relación alumno/profesor puede dar lugar a la pérdida del derecho a la renovación.<sup>1690</sup> Un centro que ha perdido alumnos y no cumple la ratio incurre en incumplimiento de concierto; es apercibido y si no lo subsana se le aplica el artículo 62. 3 de la LODE.

3) *Que exista consignaciones presupuestarias disponibles.* Fernández-Miranda señala la contradicción que representa el que la posibilidad de forzar la no renovación dependa de la Ley de Presupuestos del Estado, en lugar de depender de la Ley educativa que ha creado el marco objetivo de esta financiación público, y en segundo lugar, señala la contradicción que ella representa con la configuración de un derecho rotundo no condicionado al concierto, y añade su duda acerca de su legalidad.<sup>1691</sup> Por tanto en los supuestos que exista un derecho absoluto al concierto existe un derecho absoluto a su renovación siempre que se cumplan los requisitos anteriormente reseñados.<sup>1692</sup> En este caso se aplicarán los criterios de preferencia del artículo 75.5. de la LOCE.

Si se cumplen los requisitos enumerados, el derecho a la renovación existe, y se renueva el concierto por otros cuatro años (artículo 43.2 del Reglamento). En los supuestos de denegación de la renovación, esta denegación ha de ser motivada y las causas han de ser las derivadas del incumplimiento de los requisitos de la renovación. “La denegación de la renovación no fundada en el incumplimiento de los requisitos que determinaron su concesión, o causas de no renovación o falta de consignación presupuestaria determina la vulneración del artículo 27 CE”.<sup>1693</sup> En estos supuestos de denegación la Administración podrá acordar con el titular del centro la prórroga del

---

<sup>1687</sup> FJ. 4 (RJ. 7745).

<sup>1688</sup> El artículo 62.3 conforme a la redacción dada por la Disposición Final primera de la LOPEGCD es que “el incumplimiento no grave dará lugar al apercibimiento por parte de la Administración educativa competente. Si el titular no subsanase este incumplimiento, la Administración le apercibirá de nuevo, señalándose que de persistir en dicha actitud dará lugar a un incumplimiento grave”, en la anterior regulación el último inciso decía: “de persistir en dicha actitud no se procederá a la renovación del concierto”.

<sup>1689</sup> Fernández-Miranda, *De la libertad de enseñanza...*cit., pgs. 114-115.

<sup>1690</sup> STS de 18 de octubre de 1990, (RJ. 7742).

<sup>1691</sup> *Ibidem*, pgs. 113-114

<sup>1692</sup> Vid. De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., p. 626

<sup>1693</sup> STS de 29 de noviembre de 1990 (RJ. 8835), 14 de marzo de 1991 (RJ. 2281), 30 de marzo de 1991 (RJ. 2293).

concierto por un solo año. Contra la denegación podrá interponerse recurso de reposición, previo a la vía contenciosa-administrativa (artículo 44 RNBCE).<sup>1694</sup>

La OM de 3 de enero de 1994 prevé la prórroga de un año de los conciertos escolares suscritos conforme a la Disposición Adicional primera número 2 del RNBCE, relativos a los centros con clasificación o autorización excepcional y transitorio por razones de escolarización.

El Tribunal Supremo estima procedente la denegación de una prórroga a un centro de enseñanza, Sociedad Cooperativa Limitada de las Palmas (Canarias) en los siguientes términos: “El estudio de la norma contenida en el número 2 de la Disposición Adicional primera del RD 2377/1985, pone de relieve que la posibilidad excepcional de suscripción de concierto o de su prórroga queda sin amparo, una vez que subsiste la situación de clasificación provisional del centro, desaparecen o no subsisten las necesidades urgentes de escolarización. Por tanto siendo así que las resoluciones administrativas impugnadas en el recurso contencioso-administrativo (resolución de la Consejería de Educación de Canarias de 3 de noviembre de 1992, desestimatoria de la resolución de 9 de septiembre de 1992 que denegó la prórroga del concierto) se sustentan en las insuficientes condiciones educativas del establecimiento que no permite la obtención de una clasificación definitiva, y en ausencia de necesidades urgentes de escolarización, dado que existen centros en la zona que pueden atender la matrícula del alumnado, habrá que concluir en principio, que la denegación de la prórroga que acuerdan es conforme a derecho”.<sup>1695</sup>

La aprobación, formalización e inscripción de la renovación de conciertos, así como su denegación se regirá por las normas generales de procedimiento para el otorgamiento de conciertos en lo no previsto en el Título V del RD 2377/1985.

En la Comunidad Autónoma de Madrid, la Orden 10/2001 de 5 de enero regula el procedimiento de renovación de los conciertos educativos, solicitud, documentación (artículos vigésimo y vigésimo primero). Los centros podrán solicitar la renovación del concierto por el número de unidades necesario, a fin de dar continuidad a los alumnos escolarizados entre los diferentes niveles educativos (artículo quinto); podrán solicitar la renovación de centros privados de Educación Especial, *Educación Infantil*, Educación Primaria, Educación Secundaria y Formación Profesional Específica, que cuenten con clasificación o autorización definitiva. Y también de centros de Formación Profesional de segundo grado clasificados como homologados (artículo segundo). Los centros autorizados para impartir Ciclos Formativos de grado medio podrán solicitar la renovación de las unidades de programas de Garantía Salarial que estuvieran concertadas en el curso 2000/01; dado el carácter transitorio de la impartición de estos programas, dichas unidades requerirán la renovación anual del concierto (artículo undécimo).

#### 11.12. Modificación del concierto educativo: causas.

---

<sup>1694</sup> De Los Mozos Touya considera la prórroga un caso de modificación temporal por ampliación del plazo de los efectos del contrato, y su justificación sería atender las necesidades de escolarización de los alumnos del centro sin derecho a renovar el concierto, dando tiempo para obtener otro puesto escolar. La prórroga es un derecho del contratista (centro concertado) siempre que sea denegada la renovación y en función de los derechos de los alumnos, que son terceros beneficiarios.

<sup>1695</sup> STS de 21 de julio de 2000, FJ. 6 letra F) (RJ. 6172).

La modificación del concierto afecta al contenido de la relación contractual, es decir, a los derechos y obligaciones constituidos por el concierto.<sup>1696</sup> La modificación puede ser: 1) objetiva: cuando varía el alcance de las prestaciones a que están sujetas las partes (artículo 46.1 del Reglamento); 2) subjetiva: por variación de uno de los sujetos obligados (artículo 46.2 del Reglamento), es la que se produce por el cambio del titular del centro, siempre que el nuevo titular se subrogue en los derechos y obligaciones derivados del concierto;<sup>1697</sup> 3) temporal (artículo 44 Reglamento) por ampliación del plazo o prórroga de la vigencia de la relación del concierto (a falta de renovación) a la que ya nos hemos referido.<sup>1698</sup>

La modificación objetiva supone la variación del número de unidades escolares concertadas o de otras circunstancias individualizadas siempre que tales variaciones no afecten a los requisitos que originaron su aprobación.

El procedimiento para la modificación se producirá según el artículo 46.3: a) de oficio, en cuyo caso, es preceptiva la audiencia del interesado; b) a instancia del titular del centro. Solicitudes en las que ha de constar un número de unidades cuya ampliación o reducción se solicita, el nivel a que corresponde estas unidades, las razones que justifican la modificación.

Las causas pueden ser: 1) por la alteración de la demanda escolar; puede dar lugar a la ampliación si aumentan los alumnos o a la disminución si disminuyen. Esta causa –como pone de manifiesto De Los Mozos Touya- se encuentra en el sistema de financiación del concierto, que al estar estructurado en torno a las unidades escolares con un número de alumnos, limitado por el tope máximo de cada unidad autorizada y por el tope mínimo para cada unidad concertada, dificulta la adaptación de la financiación a la demanda real.<sup>1699</sup>

2) Alteración de la ratio exigida en el concierto. La relación media alumno/profesor será fijada por la Administración educativa competente de la Comunidad Autónoma en atención a las circunstancias de la correspondiente circunscripción y teniendo en cuenta la ratio existente de los centros públicos de la zona. Si la relación exigida disminuyese, en principio no tendría ninguna repercusión negativa para los alumnos. Si aumentase, obligaría a agrupar unidades con la correspondiente reducción del concierto, así como la exclusión de número de alumnos sobrante. Se dio un supuesto de un centro que pidió la renovación del concierto para 36 unidades, pero se le concedió para 32 ya que, según la Administración, la matrícula del centro y la relación alumno/profesor solo justificaba este número de unidades.<sup>1700</sup>

3) La desaparición de un determinado nivel educativo.

La jurisprudencia pone de manifiesto lo que es y lo que no es modificación. La sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 1992 anuló la resolución del MEC de 14 de abril de 1990 que aprobó la modificación del concierto educativo de un centro privado de Formación Profesional reduciendo las cinco unidades que tenía concertada en la rama de Administrativo/Delineación a 3. La Administración General

---

<sup>1696</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit., 614 y ss.

<sup>1697</sup> Vid., STS de 23 de abril de 1996, FJ. 2 (RJ. 3749).

<sup>1698</sup> Ibidem, p. 615. Vid. STS de 12 de mayo de 1994 (RJ. 3810).

<sup>1699</sup> Ibidem, p. 617, 618.

<sup>1700</sup> STS de 18 de octubre de 1990, FJ. 2, (RJ. 7742).



del Estado interpuso recurso en base a la interpretación indebida del artículo 46 del Reglamento en relación con la OM de 28 de diciembre de 1988, apartado 13 que aprueba las normas del concierto a partir del curso 1989/1990 y el artículo 47 de la LODE. Se alega que la educación nocturna y la de los alumnos que superen la edad de 19 años queda fuera de lo que constituye la obligación del Estado para garantizar una enseñanza gratuita, pudiendo modificarse el concierto cuando las circunstancias originarias no fueran las exigidas.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso afirmando que “a tenor del mencionado artículo 46 del RD 2377/1985 restringe la modificación (excluyendo el apartado 2) a los supuestos de variaciones que puedan producirse en los centros por alteración del número de unidades o por circunstancias individualizadas”. Resulta patente que *sin “variación”* la modificación no es posible por el cauce de este precepto, al margen de que pueda serlo a través de los procedimientos de la revisión de oficio de los actos declarativos de derecho, *para el caso de que se entienda que el concierto inicial fue otorgado con vulneración de las normas que regulan, tanto la edad de escolarización gratuita,<sup>1701</sup> como la relación porcentual entre profesor y alumno.<sup>1702</sup>*

Frente a esta conclusión no cabe invocar el carácter vinculante de las cláusulas del concierto porque es la propia Administración la que las inaplica al otorgarlo, pese a que desde el momento inicial conoce que no se cumple lo estipulado en el mismo. Tampoco cabe aducir que el mantenimiento de conciertos respecto de unidades improcedentes implica, dada la insuficiencia de consignaciones presupuestarias, un posible perjuicio para otros centros privados, pues si este fuera el caso, siempre estaría en manos de la Administración revisar el inicial convenio en la forma que anteriormente quedó dicha, *pero nunca por la vía a que se refiere el artículo 46 del Reglamento de conciertos educativos.*

No se trata, por otra parte, de que en las originarias unidades concertadas no se haya recogido alumnos mayores de 19 años, pues al contrario, del expediente se desprende que el destino primordial de éstas eran alumnos de dichas edades”.<sup>1703</sup>

En otros supuestos el Alto Tribunal al referirse a la modificación afirma que “en este concepto se incluye el que produce un cambio de titularidad o cuando se altera el número de unidades, debiendo comprenderse también la variación del modelo del concierto, es decir, cuando se pretende que las aulas acogidas a un régimen de concierto parcial, pasan a un régimen de concierto pleno”.<sup>1704</sup>

En el ámbito autonómico la Orden 10/2001 de 5 de enero, por la que se dictan normas para la concesión de conciertos educativos a partir del curso académico 2001/02 de la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Madrid, al referirse a la modificación de los conciertos se remite al artículo 46 RNBCE. Y además dispone que los conciertos suscritos por los centros para las enseñanzas de Formación Profesional de segundo grado se modificarán en función de la extinción o transformación de las enseñanzas correspondientes. Se podrán incrementar unidades concertadas a centros que imparten enseñanzas a niveles obligatorios, así como en Educación Infantil, previa comprobación de que las nuevas unidades, en función de su demanda, satisfacen

---

<sup>1701</sup> STS de 4 de octubre de 2000, FJ. 2, párrafo 2 (RJ. 7671), STS de 11 de octubre de 2000 FJ. 2, párrafo 2 (RJ. 8161)

<sup>1702</sup> STS de 15 de julio de 2000, FJ. 3, párrafo 3, (RJ. 6499).

<sup>1703</sup> STS de 4 de octubre de 2000 FJ.2, párrafo 3 (RJ. 7671); STS de 11 de octubre de 2000 FJ. 2 párrafo 3 (RJ. 8161)

<sup>1704</sup> STS de 23 de abril de 1996, FJ.2 (RJ. 3749).

necesidades de escolarización. A los procesos de modificación de los conciertos educativos se aplicará lo dispuesto en el RNBCE, así como las normas contenidas en esta Orden.(Apartado primero, párrafo 2 de la Orden).

#### 11.13. Extinción del concierto educativo.<sup>1705</sup>

La extinción del concierto –regulada en el Título VI del RNBCE- supone el cese efectivo del concierto y las causas son las enumeradas en el artículo 47 del Reglamento. Cabe distinguir tres clases de extinción que agrupan las distintas causas y son:

A) Extinción normal: por vencimiento del plazo de duración del concierto (artículo 47 a.) salvo que se produzca la renovación o prórroga del mismo (artículo 48).

B) Extinción anormal: por resolución, es aquella que tiene lugar durante la vigencia del concierto; o por causas ajenas a las que determinan el cese de los efectos, según el contenido normal de la resolución contractual; puede ser voluntaria y forzosa.

a) *Por causas voluntaria*, se extingue el concierto por: 1) mutuo acuerdo de las partes (artículo 47 b.) salvo que existan razones de interés público que lo impida. En todo caso el Consejo escolar del centro deberá ser oído antes de que se dicte la resolución administrativa (artículo 49) y no puede darse en perjuicio de terceros. 2) Por cese voluntario, debidamente autorizado, de la actividad del centro (artículo 47 g.), se producirá de acuerdo con la normativa vigente y los efectos de la extinción tendrá lugar a partir del momento del cese efectivo de dicha actividad (artículo 59).<sup>1706</sup>

b) *Por causas forzosas*, se extingue el concierto educativo por: 1) incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del concierto por parte de la Administración o del titular del centro (artículos 47 c) y 50). En el primer supuesto, la regla general es la de la correspondiente indemnización al contratista quien tendrá derecho a la financiación pública que deje de recibir más interés legal del dinero. En el supuesto de incumplimiento del titular,<sup>1707</sup> será considerado grave cuando del expediente administrativo o de la sentencia de la jurisdicción competente, resulte que el incumplimiento se produjo por ánimo de lucro, con intencionalidad evidente, con perturbación manifiesta de la prestación del servicio de la enseñanza o de forma reiterada o reincidente (artículo 62.2 de la LODE).

2) La muerte de la persona física titular del centro o la extinción de la persona jurídica a la que corresponde la titularidad (artículo 47 d.). En el primer caso, los herederos

<sup>1705</sup> De Los Mozos Touya, *Educación en libertad...* cit. 628 y ss., seguimos su clasificación.

<sup>1706</sup> Vid., artículos 14 y 23 de la LODE, sobre régimen de autorizaciones.

<sup>1707</sup> El artículo 62.1 de la LODE recoge estas causas de incumplimiento y son: a) impartir enseñanza objeto del concierto contraviniendo el principio de gratuidad; b) percibir cantidades por actividades escolares complementarias o extraescolares o por servicios escolares que no hayan sido autorizados por la Administración educativa o por el Consejo escolar del centro, de acuerdo con lo que haya sido establecido en cada caso; c) infringir las normas sobre participación prevista en el presente título; d) infringir las normas sobre admisión de alumnos; e) separarse del procedimiento de selección y despido del profesorado establecido en los artículos precedentes; f) proceder al despido del profesorado cuando aquellos hayan sido declarados improcedentes por sentencia de la jurisdicción procedente; g) lesionar los derechos reconocidos en el artículo 16 y 20 de la Constitución, cuando así se determine por sentencia de jurisdicción competente; h) cualesquiera otras que deriven de la violación de las obligaciones establecidas en el presente título o en el correspondiente concierto”. En este último apartado h), por ejemplo, cabría incluir el incumplimiento de la ratio alumno/profesor como causa de incumplimiento.

tendrán derecho a formalizar un nuevo concierto, siempre que concurren los requisitos previstos en el RNBCE de 1985, presumiéndose a todos los efectos la continuidad (artículo 57.1). Si se trata de extinción de persona jurídica titular del centro, se extinguirá el concierto salvo que su organización y patrimonio pasen a ser titularidad de otra persona que asuma las obligaciones correspondientes a un nuevo concierto (artículo 57.2). Cuando los herederos o la nueva persona jurídica no asuman las obligaciones del concierto, los efectos de la extinción tendrá lugar a partir de la finalización del curso académico (artículo 57.3). En caso contrario estaríamos ante un supuesto de modificación.

3) La declaración de quiebra o de suspensión de pagos del titular del centro (artículo 47 e.). En estos casos mientras no se produzca la oportuna resolución judicial, la Administración arbitrará las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del concierto (artículo 58), con lo que cabe señalar que existe un sistema de control adicional para el cumplimiento de las correspondientes obligaciones.

4) La revocación de la autorización administrativa del centro. Hay que tener en cuenta que el derecho a la iniciativa escolar solo puede ser negado por incumplimiento de las condiciones requeridas para ello,<sup>1708</sup> como puede ser los requisitos mínimos, impartir las enseñanzas para las que fue autorizado el centro...

C) Extinción excepcional: aquellas otras causas que se establezcan en el concierto (artículo 47 h.). Cuando se dan conciertos excepcionales que responden a especiales necesidades de escolarización, que no pueden ser satisfechas de otro modo y que determinan el derecho a un concierto excepcional, mientras tales necesidades subsistan.

Extinguido el concierto la Administración educativa competente adoptará las medidas cautelares necesarias para escolarizar a aquellos alumnos que deseen continuar bajo el régimen de enseñanza gratuita, sin que se vulnere su derecho a la educación. El Tribunal Supremo señala que la rescisión del concierto deber tenerse como medida que, por su gravedad, habría de ser evitada en la medida de lo posible.<sup>1709</sup>

#### 11.14. REFERENCIA A LOS DENOMINADOS CONVENIOS EDUCATIVOS.

Hemos visto que existen conciertos educativos en régimen general o conciertos plenos que suscriben centros privados que imparten enseñanzas básicas que son obligatorias y gratuitas; son centros autorizados de Educación Primaria y de Educación Secundaria Obligatoria.

A partir de la LOCE también tienen derecho a suscribir estos conciertos los centros que impartan enseñanzas de Educación Infantil, que es un nivel voluntario y gratuito. Si bien hay que señalar que la CAM ya estableció esta posibilidad en virtud de la Orden 37/2000 de 5 de enero.

Asimismo existen centros con conciertos educativos de régimen singular en base a la Disposición Adicional tercera de la LODE, que imparten enseñanza en niveles no obligatorios y que en la fecha de promulgación de dicha Ley Orgánica estaban sostenidos con fondos públicos. De contenido similar es la Disposición Transitoria sexta de la LOCE. Son los centros de Bachillerato en sus distintas modalidades y los centros de Formación Profesional de Segundo Grado.

<sup>1708</sup> STS de 3 de julio de 1986 (RJ. 4071)

<sup>1709</sup> STS de 20 de enero de 1994 (RJ. 141).

Junto a éstos existen otros centros que tienen suscrito un Convenio educativo y son los siguientes:

- Centros de nueva creación que imparten ciclos de Formación Profesional específica que complementan la oferta educativa de los centros públicos de acuerdo con la programación general de la enseñanza; posibilidad prevista en la Disposición Adicional quinta de la LOPEGCD de 1995, derogada por la LOCE. El contenido de estos Convenios es similar al propio de los conciertos educativos.

- Centros que pertenecen a Comunidades o entidades con fines religiosos o sociales que atienden a alumnos con necesidades educativas especiales para la compensación de desigualdades en la educación derivada del entorno sociocultural al que pertenecen o derivadas del hecho de tratarse de alumnos extranjeros. Son centros que asumen, sin perjuicio de sus peculiaridades, las mismas obligaciones que los centros privados concertados.

- Centros con ideario confesional, como es el centro de los Adventistas del Séptimo día, o el de la Comunidad judía, que no cumplen todos los requisitos específicos exigidos por la ley para suscribir un concierto y suscriben un Convenio educativo. Con ello se garantiza y hace efectivo el mandato constitucional de la gratuidad de la enseñanza en los niveles básicos y obligatorios, así como el derecho a escoger centro docente y a través de éste el tipo educativo y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones.

#### 11.15. TRANSFORMACIÓN DE LOS CONCIERTOS EN LA REGULACIÓN DE LA LOCE.

Esta materia de transformación de los conciertos está regulada en la Disposición Transitoria sexta de la LOCE de 2002 y ha de ser interpretada conjuntamente con lo dispuesto en el RD 827/2003 de 27 de junio por el que se establece el calendario de la nueva ordenación del sistema educativo, cuyo capítulo V –que solo consta del artículo 15- esta dedicado a establecer determinados criterios en la materia y a fijar su temporalidad.

Se prevé que a partir del año académico 2004-2005 la transformación de los conciertos se realizará -sin perjuicio de lo establecido con carácter especial para la Educación Infantil en la Disposición Adicional tercera y Disposición transitoria segunda- en función de las características siguientes:

1) Los conciertos, convenios o subvenciones aplicables a los centros de primer ciclo de Educación Infantil se referirán a las enseñanzas de Educación Preescolar.

Los conciertos, convenios o subvenciones aplicables a los restantes establecimientos con autorización o licencia para atender a niños de hasta tres años, se referirán a las enseñanzas de Educación Preescolar, una vez que los citados establecimientos obtengan la autorización como centros de Educación Preescolar, conforme al calendario establecido (artículo 15.1. RD 827/2003). Este apartado no incluye los centros de primer ciclo de Educación Infantil ya que utiliza el término “restantes” establecimientos. Se refiere<sup>1710</sup> a establecimientos que realizan una función

---

<sup>1710</sup> Vid. Dictamen del Consejo de Estado número 1616/2003 de 12 de junio, p. 11

de carácter meramente asistencial -contrapuesta al carácter educativo de los centros de primer ciclo de Educación Infantil- y a los no autorizados, es decir, a los centros a los que se refiere la Disposición Transitoria segunda de la LOCE<sup>1711</sup>-contrapuestos a los centros contemplados en la Disposición Adicional sexta-<sup>1712</sup>.

2) Los conciertos actualmente suscritos con centros de segundo ciclo de Educación Infantil se transformarán en conciertos para las enseñanzas de Educación Infantil (artículo 15.2, párrafo 1 del RD 827/2003 y Disposición Transitoria sexta 2, párrafo 2 de la LOCE).

Asimismo los convenios y subvenciones actualmente suscritos u otorgados a centros de segundo ciclo de Educación Infantil se transformarán en conciertos para las enseñanzas de Educación Infantil, siempre que cumplan los requisitos del régimen de conciertos previstos en las leyes educativas (artículo 15.2, párrafo 2).

En opinión del Consejo de Estado no se entiende el sentido del primer párrafo de este apartado, teniendo en cuenta el alcance y contenido del segundo –que parece incluir el de aquel-. La reiteración procede de una incorrecta interpretación de la observación formulada por el Consejo Escolar del Estado que proponía dar una nueva redacción al artículo 15.2<sup>1713</sup> y no la adición de un nuevo párrafo manteniendo el anterior.<sup>1714</sup>

El Consejo Escolar del Estado propuso la siguiente redacción: “En el curso académico 2004-2005, los conciertos, convenios o subvenciones actualmente suscritos y otorgados a centros de segundo ciclo de Educación Infantil se transformarán en conciertos para las enseñanzas de Educación Infantil”, con el fin de que no existiera contradicción con la LOCE y se entendiera que se produce una transformación automática sin que esté sometida a criterios preferenciales ni a nuevos requisitos distintos de los que ya cumplen estos centros.<sup>1715</sup>

Por lo que, teniendo en cuenta la actual redacción del artículo 15.2 del RD 827/2003, lo dicho por el Consejo Escolar del Estado se refiere el apartado primero, mientras que el apartado segundo habla de convenios y subvenciones que se transformarán en conciertos siempre que cumplan los requisitos legales de régimen de conciertos.<sup>1716</sup>

---

<sup>1711</sup> Que se refiere a la adaptación de los centros que imparten Educación Infantil, dispone “Los centros que a la entrada en vigor de la presente Ley atienden a niños menores de tres años, y que no estén autorizados como centros de Educación Infantil, deberán adaptarse a los requisitos mínimos que el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, establezca para los centros de Educación Preescolar. En la fijación de los requisitos mínimos se establecerá el plazo de que dispondrán los centros para realizar la correspondiente adaptación”

<sup>1712</sup> Que dispone: “Los centros docentes privados que a la entrada en vigor de la presente Ley estuvieran autorizados para impartir el primer ciclo de la Educación Infantil quedarán automáticamente autorizados para impartir la educación preescolar establecida en esta Ley”.

<sup>1713</sup> Para dejar claro el carácter automático de la transformación de los conciertos, convenios o subvenciones de los centros de segundo ciclo de Educación Infantil con fundamento en la Disposición Transitoria sexta de la Ley Orgánica.

<sup>1714</sup> Ibidem, Dictamen del Consejo de Estado, p. 11, opinaba que se debía proceder a eliminar uno de los dos párrafos del artículo 15.2 del RD 827/2003

<sup>1715</sup> Dictamen del Consejo Escolar del Estado número 4/2003 de 29 de abril.

<sup>1716</sup> Aquí se habla de conciertos, convenios y subvenciones actualmente suscritos y de la solicitud para acceder a este régimen de conciertos y a su renovación, en torno a esta cuestión se ha dispuesto que “Las Administraciones educativas atenderán las solicitudes formuladas por los centros privados para la concertación de unidades de Educación Infantil, *dando preferencia, por este orden, a las unidades que se solicite para primero, segundo y tercer curso*. Todo ello sin perjuicio de que las Administraciones

3) Los conciertos suscritos con centros de Formación Profesional Específica de grado medio o superior, se transformarán en conciertos de Formación Profesional de grado medio, de grado superior o, en su caso, de Bachillerato (artículo 15.3. del RD 827/2003 y Disposición Transitoria sexta 2, párrafo 3 de la LOCE).

El Consejo Escolar del Estado sugería que se hiciera constar “los conciertos o *convenios* suscritos...” y no solo conciertos suscritos como aparece en la actual redacción, porque “actualmente coexisten unidades en funcionamiento bajo el régimen de conciertos y de convenios, al amparo de la LOGSE y de la Ley Orgánica 5/2002 de 19 de junio de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, por lo que se debiera estudiar la posibilidad de incluir las unidades sometidas a convenios en el régimen de conciertos educativos, a favor de la seguridad jurídica, dado que en caso contrario, las unidades sujetas a convenio quedarían en situación claramente precaria”.<sup>1717</sup>

4) Los conciertos suscritos con centros que impartan Programas de Garantía Social se transformarán en conciertos de Programas de Iniciación Profesional o de Formación Profesional de grado medio (artículo 15.4. RD 827/2003 y Disposición Transitoria sexta 2, párrafo 4 de la LOCE).

Los centros docentes de Educación Especial concertados podrán concertar ofertas formativas de integración social y laboral previstas en el artículo 48 de la LOCE (artículo 15.4, párrafo 2 del RD 827/2003).

El Consejo Escolar del Estado propuso estudiar la posibilidad de que los Programas de Garantía Social concertados de centros específicos de Educación Especial se mantuvieran hasta que se desarrollase el artículo 48 de la LOCE, puesto que no pueden transformarse en conciertos de Programas de Iniciación Profesional si tenemos en cuenta que dichos centros no disponen de autorización como centros de Educación Secundaria Obligatoria, y no deberían ser eliminados los conciertos sin una figura alternativa que cumpla las funciones de integración laboral de los alumnos.<sup>1718</sup>

5) Los conciertos suscritos con centros de Bachillerato se transformarán en conciertos de Bachillerato, de Formación Profesional de grado medio o de grado superior (artículo 15.5. del RD 827/2003 y Disposición Transitoria sexta 2. párrafo 5 de la LOCE).

La transformación de los conciertos corresponde a todos los niveles de enseñanza y es preciso que cumplan unos requisitos. Se requiere la previa autorización de las enseñanzas para las que el titular del centro solicite dicha transformación; y esta transformación se producirá por el mismo número de unidades que el centro tuviera concertadas a excepción de lo dispuesto en el apartado 3 –centros de Formación Profesional Específica grado medio o superior-, así como aquellas unidades solicitadas referidas a “enseñanzas obligatorias”, en tal caso se estará a lo dispuesto en el régimen

---

educativas *puedan anticipar la concertación de las citadas enseñanzas*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 que establece con carácter general que a partir del año académico 2004-2005 se iniciará la gratuidad de la Educación Infantil” Disposición Adicional tercera del RD 827/2003 y Disposición Adicional dieciocho de la LOCE.

<sup>1717</sup>Dictamen del Consejo Escolar del Estado número 4/2003

<sup>1718</sup>Ibidem.

general de conciertos (artículo 15.6 del RD 827/2003 y Disposición Transitoria sexta 3 de la LOCE).

## 12. SUPUESTOS EN LOS QUE LA NORMATIVA SOBRE FINANCIACIÓN HA VULNERADO EL DERECHO A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA SEGÚN EL TRIBUNAL SUPREMO.

El Tribunal Supremo ha considerado que vulnera el derecho a la libertad de enseñanza la normativa sobre financiación de los centros educativos privados, por suponer un obstáculo al ejercicio del mismo, al exigir más condiciones a los centros privados que las previstas por ley; estos requisitos son los siguientes:<sup>1719</sup>

1) Que deban impartirse las enseñanzas completas del nivel educativo correspondiente y que el centro tenga que contar con un número mínimo de unidades escolares. Esto va en contra de los centros de nueva creación y que precisan más tiempo para ampliar sus unidades. El Alto Tribunal anuló el artículo de una Orden de 1984 del Gobierno autónomo de Canarias que exigía que el número de unidades en funcionamiento en los centros subvencionados fuera ocho, en correspondencia con los ocho cursos de EGB, ya que esta exigencia “infringe el artículo 27.1 y 9 CE al impedir la enseñanza y subvención consiguiente a aquellos centros que por empezar su función docentes no han alcanzado todavía los ocho cursos de EGB”.<sup>1720</sup>

2) Que las plazas de profesores tengan que distribuirse por mitades exactas entre titulares y agregados, adjuntos o auxiliares, en el nivel de Formación Profesional.

3) Que la enseñanza de Formación Profesional tenga que impartirse en jornada lectiva de mañana y tarde.

4) Que sea tenido prioritariamente en cuenta, para obtener la subvención, el criterio de zonificación del alumnado. Según este criterio el centro sostenido con fondos públicos debe tender a escolarizar alumnos de una “zona de influencia” previamente determinada por la Administración, de modo que el cumplimiento de este criterio comportaría una prioridad a la hora de percibir subvención. Los Tribunales lo han considerado claramente inconstitucional en la medida que dificulta el derecho de elección de los padres de una escuela para sus hijos en función de sus preferencias. Así el Tribunal afirmó que “los criterios de zonificación del alumnado a tener en cuenta como prioritarios para merecer la subvención, implica una sensible limitación y obstáculo al ejercicio libre del derecho fundamental de elección de centro que comporta la libertad de enseñanza, consagrado como derecho fundamental en el artículo 27 CE”.<sup>1721</sup>

Y también una sentencia de la Audiencia Nacional que se funda en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo y en los Tratados Internacionales ratificados por España diciendo: “ya que si la ayuda se otorga a los padres para nivelar sus posibilidades económicas en orden a la educación de sus hijos, no puede condicionarse mediante una ayuda el derecho que tienen a elegir el centro educativo en función de sus preferencias, tal y como resulta de un adecuado entendimiento del

---

<sup>1719</sup> La STS de 24 de enero de 1985 declara la nulidad de determinados artículos de las Órdenes del MEC de 16 de mayo de 1984 que regulan el régimen de subvenciones a centros docentes privados para el curso 1984-1985.

<sup>1720</sup> STS de 16 de enero de 1985 FJ. 3 (RJ. 218)

<sup>1721</sup> STS de 14 de mayo de 1985 FJ. 4, (RJ. 2354).

párrafo 1 (artículo 27 CE) en relación con los Tratados Internacionales, artículo 26.3 DUDH y artículo 1 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la enseñanza de 1960 cuando señala que se entiende por discriminación toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, color, origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento que tenga por finalidad o efecto destruir la igualdad de trato en materia de enseñanza”.<sup>1722</sup>

### 13. EL IDEARIO O CARÁCTER PROPIO Y EL CENTRO CONCERTADO.

En la LODE los artículos 22 y 52 y en la LOCE los artículos 73 y 68.5 garantizan el derecho a que los centros privados –tanto en sentido estricto como concertados- puedan definir su carácter propio de forma que las enseñanzas que en ellos se impartan puedan orientarse desde el punto de vista ideológico, religioso o moral.

En este sentido el contenido real, la orientación real de las mismas dependerá fundamentalmente de la ideología y creencias de los profesores y del director y como en último extremo, la selección de los mismos no depende necesariamente de la voluntad del titular, resulta imaginable que los profesores y el director no coincidan con concepciones ideológicas con el titular y, en consecuencia, el carácter propio del centro no tendría por qué ser el del titular. De esta manera en la práctica el derecho a la fijación del carácter propio por parte del titular de un centro concertado, podría quedar limitado al momento de la creación del centro, pues en el devenir de la vida del mismo el carácter propio real dependería del acuerdo entre el Titular y el Consejo escolar y, si tal acuerdo no se produjera, de la Administración.<sup>1723</sup>

Si bien, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>1724</sup> en ningún caso las competencias de los órganos de la comunidad escolar, de la Administración pública o el comportamiento de otros actores jurídicos podrían invadir el núcleo privativo del derecho del titular a la dirección del centro; no podrán poner al titular en situación de indefensión o de imposibilidad de ejercicio esencial de ese derecho; es decir, aunque formalmente el órgano tenga competencia para realizar una determinada actuación, si ésta supone, por ejemplo, agresión al ideario o impide al titular su preservación y desarrollo, el acto sería ilícito.

Los problemas prácticos que puedan plantearse han de resolverse conforme a la jurisprudencia y en síntesis se puede decir que el derecho del titular a establecer el ideario o carácter propio del centro constituye un límite al derecho de intervención en el control y gestión del centro de la comunidad educativa, límite que se apoya en los siguientes argumentos:<sup>1725</sup>

a) El derecho del titular al establecimiento del ideario, que se deriva de la libertad de enseñanza y del derecho de creación de centros, incluye como contenidos imprescindibles el derecho a aplicar, desarrollar y preservar dicho ideario, de cuya aplicación, desarrollo y preservación depende el ejercicio del derecho de los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos.

<sup>1722</sup> SAN de 23 de noviembre de 1985 FJ. 7.

<sup>1723</sup> Iban I.C., *Enseñanza...* cit., p. 417; Lorenzo Vázquez P., *Libertad religiosa...*cit., pgs. 92-93

<sup>1724</sup> STC 77/1985 de 27 de junio, FJ. 20

<sup>1725</sup> *Ibidem*, Lorenzo Vázquez...cit., pgs. 93-94



b) El que la ayuda de los poderes públicos, establecida en el artículo 27.9 CE sea ayuda total o parcial en nada modifica su finalidad, que sigue siendo hacer posible el ejercicio por parte de los padres y de los alumnos del derecho a la libertad de enseñanza.

c) Sería inconstitucional cualquier condición, exigencia o contrapartida a la ayuda pública que alterase esta finalidad última, vaciando de contenido los derechos derivados de la libertad de enseñanza.

d) El derecho a establecer, aplicar y preservar el ideario no debe ser entendido solamente como un derecho subjetivo del titular sino además como un vehículo que hace posible la elección del tipo educativo.

Jurídicamente el único fundamento de la financiación pública de centros privados es la efectiva realización de la elección del centro educativo, y a su través, del tipo de educación. Esa libertad de elección descansa en la estabilidad de una oferta coherente conforme a un ideario, público, estable e inequívoco. Y conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la financiación pública de los centros privados no cambia su naturaleza jurídica, ni altera los derechos constitucionalmente reconocidos, salvo las limitaciones –recíprocas- que hay que armonizar de los derechos del titular del centro y el derecho de participación de la comunidad educativa en la gestión y control del centro –artículo 27.7 CE-. “La ley que reclama el artículo 27.9 CE no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá, asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad”.<sup>1726</sup>

#### 14. ACTIVIDADES Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOS CENTROS CONCERTADOS. REGULACIÓN.

Las actividades y servicios complementarios en los centros de enseñanza privados concertados son, en términos generales, aquellas prestaciones de servicios por parte del centro o por terceros –pero a través de los centros- que completan o facilitan la educación de los alumnos.<sup>1727</sup>

Los antecedentes normativos de la regulación de las actividades y servicios complementarios se encuentra en la LGE de 1970, artículo 96.3, apartado 2 que disponía “no podrán establecerse enseñanzas complementarias o servicios que

<sup>1726</sup> STC 86/1985 de 10 de julio, FJ. 3.

<sup>1727</sup> Vid. Ayuso Ruiz-Toledo M, *Actividades y servicios complementarios en centros privados concertados*, en el curso sobre “Aspectos jurídicos del sistema educativo” organizado por el Consejo General de Poder Judicial (Madrid,, 22 de junio de 1993), publicado por Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XVII, Madrid, 1993, p. 180.

La STS de 18 de abril de 1989 señala que “con carácter general en los centros concertado las actividades de los alumnos pueden ser de tres tipos, que la LODE diferencia claramente (refiriéndose al artículo 51 antes de la modificación): *unas actividades docentes o lectivas*, relativas a la propia enseñanza y el consiguiente aprendizaje de las asignaturas o materias y a la realización de las descritas concretamente en el plan de estudios del nivel educativo correspondiente y que se imparte durante un horario lectivo establecido por la propia normativa académica vigente; *otras actividades complementarias* organizadas por iniciativa del centro en el marco de la autonomía que la LODE en su artículo 15 le reconoce y que se realiza al margen del horario lectivo, es decir, son actividades programadas voluntariamente por el centro que no están regladas en los planes de estudio; y *otras actividades extraescolares* que el centro concertado puede organizar y realizar, como su propio nombre indica, fuera del horario escolar”. FJ.2 (RJ. 3441).

comporten repercusión económica sobre los alumnos sin previa autorización del Ministerio”. Y la OM de 16 de mayo de 1984, artículo 10, apartados 2 y 3 que establecía que “para percibir dichas cantidades será necesario la previa aprobación de las Direcciones Provinciales. Habrán de ser voluntariamente aceptadas, efectivamente prestadas y no deberán suponer discriminación para los alumnos”.

Esta materia esta regulada en la LODE, en el RNBCE de 1985 y en el RD 1694/1995 de 20 de octubre por el que se regulan las actividades escolares complementarias, las actividades extraescolares y los servicios complementarios de los centros concertados.

#### 14.1. Regulación en la LODE.

En un principio estaba regulada esta materia en el artículo 51 de la LODE apartado 2, en los siguientes términos: “en los centros concertados las actividades escolares, tanto docentes como complementarias o extraescolares y de servicios, no podrán tener carácter lucrativo”. La ratio legis del carácter no lucrativo tiene por finalidad evitar el establecimiento de una retribución indirecta de la enseñanza por la vía de las actividades y servicios complementarios.<sup>1728</sup>

Este apartado fue objeto de impugnación en el recurso previo de inconstitucionalidad, el motivo alegado por los recurrentes fue la infracción del artículo 38 CE en cuanto se priva a las empresas concertadas del beneficio empresarial en actividades no concertadas. El Tribunal Constitucional, tras afirmar que el artículo 51.2 de la LODE no se oponía a la Constitución y que el legislador puede imponer el carácter no lucrativo de estas actividades, añadía que “un centro que haya aceptado el régimen de conciertos sí podrá desempeñar otras actividades docente con carácter lucrativo fuera del nivel de enseñanza sometido a concierto. Todas las actividades mencionadas genéricamente en el artículo 51.2 constituyen un conjunto que hacen posible la formación total del alumno, o bien de modo directo o bien con carácter instrumental”.<sup>1729</sup>

Posteriormente los apartados 2, 3, y 4 del artículo 51 de la LODE fueron modificados por la Disposición Final primera, punto 2 de la LOPEGCD de 1995, quedando redactados de la siguiente forma: apartado 2, “en los centros concertados las actividades escolares complementarias y extraescolares y los servicios escolares no podrán tener carácter lucrativo. El cobro de cualquier cantidad a los alumnos en concepto de *actividades escolares complementarias* deberá ser autorizado por la Administración educativa correspondiente”. Es decir, las actividades complementarias son gratuitas ya que cualquier cobro ha de ser autorizado por la Administración.

El apartado 3 dispone que “en los centros concertados, *las actividades extraescolares*, así como las correspondientes cuotas que deberán aportar los usuarios, deberán ser aprobadas por el Consejo escolar del centro y comunicadas a la Administración educativa correspondiente. Estas actividades no podrán formar parte del horario escolar del centro. Las Administraciones educativas establecerán el procedimiento de aprobación de los servicios escolares que presten los centros y de sus

---

<sup>1728</sup> Ayuso Ruiz-Toledo M, *Actividades y servicios...* cit., p. 187

<sup>1729</sup> STS 77/1985 de 27 junio, FJ.13

correspondientes cuotas. El cobro de ambos tipos de actividades podrán contribuir al mantenimiento y mejora de las instalaciones.

Y el apartado 4 afirma que “las Administraciones educativas regularán las actividades escolares complementarias, extraescolares y los servicios escolares de los centros concertados que en todo caso tendrán carácter voluntario”.

Distingue entre actividades escolares complementarias, actividades extraescolares y servicios escolares, recoge las notas características de su carácter no lucrativo, voluntario y que han de tener autorización administrativa.

#### 14.2. Regulación en el RNBCE de 1985.<sup>1730</sup>

Esta materia esta regulada en el artículo 15 que dispone: “1. Las actividades escolares complementarias y de servicios de un centro concertado serán voluntarias, no tendrán carácter discriminatorio para los alumnos, no podrán formar parte del horario lectivo y carecerán de carácter lucrativo. 2. La percepción de cantidades determinadas en concepto de retribución de las referidas actividades deberán ser autorizadas por la Administración educativa competente. En el supuesto de actividades complementarias, la autorización se realizará previa propuesta del Consejo escolar del centro”.<sup>1731</sup>

Enumera de forma expresa las características de las actividades complementarias y servicios del centro concertado: voluntarias, no discriminatorias, no lucrativas, fuera del horario lectivo y autorizadas por la Administración educativa.

#### 14.3. Regulación en el RD 1694/1995 de 20 de octubre.<sup>1732</sup>

La experiencia derivada de la aplicación del RD 1534/1986 y la nueva situación originada por la LOGSE demandaron una nueva regulación en esta materia. El RD 1694/1995 de 20 de octubre regulador de las actividades escolares complementarias, las actividades extraescolares y los servicios complementarios, distingue el régimen que le es aplicable a la nueva ordenación de las actividades escolares complementarias, las actividades extraescolares y los servicios complementarios en función de la definición que hace de cada uno de ellos.

En el caso de las actividades escolares complementarias y las actividades extraescolares la distinción la efectúa en función del horario en que se realizan, afirmando el carácter gratuito de las primeras y el carácter no lucrativo de las percepciones que el Consejo escolar puede acordar como contraprestación por las

---

<sup>1730</sup> Conforme a la Disposición Adicional primera de la LODE “el desarrollo de esta Ley podrá ser hecho por las Comunidades Autónomas que tengan reconocida competencia para ello en sus respectivos Estatutos de Autonomía o en la correspondiente Ley Orgánica de transferencia de competencias”. Hoy día todas las Comunidades Autónomas tienen plena competencia en materia de enseñanza, así pues el RNBCE contiene los elementos esenciales del sistema de conciertos garantizando su homologación y sin perjuicio de los desarrollos reglamentarios que lleven a cabo las distintas Comunidades Autónomas.

<sup>1731</sup> Vid. Artículo 57.g) de la LODE modificado por la Ley 9/1995

<sup>1732</sup> Este RD deroga la Orden de 20 de mayo de 1988 por la que se dictan normas para el procedimiento de autorización de las cantidades a percibir como contraprestación por actividades complementarias y de servicios de los centros privados en régimen de conciertos y el RD 1534/1986 por el que se regulan las actividades complementarias y de servicios de los centros privados concertados. Disposición Derogatoria única.

segundas. De los servicios complementarios enumera algunos y regula la autorización por la Administración educativa del cobro de cantidades por su prestación, así como los gastos que incluyen dichas cantidades.

Los centros concertados tienen reconocida autonomía para establecer servicios y actividades escolares complementarias dentro de los límites fijados en las leyes y este RD; no podrán establecerlos con menoscabo del horario lectivo establecido por el Ministerio de Educación para cada etapa o nivel educativo; la participación de los alumnos será voluntaria y por tanto no implicará discriminación alguna para aquellos alumnos que no deseen participar en las mismas (artículo 5 del RD 1694/1995).

*Las actividades escolares complementarias* se han de entender aquellas de carácter gratuito que establecen el centro –en base a su reconocida autonomía- dentro del horario de permanencia obligada de los alumnos en el mismo y que son complemento de la actividad escolar en las que pueden participar el conjunto de los alumnos del grupo, curso, ciclo, etapa o nivel (artículo 2.1 del RD). Estas actividades complementarias serán programadas de conformidad con el Consejo escolar y formarán parte de la programación general del centro (artículo 2.2. del RD).<sup>1733</sup>

*Las actividades extraescolares* son las establecidas por el centro que se realicen en el intervalo de tiempo comprendido en la sesión de la mañana y de la tarde del horario de permanencia en el mismo de los alumnos, así como las que se realicen antes o después del citado horario, dirigidas a alumnos del centro. No podrán contener enseñanzas incluidas en la programación docente de cada curso, ni ser objeto de evaluación a efectos académicos de los alumnos.

Son actividades programadas voluntariamente por los centros, que no están regladas en los planes de estudio –las regladas necesariamente constituyen la actividad fundamental y primordial de cualquier centro-, y una vez cumplido este objetivo esencial, nada impide que el centro pueda organizar y establecer otras actividades y servicios complementarios.<sup>1734</sup>

Las aportaciones de los padres de los alumnos para la realización de actividades extraescolares deberán ser aprobadas, a propuesta del Titular, por el Consejo escolar, así como los servicios escolares cuando así lo haya determinado la Administración educativa.<sup>1735</sup>

---

<sup>1733</sup> Hay que recordar que el artículo 57.f) de la LODE ha sido modificado por la Disposición final primera punto 5 de la LOCE que dispone: f) *informar* la programación general del centro que, con carácter anual, aprobará el equipo directivo”. La redacción inicial del artículo 57 f) de la LODE era: “corresponde al Consejo escolar *aprobar y evaluar* la programación general del centro que con carácter anual elaborará el equipo directivo”. Hay una gran diferencia entre informar y aprobar y evaluar.

<sup>1734</sup> El Decreto 198/1987 de 19 de mayo de Cataluña considera actividades complementarias las que, sin figurar expresamente incluidas en los planes y programas oficiales, tienen por finalidad el perfeccionamiento y la ampliación de la tarea educativa, cultural y social realizada por el centro, completando así el proceso de formación del alumnos, mediante el desarrollo de determinados aspectos del proyecto educativo (artículo 1). Mientras que, considera actividades extraescolares aquellas que tienen por finalidad la formación de los alumnos en aspectos socioeducativos y de ocio no relacionados con la actividad escolar, y que pueden ser contemplados en el proyecto educativo del centro (artículo 2).

<sup>1735</sup> Artículo 57 i.) de la LODE, modificado por la Disposición final primera, punto 5 de la Ley 9/1995.

*Los servicios complementarios del centro* escolar son el comedor, el transporte escolar, el gabinete médico o psicopedagógico o cualquier otro de naturaleza análoga (artículo 4 RD 1694/1995). Podrán ser servicios en régimen de gestión directa o en régimen de concesión de servicios de carácter mercantil, cumpliendo las normas laborales, sanitarias y de seguridad correspondientes.

Las cantidades a percibir por estos servicios complementarios deberán ser autorizadas por la Dirección Provincial del MEC a propuesta del titular del centro. Y se entiende concedida la autorización por silencio administrativo transcurrido tres meses. Las autorizaciones de los precios se entienden referidas a cada curso escolar. No obstante los servicios complementarios que se reiteren en cursos posteriores no requerirán de nueva autorización de precios si los mismos se encuentran como máximo, en el porcentaje que fije el MEC, oídos los sectores afectados, teniendo en cuenta los incrementos en los costes de prestación de servicios.<sup>1736</sup>

Al inicio de cada curso escolar se informará de forma detallada a los padres de los alumnos sobre estas actividades y servicios complementarios que oferta el centro, en la que se hará constar su carácter voluntario y no lucrativo de los mismos, así como las percepciones aprobadas correspondientes a las actividades extraescolares y servicios complementarios (artículo 5 RD 1694/1995).

Se considera como causa de incumplimiento del concierto –según artículo 62.1.b) de la LODE<sup>1737</sup> - “percibir cantidades por actividades escolares complementarias o extraescolares o por servicios escolares que no hayan sido autorizadas por la Administración educativa o por el Consejo escolar del centro, de acuerdo con lo que haya sido establecido en cada caso”. Es decir, es causa de incumplimiento el percibir cantidades no autorizadas que incluyen tanto la percepción de cantidades sin haber solicitado la autorización como la percepción de un exceso sobre dichas cantidades. Y se considerará incumplimiento grave cuando se produjera con ánimo de lucro, con intencionalidad evidente, con perturbación manifiesta en la prestación del servicio o de forma reiterada o reincidente. La rescisión del concierto educativo solo tendrá lugar cuando se produzca un incumplimiento grave del mismo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.2 de la LODE (artículos 51 y 54 RNBCE).

La percepción indebida de cantidades por parte del titular del centro educativo, supondrá la obligación de acreditar documentalmente ante la Administración la devolución de dichas cantidades en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la notificación de la resolución del oportuno expediente. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que hubiere podido incurrir (artículo 56 RNBCE).<sup>1738</sup>

---

<sup>1736</sup> En la normativa anterior se establecían los precios del servicio de comedor (Orden de 29 de mayo de 1988, apartado 8) y del transporte (RD 1534/1986, artículo 13) teniendo como referencia los precios de tales servicios en los centros públicos.

<sup>1737</sup> Modificado por Ley 9/1995, su disposición final primera

<sup>1738</sup> En un Informe correspondiente al segundo semestre del año 2000 el Defensor del Pueblo se refiere a "la presunta práctica, más o menos generalizada, según la cual tales centros perciben determinadas prestaciones económicas de los padres de los alumnos, por conceptos diversos no siempre justificados". Dice que muchos cobros se presentan como "donaciones supuestamente voluntarias", o se obtienen a través de "organizaciones, fundaciones o asociaciones de padres de alumnos interpuestas". Y señala que las propias administraciones educativas reconocen que esta práctica es habitual, y que los centros alegan que emplean estos mecanismos porque los conciertos no alcanzan para financiar el coste real de cada

## 15. DATOS ESTADÍSTICOS DE CENTROS CONCERTADOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (CAM). CENTROS CONFESIONALES CONCERTADOS Y CON CONVENIO.

En la actualidad todas las Comunidades Autónomas tienen transferida las competencias legislativas y ejecutivas en materia educativa.

El ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Madrid<sup>1739</sup> viene establecido en el artículo 29 de su Estatuto de Autonomía,<sup>1740</sup> cuyo apartado primero dispone que “corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que, conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma, lo desarrollen, sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30 y de la alta inspección para su cumplimiento”; y el RD 926/1999 de 28 de mayo de traspaso de las funciones de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de enseñanza no universitaria, hecho efectivo a partir del 1 de julio de 1999 y del Decreto 313/1999 de 28 de octubre, por el que se aprueban las competencias y estructuras orgánicas de la Consejería de Educación.

---

puesto escolar. El informe indica que "se trata de un problema real y generalizado, que si no se ha hecho más explícito es porque los padres de los alumnos son conscientes de que el desembolso que realizan es, en todo caso, muy inferior al que se derivaría del abono de las enseñanzas en un centro privado no concertado". Y añade que estos pagos quizás se aceptan también porque pueden ser "*un mecanismo de selección indirecta de alumnos, que contribuye a alejar de esos colegios a niños procedentes de entornos sociales desfavorecidos, de familias inmigrantes o de minorías étnicas*". La patronal católica Educación y Gestión, mayoritaria en la enseñanza concertada, ha negado que exista en sus centros "una práctica generalizada de cobros anómalos a las familias por actividades y servicios para sus hijos". El presidente de esta organización, Néstor Ferrera, afirma que la Administración no cumple la parte de los conciertos que le corresponde, "al no asumir el costo real de la enseñanza que ofrecen los centros concertados. Por ese motivo los padres, en el uso de su libertad, buscan fórmulas alternativas de financiación, lo que resulta totalmente legítimo". Y estima que también "es la Administración la que al no asumir el costo real de cada puesto escolar está impidiendo la entrada en nuestros centros de alumnos de familias inmigrantes, de minorías étnicas o procedentes de entornos socialmente desfavorecidos, y no un supuesto mecanismo de selección". En COMUNIDAD ESCOLAR, Periódico digital de información y cultura, número 686, de 24 de octubre de 2001, del M.E.C.D.

Recientemente la FERE, a través de su Secretario General, ha solicitado al Gobierno y al principal partido de la oposición que el acuerdo sobre la reforma de la ley de extranjería se amplíe al ámbito educativo, *solicita un pacto para la enseñanza de los inmigrantes*. Ha manifestado: “No es un problema el inmigrante que llega a una clase, porque la mayor parte de ellos no tienen problemas educativos destacables. Se suele dar a la opinión pública el mensaje de que los colegios concertados no aceptamos los inmigrantes, cuando hemos multiplicado nuestras plazas. Estamos dispuestos a aceptar el mismo número de inmigrantes en nuestras aulas que los colegios públicos, pero entonces exigimos las mismas condiciones económicas que gozan ellos”. Vid. Alfa y Omega de 2 de octubre de 2003.

Con ello se pone de manifiesto la cuestión de fondo que relaciona ambos temas, que la financiación pública a los centros privados no es suficiente, no cubre el coste real de cada puesto escolar, no hay proporcionalidad entre el módulo económico que ha de asegurar la gratuidad de la enseñanza y el servicio prestado; el módulo ha de asegurar el coste real del servicio prestado.

<sup>1739</sup> Vid. González M., *El régimen de financiación...* cit., p. 288 y ss.

<sup>1740</sup> Aprobado por Ley Orgánica 3/1983 de 25 de febrero y reformado por las Leyes Orgánicas 10/1994 de 24 de marzo y 5/1998 de 7 de julio

De esta forma la CAM asumió la titularidad de los medios materiales destinados a la enseñanza como la propiedad y demás derechos reales que el Estado ostenta sobre los edificios y las instalaciones de todos los centros públicos dependientes del MECD, ubicados en Madrid, así como las funciones relativas a transporte escolar, comedores escolares y centros de vacaciones escolares, la gestión de becas y ayudas al estudio comprendidas en las convocatorias de carácter estatal.

Desde otro punto de vista, dentro de las funciones traspasadas a la Comunidad Autónoma de Madrid se encuentra la financiación pública del centros docentes privados, es decir, la de suscribir conciertos educativos. Una de la finalidad propuesta en la Comunidad de Madrid ha sido la extensión progresiva de la gratuidad de la enseñanza a todos los niveles educativos no universitarios. Y en virtud de la Orden 37/2000 de 5 de enero,<sup>1741</sup> se establece la posibilidad de acceso al régimen de conciertos de los centros docentes privados de Educación Infantil, en el segundo ciclo, nivel voluntario y gratuito. Con ello se amplió los límites de la gratuidad de los tres años a los dieciséis años, siendo hasta entonces de los seis a los dieciséis años.<sup>1742</sup>

Se establecieron como criterios prioritarios para la valoración de solicitudes de acceso al régimen de conciertos (apartado octavo 3 de la Orden 37/2000): 1) alumnos con necesidades educativas especiales según lo establecido en la Disposición Adicional segunda de la L.O 9/1995; 2) minorías étnicas y socioculturales; 3) niveles socioeconómicos de la familia.

Se aprobó también la Orden 10/2001 de 5 de enero por la que se dictan normas para la concesión de conciertos educativos del curso académico 2001/02; normas de procedimiento para la renovación o suscripción por primera vez de conciertos educativos, así como las modificaciones, todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 RNBCE de 1985.

Complementando esta regulación se encuentra la Orden 7/2002 de 3 de enero que dispone que para la aplicación de los diferentes criterios de prioridad a fin de valorar las solicitudes para suscribir conciertos de Educación Infantil, segundo ciclo se tendrán en cuenta: a) los datos oficiales de escolarización del curso 2001-2002 para baremar el número de alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones personales de discapacidad o a situaciones de desventaja social o cultural; b) La información relativa a los niveles de renta de las familias por zonas geográficas, para baremar el nivel socioeconómico de la zona; c) Informe de la Dirección del Área Territorial, para valorar la oferta en la zona de centros concertados.<sup>1743</sup>

En el curso académico 2002/2003 en la Comunidad Autónoma de Madrid,<sup>1744</sup> había:

Centros privados en CAM	919
Centros privados en Madrid capital	585
Centros privados en pueblos de CAM	334

---

<sup>1741</sup> BOCAM de 10 de enero de 2000

<sup>1742</sup> A partir de la LOCE, la Educación Infantil es un nivel voluntario y gratuito (artículo 11).

<sup>1743</sup> Apartado cuarto, párrafo 2 de la Orden 7/2002 de 3 de enero.

<sup>1744</sup> Según información facilitada por la Consejería de Educación CAM

De estos centros privados :	
Centros concertados en CAM	437
Centros concertados en Madrid capital	326
Centros concertados en pueblos de CAM	111
Centros con convenio en CAM	17
Centros con convenio en Madrid capital	12
Centros con convenio en pueblos de CAM	5

Aulas concertadas en la CAM en el curso 2002-2003:<sup>1745</sup>

Número total de unidades concertadas en la CAM	9.402
en Educación Primaria	4.064
en Educación Secundaria Obligatoria	2.759
en Educación Infantil	1.297
en Ciclos Formativos F.P.	446
en Educación Especial	301
en Aulas de Apoyo	281
en Bachillerato	254

Entre los centros concertados con ideario confesional, cabe distinguir:

1) Centros docentes concertados católicos:

- En Madrid capital

a) Según la Consejería de Educación:	231 centros. <sup>1746</sup>
De estos, son colegios diocesanos concertados	11 centros. <sup>1747</sup>
b) Según la FERE	202 centros.

- En pueblos de la CAM

a) Según la Consejería de Educación	66 centros.
b) Según la FERE	54 centros.

· En Madrid-este:	a) Según la Consejería	16 centros <sup>1748</sup>
	b) Según la FERE	12 centros.
· En Madrid-norte:	a) Según la Consejería	4 centros. <sup>1749</sup>

<sup>1745</sup> Boletín de la FERE número 439, de septiembre-octubre de 2002

<sup>1746</sup> De estos, 18 centros aparecen como concertados en la lista de la Consejería y no aparecen en la lista de la FERE –ni como concertados ni como no concertados–; 6 centros aparecen como concertados en la lista de la Consejería y como no concertados en la lista de la FERE –pero aparecen en la lista de centros católicos–; y 3 centros aparecen en la lista de la Consejería sin concierto y en la lista de la FERE como concertados.

<sup>1747</sup> De estos 11, uno es centro concertado según la Consejería y no según la FERE; y otro no es concertado según la Consejería y sí concertado según la FERE.

<sup>1748</sup> De estos 16, 4 centros no aparece en las listas de la FERE; y en un centro no coinciden la Consejería y FERE en los niveles concertados.



	b) Según la FERE	2 centros.
· En Madrid-oeste:	a) Según la Consejería	17 centros. <sup>1750</sup>
	b) Según la FERE	16 centros.
· Madrid-sur:	a) Según la Consejería	29 centros. <sup>1751</sup>
	b) Según la FERE	24 centros.

Total de centros concertados católicos en la CAM:

a) Según la Consejería de Educación.	297 centros.
b) Según la FERE	256 centros.

Estos centros adoptan distinta forma jurídica: entidad privada, institución docente secular, sociedad limitada, sociedad anónima, cooperativas, fundaciones, asociación civil, pía unión...

2) Centros docentes concertados con ideario evangélico: existen dos centros<sup>1752</sup> que imparten enseñanza en Educación Infantil; Educación Primaria; Educación Secundaria Obligatoria.

2) Centros docentes con ideario judío: existe uno en la CAM<sup>1753</sup>. Imparten Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Educación Infantil. El centro tienen suscrito un Convenio con la Consejería de Educación.<sup>1754</sup>

4) Centros docentes Adventistas del Séptimo Día: hay un centro en Madrid.<sup>1755</sup> Imparten enseñanzas en Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria. El centro tiene suscrito un Convenio con la Consejería de Educación.<sup>1756</sup>

5) Los centros docentes islámicos no están integrados en el sistema educativo español, son centros extranjeros autorizados que imparten enseñanzas regladas de niveles

<sup>1749</sup> De estos 4, 2 centros no aparecen en las listas de la FERE

<sup>1750</sup> De estos 17, un centro no aparece en la lista de la FERE, y en 4 centros no coinciden la Consejería y la FERE en los niveles concertados.

<sup>1751</sup> De estos 29, 9 centros no aparecen en la lista de la FERE; 5 centros no coinciden la Consejería y la FERE en los niveles concertados; 2 centros aparecen en la lista de la Consejería como no concertados y en la lista de la FERE como centros concertados; un centro aparece en la lista de la FERE como concertado y no aparece en la lista de la Consejería –ni como concertado ni como no concertado–; y un centro aparece en la lista de la FERE como concertado y en la lista de la Consejería como centro con convenio.

<sup>1752</sup> El Porvenir –Fundación Federico Fiedner–, que tiene alrededor de 370 alumnos, y el Juan Valdés. No existe ningún centro docente evangélico creado y/o dirigido por la FEREDE.

<sup>1753</sup> El IBN Gabirol, ahora Estrella Toledano. Y existe otro centro en Barcelona

<sup>1754</sup> Al no cumplir todos los requisitos establecidos por ley para suscribir un concierto, se suscribe un Convenio educativo en 1998-1999 para Educación Primaria que se fue renovando de forma anual; éste se amplía mediante adenda en el curso 1999-2000 a Educación Secundaria Obligatoria, renovándose también anualmente, y por último se amplía en el 2000-2001 a Educación Infantil. A partir de aquí se acuerda renovarlo cada cuatro años. Información facilitada por la Secretaria Técnica del colegio.

<sup>1755</sup> El Timón. Y también existe uno en construcción; hay un total de cuatro centros en España y un Seminario.

<sup>1756</sup> Se suscribe Convenio en el año 2000 porque no cumple el requisito todos los requisitos exigidos por la ley para suscribir un concierto.

equivalentes a los obligatorios y no obligatorios del sistema español. Existen tres centros educativos en la CAM – centros saudí, iraquí y libio-. Dos de ellos –el iraquí y el saudí- imparten enseñanzas del sistema educativo de su país de origen y enseñanzas de lengua y cultura española, siguen un sistema mixto; y el centro libio sigue un sistema puro, es decir, imparte únicamente las enseñanzas regladas del sistema educativo de su país de origen.

Con lo expuesto se pone de manifiesto que existen las bases legales para que el pluralismo educativo sea real y efectivo en la sociedad actual, reconociéndose la libertad de enseñanza cuya manifestación primaria es el derecho a crear centros docentes.

En concreto en la Comunidad de Madrid la gran mayoría de los centros educativos concertados con ideario son católicos, situación que no produce extrañeza dada la larga tradición que existe en nuestro país de la Iglesia católica en el ámbito educativo.

Pero también hay que señalar la existencia de centros no católicos, que tienen suscrito Acuerdo con el Estado, si bien en número son menos centros, su existencia pone de manifiesto además del mencionado pluralismo educativo, el respeto a la libertad religiosa y la aconfesionalidad del Estado. Están los centros concertados de los evangélicos; los centros de judíos y adventistas no cumplen todos los requisitos legalmente establecidos para suscribir un concierto, pero que tienen suscrito sendos convenios con la Consejería. De esta forma se cumple el mandato constitucional establecido en el artículo 27.4 CE: “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita”, permitiendo a su vez el ejercicio del derecho a elegir centro docente en igualdad de condiciones, y a través de este derecho la posibilidad de elegir el tipo educativo, haciendo efectivo el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones (artículo 27.3 CE).

Y por último, están los centros islámicos que son centros extranjeros autorizados, es decir, centros no integrados en el sistema educativo español, pero que tienen suscrito el Acuerdo de 1992 y el Convenio económico de 1996.

## CONCLUSIONES

### PRIMERA

El artículo 27 CE establece las líneas básicas del sistema jurídico de la enseñanza que es mixto: enseñanza pública y privada, esta última puede estar ideológicamente caracterizada; garantiza el derecho de todos a la educación que comprende el derecho de acceso a las enseñanzas regladas del sistema educativo, conforme al principio de igualdad y no discriminación; a una enseñanza básica obligatoria y gratuita y que tiene como objetivo y finalidad el desarrollo de la personalidad del alumno, su formación integral, en un ámbito de libertad, respeto y convivencia. Garantía ésta que se hace efectiva mediante la programación general de la enseñanza y mediante la creación de centros docentes.

### SEGUNDA

Lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución supone, no solo tener en cuenta el contenido de los distintos Textos Internacionales fundamentales en esta materia, sino también aceptar la jurisprudencia obtenida en aplicación de dichos Textos, y que las sentencias que se dicten en España sean conformes con los mismos.

### TERCERA

La libertad de enseñanza puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales,

especialmente el artículo 16.1 y 20.1.a) CE.; y comprende el derecho a la creación de centros, la libertad de cátedra y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que han de recibir sus hijos (STC 5/1981 de 13 de febrero); derechos referidos a los tres sujetos que concurren en el proceso educativo.

#### CUARTA

Ningún derecho es ilimitado y por ello tiene gran importancia establecer un criterio de armonización de los diversos derechos que integran la libertad de enseñanza como es la delimitación del “contenido esencial” de los mismos, que debe hacerse con carácter absoluto y respecto de cada derecho; remitiéndose, en caso de conflicto, a la jurisdicción competente o al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo en último término. Los límites de estos derechos son principalmente el respeto a los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad escolar, a los principios constitucionales, la protección a la infancia y la juventud (artículo 20.4 CE); y el respeto a la finalidad de la educación establecida en el artículo 27.2 CE que actúa no solo como mero límite sino que obliga positivamente a adecuar la enseñanza a sus objetivos.

#### QUINTA

La libertad de creación de centros docentes –derecho de personas físicas y jurídicas- es manifestación primaria de la libertad de enseñanza y supone la inexistencia de un monopolio estatal docente y la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado (STS de 24 de enero de 1985, FJ.6). Y para el Titular del centro supone el derecho a dirigir y a garantizar el respeto al carácter propio del centro, así como en asumir en última instancia la responsabilidad en la gestión del centro; pues en caso contrario, el derecho del Titular no sería reconocible. El Titular no puede verse afectado por límites que conduzcan, en definitiva, a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional (STC 77/85 FJ. 20 párrafo 2 in fine), que supone el haber dotado a su centro de un determinado ideario o carácter propio.

#### SEXTA

El derecho del Titular del centro a establecer el ideario o carácter propio –que es una faceta del derecho a la libertad de creación de centros, manifestación a su vez de la libertad de enseñanza-, es un derecho con directa cobertura constitucional, es un derecho autónomo, distinto y más amplio que el derecho de los padres establecido en el

artículo 27.3 CE; hay interacción entre ellos pero no instrumentalidad (STC 5/81 FJ. 8 p.3).

#### SÉPTIMA

El ideario o carácter propio, entendido como sistema coherente de ideas o principios generales destinados a establecer y dirigir un proyecto de enseñanza ha de ser público, sintético, inequívoco y estable; podrá concretarse en distintos aspectos de la actividad educativa: religioso, moral, filosófico, pedagógico, deportivo, lingüístico o en todos aquellos que especifique la oferta educativa. Tiene como límites, además de los generales ya mencionados, el respeto a la verdad y a las exigencias de la ciencia. El ideario es el punto de convergencia que hace posible el ejercicio de dos derechos fundamentales: el de creación de centros docentes (artículo 27.6 CE) y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos (artículo 27.3 CE).

#### OCTAVA

El contenido del derecho a la elección del tipo educativo que se materializa a través de la elección de centro docente –derecho éste que forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho a la educación- es más amplio que el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones, ya que abarca la totalidad del proceso educativo.

#### NOVENA

El derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral conforme con sus propias convicciones puede ejercitarse de dos formas: 1) a través del derecho a la elección de centro docente -que si es privado confesional, la formación religiosa y moral forma parte de su ideario- y es obvio que este derecho es un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral; 2) a través de la enseñanza de la religión en la escuela pública, pues el hecho de ser ideológicamente neutral, no obstaculiza el que se organice la enseñanza de la religión de seguimiento libre, es decir, que ni la asistencia o inasistencia a la misma pueda suponer discriminación alguna para el alumno.

## DÉCIMA

El área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión comprende dos opciones: *una confesional*, que se ajustará a los Acuerdos suscritos o que puedan suscribirse entre el Estado y las distintas Confesiones, siendo la autoridad religiosa correspondiente la que determine su currículo; *otra no confesional*, el Gobierno fija las enseñanzas correspondientes a esta opción. Ambas ofertas son obligatorias para los centros docentes y los padres, tutores o los alumnos mayores de edad, han de elegir una de ellas. (Disposición Adicional Segunda de la LOCE).

## UNDÉCIMA

El nuevo modelo establecido para la enseñanza de la religión quedaría de la siguiente forma conforme al desarrollo reglamentario de la LOCE: el currículo de la Educación Infantil incluirá la enseñanza de religión para los alumnos cuyos padres lo soliciten.

En la Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria la asignatura Sociedad, Cultura y Religión es obligatoria, evaluable y consta en el expediente académico del alumno –y no consta cuál ha sido la opción elegida, con lo que no se vulnera el artículo 16 CE-.

En Bachillerato es asignatura común en primer curso y no se tendrá en cuenta su calificación a efectos de solicitud de becas y ayudas del estudios, pero sí para el acceso a la Universidad (Disposición Adicional primera, párrafo 5, del RD 832/2003).

## DUODÉCIMA

La nueva ordenación de la enseñanza se implantará con carácter general de forma progresiva a partir del curso académico 2004-2005. Durante el periodo transitorio que comprende los cursos del 2003 al 2006 -conforme a la Disposición Transitoria primera del RD 827/2003 de 27 junio-, las enseñanzas de religión y las actividades de estudio alternativas reguladas en el RD 2438/1994 de 16 de diciembre –en tanto no sean sustituidas por el área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión- tendrán, para los alumnos que las cursen, los efectos académicos previsto en el RD. Estos efectos son los siguientes:

Las enseñanzas de religión son de oferta obligada para los centros, voluntaria para los alumnos, son evaluables como el resto de las materias, salvo en Bachillerato que no serán tenidas en cuenta para obtener la nota media en los supuestos de acceso a la Universidad, ayuda de estudios y becas.

Las enseñanzas de actividades alternativas son obligatorias, se imparten en horario lectivo, no son evaluables, no constan en el expediente académico, no versan sobre enseñanzas mínimas ni curriculares; se consideran complementarias y de

contenido formativo, con la finalidad de conocer aspectos de la vida social y cultural así como la realidad histórica y actual de las distintas religiones y para reflexionar sobre el hecho religioso, favoreciendo la convivencia y la tolerancia.

#### DECIMOTERCERA

Los profesores de religión, no funcionarios, impartirán esta asignatura en régimen de contratación laboral, de duración determinada, coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial, con retribución similar a los profesores interinos, e incluidos en el régimen general de la seguridad social.

#### DECIMOCUARTA

Se reconoce la libertad de cátedra a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en que actúan y la relación que medie entre su docencia y la propia labor investigadora (STC 5/1981, FJ.9). Su contenido se ve modulado por la naturaleza pública o privada del centro docente y el nivel educativo correspondiente. Si bien tiene un contenido negativo común, el derecho a resistirse contra cualquier mandato oficial de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada.

#### DECIMOQUINTA

En los centro privados el puesto docente está determinado por las características del nivel educativo y el contenido del ideario o carácter propio del centro, caso de haberlo. El profesor es libre en el ejercicio de la enseñanza, que puede impartir como considere más conveniente, conforme a criterios serios y objetivos y respetando la verdad de rigor científico de su labor docente; pero su libertad ha de ser compatible con la libertad del centro, uno de cuyos aspectos es su carácter propio, que debe respetar. Es decir, no podrá actuar ni enseñar de manera contraria al contenido del carácter propio del centro cuando realiza su función docente o participa en la vida de la escuela (SSTC 5/81, FJ.10, 77/85, FJ.9).

#### DECIMOSEXTA

El respeto al ideario no infringe la libertad de cátedra sino que la limita, ya que de otro modo no solo quedaría privado de todo contenido real el derecho a establecer el carácter propio del centro sino defraudado el derecho de los padres a elegir una formación religiosa y moral para sus hijos (STC 77/1985, FJ.9). Tanto el derecho a

establecer un ideario como la libertad de cátedra sirven a un mismo objetivo: la educación tal y como aparece descrita en el artículo 27.2 CE.

#### DECIMOSÉPTIMA

En un centro privado, ningún profesor puede ser obligado a hacer apología o propaganda del ideario, pero a sensu contrario, voluntariamente puede hacerlo ya que implica explicar de acuerdo con sus convicciones, y porque este proceder no lesiona el contenido esencial del derecho del titular ni tampoco el de los padres que libremente han elegido el centro en razón a su carácter propio. No hay relación de subordinación entre ideario y libertad de cátedra, ambos se subordinan a un límite común, el servicio a la verdad y a las exigencias de la ciencia. El respeto al ideario no obliga a la adhesión o aceptación positiva de los principios ideológicos por parte del profesor.

#### DECIMOCTAVA

La posición mayoritaria del Tribunal Constitucional es la de evitar la confrontación entre la libertad del titular y la libertad del profesor, hacer notar la incompatibilidad de una tendencia expansiva de cualquiera de estas libertades (STC 5/1981 FJ.10), y la articulación recíproca será tanto más fácil cuanto mayor conciencia se tenga de estas limitaciones. Constituyen límites a la libertad de cátedra, además de los generales ya enumerados, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones (artículo 27.3) y los límites propios del puesto docente y de la materia impartida.

#### DECIMONOVENA

En las organizaciones de tendencia, entre las que se encuentran los centros docentes privados con ideario, la protección de la libertad ideológica y religiosa en su aspecto colectivo puede constituir razón objetiva y suficiente para justificar la desigualdad de trato, eliminando la posibilidad de considerarlo discriminatorio en base a un interés de la organización de la misma relevancia que el interés del trabajador.

#### VIGÉSIMA



Para que el despido por motivos ideológicos sea lícito es preciso demostrar que no solo hubo disconformidad sino fricciones contra los criterios del centro, consistentes en actos concretos y una actitud contraria del docente, y esto ha de ser probado por el empresario, en caso contrario se convierte en un despido injustificado por discriminatorio.

#### VIGÉSIMO PRIMERA

Cuando se trate de centros con ideario, las actuaciones o las conductas extralaborales del docente pueden ser eventualmente consideradas por el titular como una violación de su obligación de respetar el ideario, atendiendo para ello a la intencionalidad, a la naturaleza de estas actividades y a su notoriedad ( STC 5/1981, FJ.11).

#### VIGÉSIMO SEGUNDA

En el supuesto de conflicto entre el titular del centro y el profesor, la extinción de la relación laboral, aunque sea de naturaleza ideológica, solo tendrá lugar cuando haya incumplimiento de la prestación laboral exigida, de acuerdo con las normas ordinarias de Derecho laboral. Cuando se trate de profesor de religión, se extingue el contrato al finalizar el curso escolar para el que fue autorizado ope legis, sin necesidad de requisitos formales.

#### VIGÉSIMO TERCERA

El artículo 27.9 CE no contempla un derecho subjetivo a la prestación pública, pero sí establece una obligación de los poderes públicos de ayudar a los centros que reúnan los requisitos establecidos por la Ley. En cumplimiento de esta obligación el Estado dicta normas que sí dan lugar a que surjan derechos subjetivos de los particulares.

#### VIGÉSIMO CUARTA

El cauce o mecanismo de financiación pública de los centros privados son los conciertos educativos que son contratos públicos administrativos especiales de financiación a favor de terceros. Tienen por finalidad colocar en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos a la hora de ejercer el derecho de optar por un centro público o un centro privado.

#### VIGÉSIMO QUINTA

Las partes que suscriben un concierto han de cumplir unas obligaciones recíprocas; el Titular del centro concertado ha de impartir las enseñanzas de los niveles concertados de forma gratuita, de acuerdo con los programas y planes de estudio y con sujeción a las normas de ordenación académica en vigor; ha de tener en funcionamiento las unidades concertadas y cumplir la relación media alumno/profesor establecida por la Administración educativa competente. Y la Administración ha de realizar el pago de las cantidades establecidas por las leyes educativas: los salarios, complementos y cargas sociales del profesorado -es un pago delegado, por cuenta y en nombre del Titular del centro, que sigue siendo el empleador- y “otros gastos”.

#### VIGÉSIMO SEXTA

Consecuencia del concierto es que en los centros privados concertados se dan elementos propios del estatuto jurídico de centros públicos como son el régimen de admisión de alumnos -en el supuesto en que las solicitudes sean superiores a las plazas existentes- y la participación de la comunidad educativa en el control y gestión del centro. Pero el centro sigue siendo de titularidad privada; se ha de respetar el contenido esencial del derecho del titular y el de los restantes miembros de la comunidad educativa. El problema que puede surgir en estos centros no es de codirección ni de traslación de la dirección al Consejo escolar sino un problema de armonización de dos derechos con idéntica cobertura constitucional.

#### VIGÉSIMO SÉPTIMA

En la actualidad los centros privados concertados son en su inmensa mayoría centros confesionales católicos. En la CAM existen dos centros concertados de confesión evangélica; uno judío y otro adventista del séptimo día, ambos con convenio educativo ya que no cumplen todos los requisitos exigidos por la ley para suscribir un concierto; y los centros islámicos que son centros extranjeros autorizados, no integrados

en el sistema educativo español. A pesar de la gran diferencia en número se dan las bases legales para que el pluralismo educativo sea real y efectivo y con su existencia se afirma la posibilidad de elegir centro y a través de éste el tipo educativo, reconociéndose a su vez el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO R., *Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, Editorial Navarra, 1997.

AISA SOLA J.A., *Los conciertos educativos*, en el curso sobre “Aspectos jurídicos del sistema educativo”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 22 de junio de 1993), publicado en Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XVII, Madrid, 1993.

ALONSO GARCÍA E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 7ª edición, Madrid, 1982.

ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 11ª edición, Universidad Complutense, Madrid, 1989.

ÁLVAREZ CORTINA A.C., *El Derecho Eclesiástico Español en la Jurisprudencia Postconstitucional (1978-1990)*, Madrid, 1991.

ALZAGA VILLAMIL O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo I, Ed. EDERSA, Madrid 1996.

ALZAGA VILLAMIL O., *Derecho a la libertad de enseñanza*, Ed. Planeta, Barcelona, 1987.

APARICIO TOVAR J., *Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas*, Lección de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón y Del Peso, Madrid, 1980.

AYUSO RUIZ-TOLEDO M., *Actividades y servicios complementarios en centros privados concertados*, en el curso sobre “Aspectos jurídicos del sistema educativo”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 22 de junio de 1993), publicado en Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XVII, Madrid, 1993.

BAYLOS GRAU A., *Despido de un profesor de religión en un colegio privado*, Revista de Política Social, número 126, 1980.

BLAT GIMENO F.R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Estudios, Madrid, 1986.

BOCH F. Y DÍAZ J., *La educación en España. Una perspectiva económica*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988.

CÁMARA VILLAR G., *Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución Española*, en Ministerio de Justicia (ed), *Introducción a los Derechos fundamentales*, X Jornadas de Estudio, Vol. III, Madrid, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, 1988.

COMISIÓN EPISCOPAL DE ENSEÑANZA Y CATEQUESIS DE LA IGLESIA CATÓLICA, *Orientaciones pastorales sobre la enseñanza religiosa escolar. Su legitimidad, carácter propio y contenido*. Ed. Edice, Madrid, 1999.

COMISIÓN EPISCOPAL DE LA ENSEÑANZA Y CATEQUESIS. *Documentación Jurídica Académica y Pastoral sobre la enseñanza religiosa escolar y sus profesores. 1990-2000*. Ed. Edice, Madrid. 2001.

CONTRERAS MAZARIO J.M., *La Enseñanza de la Religión en el sistema educativo*, Centros de Estudios Constitucionales. Cuadernos y debate número 35, Madrid, 1992.

CORRAL SALVADOR C., *Acuerdos Iglesia-Estado en España*, ed. B.A.C., Madrid, 1999.

CRUZ DÍAZ J., *La Financiación pública de la enseñanza privada confesional en Francia*, en VVAA “La financiación de la Libertad Religiosa”, coordinado por Alberto de la Hera y Daniel Irastorza, Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos Religiosos, Madrid. 2002.

DE DIEGO-LORA C., *La enseñanza religiosa escolar después de los Acuerdos de 1992 con Federaciones religiosas no católicas*, Ius Canonicum, 1993.

DE DIEGO LORA C., *La Igualdad Constitucional*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 1989.

DE ESTEBAN ALONSO J., Y GONZÁLEZ TREVIJANO P.J., *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1993.

DE ESTEBAN ALONSO J., Y LÓPEZ GUERRA L., *El Régimen Constitucional Español*, Ed. Labor, Barcelona, 1980.

DE LA CIERVA Y DE HOCES M.R., *Derechos Humanos y Educación*, Corintios XIII, núm. 88, 1998.

DE LA CIERVA Y DE HOCES M.R., *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español (veinte años de vigencia). Enseñanza de la religión católica en centros*

*públicos*. Junta Episcopal de Asuntos Jurídicos. Conferencia Episcopal Española. Madrid, 2000.

DE LA CIERVA Y DE HOCES, M.R., *Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales a los veinte años de vigencia*, XIX Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2000.

DE LOS MOZOS TOUYA I., *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo S.A., Madrid, 1995.

DE PUELLES BENÍTEZ M., *Textos sobre la educación en España, (siglo XIX)*, U.N.E.D., Madrid, 1998.

DE PUELLES BENÍTEZ M., *Educación e Ideología en la España contemporánea*, Ed. Tecnos, 1999.

DÍAZ LEMA J.M., *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992.

DIEZ MORENO F., *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia constitucional*, en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas Vol. II. XII Jornadas de Estudio en Madrid, 27 a 31 de mayo de 1992. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica de Publicaciones. 1993.

*Dinámica urbana y servicios educativos en Madrid y su área de influencia (Desafíos y Oportunidades)*, Estudio realizado por un equipo de investigación sociológica (EDIS) Facultad de Sociología de la Universidad Pontificia de Comillas, FERE, Madrid, 2000.

EMBID IRUJO A., *El contenido del derecho a la Educación*, R.E.D.A. núm. 31, 1981.

EMBID IRUJO A., *Derecho a la Educación y Derecho educativo paterno. Comentario a la sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1982*, R.E.D.C. núm. 7, 1983.

EMBID IRUJO A., *Las libertades en la enseñanza*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

EXPÓSITO E., *La libertad de cátedra*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

FALCÓN ALONSO F., *Naturaleza y régimen de los conciertos educativos*, en el curso sobre "Aspectos jurídicos del sistema educativo" organizado por el Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 22 de junio de 1993), publicado en Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XVII, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ A., *Estado y Confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación. (Los Pactos de las Confesiones: Leyes 24,25,26 de 1992)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ-CORONADO A., *Los Acuerdos del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), y Federación de Comunidades Israelitas (FCI)*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, VII, 1991.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Libertad ideológica y prestación de servicios*, Revista Relación Laboral número 7, LA LEY, 1985.

FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR A., *De la Libertad de enseñanza al Derecho a la educación. Los Derechos Educativos en la Constitución Española*. Ed. Centro de Estudios Areces. Madrid 1988.

FERNÁNDEZ-MIRANDA A., SÁNCHEZ NAVARRO A., *Artículo 27-Enseñanza*, en VVAA. “Comentarios a la Constitución Española de 1978”, Ed. EDERSA, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ SEGADO F., *El Sistema Constitucional Español*, ed. Dykinson, Madrid, 1992.

FORNES J., *La enseñanza religiosa en España*, Ius Canonicum XX núm. 40, 1980.

GÁLVEZ MONTES J. *Derechos y Libertades*, “artículo 20”, en “Comentarios a la Constitución”, Garrido Falla y VVAA, Ed. Cívitas, 3ª edición, Madrid 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA E., LINDE E., ORTEGA L.I., Y SÁNCHEZ MORÓN M., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Madrid, 1979.

GARCÍA HOZ V., *La libertad de educación y la educación para la libertad*, en Persona y Derecho núm. 6 , 1979.

GARCÍA PARDO GÓMEZ D., *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: una recepción jurídico doctrinal*, Estudio Preliminar al libro de Díaz Lema JM., *Los conciertos educativos...* ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.

GARRIDO FALLA F., *Comentarios a la Constitución*, VVAA, Ed. Cívitas, 1980.

GARRIDO FALLA F., *Comentarios a la Constitución*, VVAA, Ed. Cívitas, 3ª edición, Madrid 2001.

GÓMEZ-FERRER MORANT R., *El régimen general de los centros privados de enseñanza*, R.E.D.A., 1973.

GONZÁLEZ M., *El régimen de financiación pública de los centros docentes como garantía del pleno ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa*, en VVAA “La financiación de la Libertad Religiosa”, coordinado por Alberto de la Hera y Daniel Irastorza, Ministerio de Justicia, Dirección General de Asuntos Religiosos, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ DEL VALLE J.M., *Enseñanza*, en Derecho Eclesiástico del Estado Español, VVAA, Ed. Eunsa, Pamplona, 1996.

GONZÁLEZ DEL VALLE J.M., *Libertad de cátedra y de enseñanza en la legislación española*. Persona y Derecho número 8, 1981.

Guía de Centros Educativos Católicos. Consejo General de la Educación Católica. F.E.R.E. 2002.

IBAN I.C. Y PRIETO SANCHÍS, *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Madrid, 1985.

IBAN I.C., *Enseñanza*, en Curso de Derecho Eclesiástico, VVAA., Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, UMC, Madrid 1991.

IBÁN I.C. *La enseñanza de la religión católica. Primeras impresiones acerca de los RRDD 1006/1991 y 1007/1991 de 14 de junio*. La Ley, 1991.

ISAACS DAVID, *Posibilidades y limitaciones del carácter propio de los centros educativos concertados en la realidad*, Ius Canonicum, núm. 77, Universidad de Navarra, 1999.

“*La educación encierra un tesoro*”. Informe de la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI, presidida por Jacques Delors, Grupo Santillana, Ediciones UNESCO, Madrid 1996.

*La Libertad Religiosa en la Educación Escolar*. Coordinado por Alberto de la Hera y Rosa María Martínez de Lodes. Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos Religiosos. Madrid, 2002.

LORENZO VÁZQUEZ P., *En torno al “carácter propio” de los centros docentes*, Persona y Derecho, Humana Iura, núm. 4, 1994.

LORENZO VÁZQUEZ P., *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Cuadernos y Debates núm. 104, Ed. BOE, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2001.

LOZANO CUTANDA B. *La libertad de cátedra*, Ed. Marcial Pons, UNED, Madrid, 1995.

LUCAS VERDÚ P., *Voz Libertad de Cátedra*, en Nueva Enciclopedia jurídica, tomo XV, Seix Barral, Barcelona, 1974.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ D., *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de Conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1989.

MARTÍ SÁNCHEZ J.M., *Factor Religiosos y enseñanza en España*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 2000.

MARTÍN DE VESES C., *Regulación Internacional del Derecho a la Educación*, Estudios de Derecho Internacional, homenaje al profesor Mieja de la Muela. Tomo I. Ed. Tecnos, Madrid 1979.

MARTÍN SÁNCHEZ I., *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Volumen II, 1986.



MARTÍNEZ BLANCO A., *Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, Ed. Técnos. Madrid, 1993.

MARTÍNEZ BLANCO A., *La enseñanza de la religión en los centros docentes a la luz de la Constitución y el Acuerdo con la Santa Sede*, Universidad de Murcia, 1994.

MARTÍNEZ BLANCO A., *Los derechos fundamentales de los fieles de la Iglesia y su proyección en los ámbitos de la familia y de la enseñanza*, Publicaciones Instituto Teológico Franciscano, Murcia 1994.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J.L., *La educación en la Constitución Española. (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)*, en Persona y Derecho, 1979.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J.L. *El artículo 27 de la Constitución: análisis de su contenido, Doctrina jurisprudencial. Tratados Internacionales suscritos por España*, Ponencia presentada en el curso sobre “Aspectos jurídicos del sistema educativo”, Organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid 22 de junio de 1993, publicado en Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XVII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J.L., *Libertad de enseñanza y derecho a la educación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo Adicional primero: estudio particular de sus implícitas exigencias sobre el régimen de la financiación pública de la enseñanza*, Lectures 2, Oidel, Ginebra, 1993.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J.L., *Los conciertos escolares como instrumento de marginación del pluralismo escolar: Análisis jurídico de las causas y remedios*, Boletín de la FERE número 366 de marzo de 1993.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J.L., *Requisitos y efectos jurídicos del carácter propio de los centros educativos*, Ius Canonicum núm. 77, Universidad de Navarra, 1999.

MORENO ANTÓN M., *Vida privada de los docentes e ideario del centro educativo en el Derecho Español*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 1989.

MORENO BOTELLA F., *Idoneidad del profesor de religión católica y despido. Comentario a la sentencia de 28 de septiembre de 2000 del Juzgado de lo Social, número 3 Murcia*, Derecho y Opinión, número 8, 2000, Universidad de Córdoba.

MORENO BOTELLA G., *La identidad propia de los grupos religiosos. El artículo 6 de la LOLR*, Madrid, 1990.

MORENO G., J.M., *Ideario y proyecto educativo de los centros de enseñanza*, Revista Razón y Fe núms.. 944-945, 1976.

MORENO GONZÁLEZ-ALLER I. *Algunas consideraciones sobre la subrogación de la Administración educativa en el pago de salarios del personal docente de centros educativos concertados*, en curso organizado por el CGPJ, Ed. Aranzadi Vol. II, Madrid, 1993.

MOTILLA DE LA CALLE A., *Derecho laboral y seguridad social de los miembros de órdenes y congregaciones religiosas*, Ensayos y Documentos, Universidad de Alcalá, Madrid, 2000.

MUSOLES CUBEDO M.C., *Polémica que suscita el criterio de admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos. (Especial referencia al criterio de capacidad económica aplicado a los centros concertados)*. Anuario de Derechos Eclesiástico del Estado, 1989.

*Organización Internacional para el desarrollo de la libertad de enseñanza*. IV Simposio Internacional. Europa una y plural. El rol de los poderes públicos en la educación. Con el apoyo de la Comisión de las Comunidades Europeas. Informe final. Geneve, 1994.

ORTIZ DÍAZ J. *La libertad de enseñanza*, Ed. Universidad de Málaga, 1980, Málaga.

ORTIZ LALLANA C., *Derechos fundamentales y relación laboral*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 13 , 1998.

OTADUY GUERIN J. *Carácter propio de los centros educativos y libertad de conciencia*, Ius Canonicum núm. 77, Universidad de Navarra, Pamplona 1999.

OTADUY GUERIN J., *Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 1986.

OTADUY GUERIN J., *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, Ed. EUNSA, Pamplona 1985.

OTADUY GUERÍN, *Libertad religiosa y contratación del profesorado en centros concertados*, Actualidad Laboral III, 1991.

OTADUY GUERIN J. *Presentación*, Ius Canonicum, núm. 77, Universidad de Navarra, 1999.

OTADUY GUERIN J. *Régimen jurídico español del trabajo de eclesiásticos y de religiosos*, Madrid, 1993.

QUINTANILLA NAVARRO, *¿Despido discriminatorio de un profesor de religión, por ejercicio del derecho a la libertad de expresión o transgresión de la buena fe contractual del trabajador?*, Aranzadi de lo Social, 2000.

POVEDA GONZÁLEZ J.A. *Puntualizaciones sobre la financiación de la enseñanza privada concertada*, Boletín de la FERE núm. 438, de julio-agosto de 2002.

RIU I ROVIRA DE VILLAR F., *Todos tienen el derecho a la educación*, publicación del Consejo General de la Educación Católica, Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ COARASA C., *La libertad de enseñanza en España*, Ed., Técno, Madrid, 1998.

RODRÍGUEZ PASTOR G.E., *Profesores de religión en centros docentes públicos. La no propuesta por el Ordinario Diocesano para el año siguiente no supone un despido sino la extinción del contrato anual "ope legis"*. Aranzadi de lo Social 2000, Vol.III.

RODRÍGUEZ PIÑERO M., *No discriminación en las relaciones laborales. Comentarios a las Leyes Laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Madrid, 1983.

SAINZ MORENO F., y Herrero de Padura M., *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios. Volumen IV. Cortes Generales*, 2ª edición 1989.

SALGUERO M., *Libertad de Cátedra y Derechos de los Centros Educativos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997.

SOUTO PAZ J.A., *Comunidad Política y Libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el Derecho Comparado*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 1999.

SOUTO PAZ J.A. *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho a la libertad de ideas y creencias*, Ed. Marcial Pons, 3ª edición, Madrid, 1995.

SUÁREZ PERTIERRA G., *Reflexiones acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario del centro educativo*, Anuario de Derechos Humanos, 1983.

TÁRREGA POVEDA J., *Indicios y Prueba en el despido objetivo con vulneración de derechos fundamentales (libertad de cátedra)*, Aranzadi de lo Social, Vol. II 2001.

VIDAL PRADO C., *Aproximación histórica a la regulación de la libertad de cátedra en España*, en *Persona y Derecho*, Humana Iura 7, 1997.

VILADRICH P.J., FERRER ORTIZ J., *Principios informadores del Derecho Eclesiástico Español*, en VVAA. "Derecho Eclesiástico del Estado español" 4ª edición, EUNSA, Pamplona 1944.

YÁNEZ ÁLVAREZ E., *El Evangelio en la Escuela Pública. La enseñanza religiosa escolar*, Zaragoza, 2001.

ZUMAQUERO J.M., *La Constitución Española de 1978 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Revista *Persona y Derecho*, 1981.

ZUMAQUERO, *Los derechos educativos en la Constitución Española de 1978*, Pamplona, EUNSA, 1984.