

2014

La enseñanza religiosa en centros docentes : una perspectiva constitucional

Espinosa Díaz, Ana

<http://hdl.handle.net/10016/18974>

Descargado de e-Archivo, repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

La enseñanza religiosa en centros docentes. Una perspectiva constitucional

Autora:

Ana Espinosa Díaz

Directora:

Dra. D^a Ascensión Elvira Perales

Co-Director:

Dr. D. Gianluca Famiglietti

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO DEL ESTADO

Getafe, enero de 2014

TESIS DOCTORAL

***La enseñanza religiosa en centros docentes. Una
perspectiva constitucional***

Autora: Ana Espinosa Díaz

Directora: Dra. D^a Ascensión Elvira Perales

Co-Director: Dr. D. Gianluca Famiglietti

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, de de

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	13
AGRADECIMIENTOS	17
INTRODUCCIÓN	19
INTRODUZIONE	25
CAPÍTULO I: LA LIBERTAD RELIGIOSA	31
I. EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SU DESARROLLO	33
1. LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO.....	33
2. DESARROLLO DEL ARTÍCULO 16 CE	39
II. EL DERECHO SUBJETIVO A LA LIBERTAD RELIGIOSA	42
1. TITULARIDAD DEL DERECHO.....	43
1.1. <i>Los extranjeros</i>	43
1.2. <i>Los menores de edad</i>	46
1.3. <i>Los sujetos colectivos. Las confesiones</i>	52
2. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA	56
3. VERTIENTE PRESTACIONAL DEL DERECHO	64

4. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA.....	71
III. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA RELIGIOSA.....	83
1. EL PRINCIPIO DE ACONFESIONALIDAD	85
2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	93
3. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN	98
CAPÍTULO II: LOS DERECHOS DEL ÁMBITO EDUCATIVO.....	113
I. EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	114
1. LA EDUCACIÓN EN EL CONSTITUYENTE	114
2. NATURALEZA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	122
3. DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN....	127
4. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO: DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA EDUCATIVA.....	132
4.1. <i>Distribución de competencias en la enseñanza</i>	133
4.2. <i>La asunción de competencias por las Comunidades Autónomas</i>	140
A) <i>Las Comunidades Autónomas de competencia inicial amplia</i>	140
B) <i>Las Comunidades Autónomas de competencia inicial reducida</i>	142
C) <i>Los nuevos Estatutos de Autonomía</i>	149
D) <i>Las Ciudades Autónomas</i>	152
4.3. <i>Órganos que garantizan la homogeneidad del sistema</i>	152

4.4. Referencia a los entes locales	154
5. FINALIDAD DE LA EDUCACIÓN, EL ARTÍCULO 27.2 DE LA CONSTITUCIÓN	155
II. DERECHO A LA EDUCACIÓN	162
1. TITULARIDAD.....	163
2. CONTENIDO	168
2.1. El derecho a acceder al sistema educativo.....	169
2.2. El derecho a permanecer en el puesto educativo	171
A) Evaluación objetiva de los conocimientos	172
B) Tratamiento disciplinario sin arbitrariedades	173
2.3. El artículo 27.4: Enseñanza básica obligatoria y gratuita...	175
A) Educación obligatoria.....	177
B) Educación gratuita.....	179
III. LIBERTAD DE ENSEÑANZA	182
1. TITULARIDAD DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES..	183
2. CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES ...	188
2.1. Derecho a crear centros escolares	188
2.2. Derecho de dirección	191
2.3. El establecimiento de un ideario o carácter propio del centro.....	193
3. LÍMITES A LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES.....	200
3.1. Límites a la creación de centros escolares	200
3.2. Límites al establecimiento de un ideario	201
4. LOS DERECHOS EDUCATIVOS PATERNOS	205

4.1. Elección del tipo de educación.....	205
4.2. Elección de la formación religiosa y moral de acuerdo con las propias convicciones (remisión).....	212
IV. OTROS ELEMENTOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA ENSEÑANZA	213
1. LIBERTAD DE CÁTEDRA	213
1.1. Titularidad.....	219
1.2. Contenido	223
1.3. Límites.....	231
A) Límites vinculados al puesto docente	232
B) Límites que se derivan de los destinatarios directos de la educación.....	233
C) Límites relacionados con la naturaleza del centro educativo	240
2. DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE PROFESORES, PADRES Y, EN SU CASO, ALUMNOS	241
3. GARANTÍAS ESPECÍFICAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	246
3.1. Programación general de la enseñanza	246
3.2. Creación de centros docentes.....	247
3.3. Neutralidad de centros públicos.....	249
3.4. Inspección y homologación del sistema educativo	252
3.5. La financiación pública de centros privados. El concierto escolar	253

CAPÍTULO III: ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN EN CENTROS EDUCATIVOS	259
I. LA ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	260
1. MODELOS DE ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN	260
1.1. <i>El modelo de integración orgánica.....</i>	261
1.2. <i>El modelo de libertad de acceso.....</i>	264
1.3. <i>El modelo de libertad de salida.....</i>	266
1.4. <i>La enseñanza de la religión como hecho cultural</i>	267
2. NORMATIVA.....	268
2.1. <i>El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales.....</i>	268
2.2. <i>Normativa educativa del Estado relativa a la asignatura de religión desde la aprobación de la Constitución de 1978.....</i>	274
A) <i>El modelo de enseñanza de religión establecido en 1980..</i>	274
B) <i>La enseñanza de la religión durante la vigencia de la LOGSE.....</i>	279
C) <i>La regulación inaplicada de la Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza</i>	285
D) <i>La Ley Orgánica de Educación</i>	288
E) <i>La nueva ley educativa: Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa.....</i>	290
2.3. <i>Los acuerdos de 1992 con las confesiones minoritarias</i>	293
2.4. <i>Competencias autonómicas en la enseñanza de la religión.</i>	296
II. LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN, ¿UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL?	300

1. LA ENSEÑANZA DE RELIGIÓN COMO CONTENIDO DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN	304
2. EL ARTÍCULO 27.3 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN.....	309
2.1. <i>El artículo 27.3 CE</i>	311
2.2. <i>Contenido y significado del artículo 27.3 CE</i>	319
A) Análisis del artículo 27.3 CE	319
B) Contenido del artículo 27.3 CE	323
C) Conclusión: el artículo 27.3 CE no supone la existencia obligatoria de una asignatura de religión	328
2.3 <i>Titular del derecho: el sujeto de elección</i>	328
3. CONCLUSIÓN: INEXISTENCIA DE UN MANDATO CONSTITUCIONAL DE INCLUIR LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN EN EL CURRÍCULO ACADÉMICO	334
III. LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN CATÓLICA	336
1. REGULACIÓN DE LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN CATÓLICA	336
1.1. <i>Competencias de la jerarquía eclesiástica: el contenido de la asignatura y los libros de texto</i>	337
1.2. <i>La organización de la asignatura</i>	339
1.3. <i>El profesorado de religión</i>	341
1.4. <i>La elección de cursar o no la asignatura de religión</i>	347
1.5. <i>La evaluación de la asignatura de religión católica</i>	350
1.6. <i>Los alumnos que no asisten a clases de religión: la alternativa</i>	353
2. LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN CATÓLICA Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	365
2.1. <i>La asignatura de religión católica y la libertad religiosa</i>	366

2.2. <i>La asignatura de religión católica y los derechos del ámbito educativo</i>	373
IV. LA ENSEÑANZA DE RELIGIÓN DE LAS CONFESIONES CON ACUERDO.....	378
1. Regulación de la enseñanza de las confesiones con acuerdo...	378
1.1. El artículo 10 de los Acuerdos de 1992.....	380
1.2. Los convenios de 1996	386
1.3. La normativa educativa	388
2. La enseñanza de las religiones con acuerdo y la Constitución Española.....	393
2.1. La enseñanza prevista en los acuerdos de 1992.....	394
A) El artículo 10 de los Acuerdos y la libertad religiosa	394
B) El artículo 10 de los Acuerdos de 1992 y los derechos del ámbito educativo.....	395
2.2. La enseñanza de las otras confesiones en la actualidad ...	397
A) La actual regulación y la libertad religiosa.....	397
B) La regulación actual y los derechos del ámbito educativo	400
CONCLUSIONES	403
CONCLUSIONI	421
BIBLIOGRAFÍA CITADA	439
ANEXO: NORMATIVA SOBRE ENSEÑANZA RELIGIOSA EN CENTROS EDUCATIVOS	457

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AEAC	Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOC	Boletín Oficial de Canarias
BOCAN	Boletín Oficial de Cantabria
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOCL	Boletín Oficial de Castilla y León
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOIB	Boletín Oficial de Islas Baleares
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
BOR	Boletín Oficial de La Rioja
BORM	Boletín Oficial de la Región de Murcia
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDN	Convenio de los Derechos del Niño
CE	Constitución Española

CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DOCM	Diario Oficial de Castilla-La Mancha
DOCV	Diario Oficial de la Comunidad Valenciana
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat Catalana
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados
DSS	Diario de Sesiones del Senado
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ESO	Educación Secundaria Obligatoria
FJ	Fundamento Jurídico
LGE	Ley Orgánica 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación
LO	Ley Orgánica
LOCE	Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación
LODE	Ley Orgánica 8/1988, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
LOECE	Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de los Centros Escolares
LOGSE	Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo
LOLR	Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa
LOMCE	Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad de Educativa
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
OM	Orden Ministerial
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RD	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

AGRADECIMIENTOS

Escribir los agradecimientos de un trabajo que ha ocupado tantas horas de mi vida me resulta especialmente complicado e incluso diría que injusto. Complicado porque me recuerda que estoy al final de un proceso, de un periodo, y ello inevitablemente me produce cierto vértigo. Injusto porque desde el momento que comienzo soy consciente de que muchas de las personas que de un modo u otro han contribuido a llevar a término este trabajo no serán citadas, por una inexcusable falta por mi parte, por una autoimpuesta restricción o, simplemente, por pudor. Espero que todos ellos sepan que también me han traído hasta aquí y disculpen su falta.

Este trabajo hubiese sido imposible sin mi directora de tesis, la Profesora Dra. Ascensión Elvira Perales, que ha sido mucho más que una directora, en lo profesional y en lo personal. Ya hace años contraí una deuda con ella, me temo que será impagable.

Igualmente debo agradecer aquí la confianza del Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid, que primero como becaria y posteriormente como profesora ayudante me ha permitido desarrollar los estudios que me han conducido a esta tesis doctoral. Especialmente, quiero agradecer los consejos y comprensión de los profesores del Área de Derecho Constitucional.

Quiero acordarme aquí también de mi “segundo Departamento”, el *Dipartimento di Giurisprudenza della Università degli Studi di Pisa*, en el que, aunque sólo he pasado unos meses, me hicieron sentir como en casa. Especialmente, a mi codirector de tesis, el Profesor Dr. Gianluca Famiglietti, que siempre me ha mostrado su total disponibilidad.

La idea de esta tesis comenzó a coger cierta forma en mi paso por el Diploma del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y de ello fueron responsables los Profesores Rafael Escudero y Gonzalo Arruego, que me orientaron en los primeros pasos.

Creo que en un trabajo como este se corre el riesgo de que la teoría (o la normativa abstracta) impida ver lo que sucede y su aplicación práctica, por ello, han sido inestimables las conversaciones con Rosa M^a Gómez, Teresa Báguena, Isabel Acirón, Daniel Casado e Isabel Cadenas, que a través de su experiencia profesional me han acercado a la realidad escolar.

Me resulta obligado mencionar a todos los amigos que han aceptado las ausencias, han escuchado mis preocupaciones y a los que siempre encuentro cuando los necesito. Entre ellos, algunos llevan conmigo muchos años (o casi toda la vida), y otros son fruto de estos años de investigación. No sería justa si no destacase entre ellos a Elisa, Víctor, Natalia y Cecilia.

Quien me conoce sabe lo importante que es para mí mi familia, por eso en estos agradecimientos no podían faltar mis padres, que me educaron para que tuviera inquietudes y plantaron la semilla de este trabajo hace muchos años, ni mis hermanas María, Clara y Marta, que son un pilar básico en mi día a día. No puedo evitar recordar a mis abuelos, Bernardo y Consuelo, a los que nunca dejaré de echar de menos.

Por último, a quien ha compartido conmigo cada día de este trabajo, que me da la fuerza en los momentos de flaqueza, la confianza cuando aparecen las dudas y, sobre todo, la sonrisa y la mirada que me muestran que puedo seguir adelante. A David, Gracias.

INTRODUCCIÓN

Prácticamente desde el inicio de este proceso estuvo claro que esta tesis doctoral versaría sobre la libertad religiosa; centrarlo en el ámbito educativo casi fue consecuencia de lo anterior, debido a que era algo a lo que venía dando vueltas desde que cursé la asignatura sobre derechos fundamentales y libertades públicas (entonces “Derecho Constitucional III”) en la licenciatura en Derecho, precisamente de la mano de la Prof. Elvira Perales. En el momento en el que nos sentamos para determinar el tema, creo que ambas tuvimos presente que nuestra relación estaba vinculada a los crucifijos de mi colegio público y a las dudas que me asaltaron desde el momento en el que nos explicó el principio de aconfesionalidad del Estado. Posteriormente, nos pareció conveniente centrar el trabajo en la enseñanza religiosa en los centros docentes, tema menos cuestionado en los tribunales pero que de forma recurrente aparece en el debate social, y al que la doctrina constitucionalista no le ha prestado excesiva atención.

En la historia constitucional española ha habido distintas materias cuya regulación ha sido objeto de fuerte confrontación y a las que el constituyente de 1978 se enfrentó tratando de convertirlas en

cuestiones pacíficas que dejaran de ser fuente de discrepancia social, entre ellas se encontraba la cuestión de las relaciones Iglesia-Estado – sobre la que sorprendentemente no se plantearon grandes discusiones en las Cortes–, que se saldó con el reconocimiento de la libertad religiosa, la aconfesionalidad del Estado y la inclusión del principio de cooperación con las confesiones religiosas. El derecho a la educación fue objeto de una fuerte discusión en la ponencia constitucional, sin embargo, posteriormente se logró revertir la situación y su regulación es fruto de un amplio consenso en el constituyente, gracias al cual se reconoció, por primera vez en nuestra historia constitucional, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza de modo simultáneo.

Ahora bien, ambos elementos han sido objeto de disputa posteriormente, de modo que un sector se cuestiona la efectividad del principio de aconfesionalidad, con unos acuerdos con la Iglesia católica redactados durante el periodo de transición, que sólo formalmente son postconstitucionales y que recogen aspectos claramente heredados del régimen anterior. Es asimismo objeto de discusión periódica el derecho a la educación, pues cada cambio de partido en el Gobierno trae una nueva ley de educación.

Así pues, en este estudio aunamos dos elementos que no han resultado pacíficos, al analizar la religión en la educación, cuestión que parece estar ahora más en entredicho que en los primeros años de vigencia constitucional –especialmente en los últimos tiempos, en los que la reforma de la ley educativa ha hecho que resurja la polémica en torno a su inclusión en el currículo académico–, probablemente gracias al mayor bagaje democrático de la ciudadanía y a un mayor distanciamiento con la etapa precedente. En los años posteriores a la promulgación de la Constitución la sociedad española era muy distinta a la actual, con una fuerte influencia de la Iglesia Católica gracias a los ecos del Estado confesional, por lo que no podían plantearse el alcance y la regulación de los derechos como puede hacerse en la actualidad,

tras años conviviendo en un Estado social y democrático de Derecho abierto a la esfera internacional.

Para la realización de este trabajo se ha estudiado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero en muchos aspectos también la de la jurisdicción ordinaria, pues son sus jueces y tribunales quienes se han debido enfrentar a la problemática de la regulación contenida en la normativa de desarrollo. Igualmente se ha acudido a la de tribunales internacionales, si bien debe tenerse presente que en ellos encontramos los “estándares mínimos”, lo que hace que, en materia de libertad religiosa, en ocasiones lo que el Tribunal Europeo exige a los Estados entendemos que es menor que lo impuesto por nuestra propia Constitución. Igualmente se ha analizado toda la normativa sobre la materia y, para aspectos que no están suficientemente determinados en ella, o en los que aparentemente existen contradicciones, hemos optado por consultarlo directamente con maestros y profesores, para conocer cómo se está aplicando en sus centros.

En relación con la bibliografía, se verá que en ella se citan no sólo a constitucionalistas, sino también a autores que pertenecen a la rama del Derecho Eclesiástico. Ello se debe a que, como ya hemos adelantado, los primeros no han centrado sus investigaciones en esta problemática, con lo que debemos de partir de algunas de las tesis propuestas por esta otra rama.

Durante el desarrollo de la investigación fuimos conscientes de que no sólo era necesario estudiar el derecho a la libertad religiosa, sino que igualmente debíamos analizar los derechos educativos, dado que nuestro objeto es la enseñanza religiosa en dicho ámbito y por tanto los derechos, principios o deberes del mismo pueden ayudar a definir o

delimitar el encaje constitucional de dicha enseñanza, o algunos de sus elementos.

Así, estructuramos este trabajo en tres capítulos. En el primero de ellos analizamos el derecho a la libertad religiosa, para lo que en primer lugar haremos una aproximación a cómo se reconoce en el artículo 16 CE y a cómo se ha desarrollado. Posteriormente nos centraremos en el derecho subjetivo a la libertad religiosa, determinando quiénes son titulares y cuándo podrán ejercerlo, fundamentalmente por la especial consideración del menor de edad, sujeto fundamental en la enseñanza que se analiza. Igualmente nos detendremos en su contenido que, como se verá, el Tribunal Constitucional ha reconducido a lo establecido en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Nos referiremos también a la vertiente prestacional que el Estado social ha proporcionado a los derechos de libertad, de los que la libertad religiosa no es una excepción, analizando qué puede exigirse gracias a ella. Por último, finalizaremos el estudio del análisis del derecho refiriéndonos a sus límites, establecidos desde la propia Constitución.

La última parte de este primer capítulo la destinaremos a los principios en materia de libertad religiosa. El principio de aconfesionalidad, que supone la separación entre la Iglesia y el Estado, así como la neutralidad de éste ante las diversas manifestaciones religiosas; el principio de igualdad y no discriminación, que limita la actuación del Estado; y el principio de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, gracias al cual podrán llegarse a acuerdos, si bien se encuentra subordinado a los principios anteriores.

El segundo capítulo lo dedicaremos al estudio de los derechos del ámbito educativo. Nos ha parecido conveniente abordar en un primer apartado general al artículo 27 CE, para determinar la naturaleza de los derechos en él recogidos y el desarrollo del mismo, con una especial

referencia a las competencias que en esta materia tienen las Comunidades Autónomas, finalizando con el análisis de su apartado segundo, que establece cuál es la finalidad de la educación, condicionando así todo lo que suceda en ésta. Posteriormente nos centraremos en el derecho a la educación en sentido estricto y en la libertad de enseñanza, finalizando el capítulo refiriéndonos a la libertad de cátedra de los docentes, los derechos de participación de la comunidad educativa y a las garantías específicas que, para el derecho a la educación, reconoce la Constitución.

Una vez estudiado el marco constitucional, estaremos en disposición de enfrentarnos a la cuestión concreta objeto de estudio: la enseñanza religiosa en centros docentes, a la que dedicaremos el tercer y último de los capítulos. En primer lugar nos referiremos a la normativa que ha regulado esta materia desde la aprobación de la Constitución de 1978, para observar la evolución de la misma y cómo se ha regulado, integrándola o no, dentro del sistema educativo. En segundo lugar, nos plantearemos si la inclusión de esta materia es una obligación constitucional, derivada del artículo 16 o del 27.3 CE, a lo que ya adelantamos deberá darse una respuesta negativa. Una vez determinado esto, analizaremos por separado la enseñanza de la religión católica (incluida como un área o materia más del sistema educativo) y la enseñanza de las otras confesiones con acuerdo. El motivo de este estudio diferenciado es que la regulación de una y otras dista de ser semejante en muchos aspectos. Así, en relación con la religión católica analizaremos la normativa en la que se ha detallado cada uno de los elementos que definen la asignatura –contenido, organización, régimen del profesorado, sujeto de elección, evaluación y alternativa– para posteriormente determinar el encaje de tal regulación con los derechos y principios analizados en los dos primeros capítulos. En relación a las otras confesiones, veremos cómo se ha regulado en las normas pactadas y en la actual normativa de educación, regulaciones

que analizaremos a la luz de los contenidos vistos en los capítulos anteriores.

Desde este primer momento creemos necesario delimitar el objeto de estudio: nos referiremos exclusivamente a la enseñanza confesional, con lo que no nos referiremos a la enseñanza del “hecho religioso”, es decir, la enseñanza de la religión desde una perspectiva objetiva centrada en la historia y la cultura. Igualmente son ajenas a este trabajo las materias (objetivas) que han despertado críticas por entender que parte de su contenido podría ser contrario a algunas creencias, como ha sucedido con la educación para la ciudadanía o la educación sexual.

Coincidiendo con la finalización de este trabajo se ha aprobado la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, que reforma la Ley Orgánica 2/2006, de Educación y comenzará a implantarse en el curso académico 2014/2015 en Primaria y 2015/2016 en Secundaria. En el trabajo se encuentran algunas referencias a la misma, aunque fundamentalmente nos centramos en la regulación de la LOE anterior a esta reforma, dado que actualmente es la que se está aplicando en los centros educativos y es de la que tenemos un desarrollo reglamentario que nos ayuda a entender o completar algunos extremos de la misma¹.

¹ Sí se ha hecho referencia a los elementos fundamentales de la enseñanza religiosa contenidos en la LOMCE.

INTRODUZIONE

Sin dall'inizio di questo processo, è stato chiaro che questa tesi avrebbe trattato la libertà religiosa, incentrarla poi sull'ambito educativo è scaturito come conseguenza di quanto sopra, dal momento che era un'idea che accarezzavo sin da quando frequentai il corso di diritti fondamentali e libertà pubbliche (all'epoca "Diritto Costituzionale III") nell'ambito del corso di laurea in Diritto, a cura per l'appunto, della Prof.ssa Elvira Perales. Nel momento in cui ci riunimmo per determinare un tema, credo che entrambe avevamo presente il fatto che la nostra relazione era vincolata ai crocifissi della mia scuola pubblica, e ai dubbi che mi assalirono quando ci spiegò il principio di laicità dello Stato. Successivamente, ci sembrò opportuno incentrare il nostro lavoro sull'insegnamento della religione nelle scuole, un tema meno discusso nei tribunali, ma che appare con ricorrenza nel dibattito sociale, e a cui la dottrina costituzionalistica non ha prestato eccessiva attenzione.

Nella storia costituzionale spagnola sono esistite molte materie la cui regolazione è stata fonte di confronto, e a cui la Costituente del 1978 ha fatto fronte cercando di convertirle in questioni pacifiche che cessassero di essere fonte di divario sociale. Tra queste si annovera la

relazione Stato - Chiesa, che sorprendentemente non dette origine a grandi discussioni presso il Parlamento Spagnolo, e che venne risolta con il riconoscimento della libertà religiosa, la laicità dello Stato e l'inclusione del principio di cooperazione con le confessioni religiose. Il diritto all'istruzione fu oggetto di una forte discussione in seno ai lavori della Costituente, tuttavia, si riuscì in seguito ad invertire la situazione e la sua regolazione è frutto di un ampio consenso nella Costituente, grazie a cui si riconobbero, per la prima volta, simultaneamente, nella nostra storia costituzionale, il diritto all'istruzione e la libertà d'insegnamento.

Entrambi questi elementi sono stati, in seguito, oggetto di controversia, al punto che un settore mette in discussione l'effettività del principio di laicità con degli accordi con la Chiesa cattolica, redatti durante il periodo della transizione, che solo formalmente sono post-costituzionali e che raccolgono aspetti chiaramente ereditati dal regime precedente. È altrettanto oggetto di discussione costante il diritto all'istruzione, dal momento che ad ogni cambio di partito al governo corrisponde una nuova legge sull'istruzione.

In questo studio si combinano così due elementi poco pacifici scaturiti dall'analisi della religione nell'istruzione, un problema che oggi sembra essere messo maggiormente in discussione rispetto ai primi anni di validità costituzionale –soprattutto negli ultimi tempi, in cui la riforma della legge sull'istruzione ha provocato una recrudescenza della polemica sul suo inserimento nel programma scolastico–, probabilmente a causa dell'elevato bagaglio democratico della cittadinanza e di una maggiore distanza dalla fase precedente. Negli anni successivi alla promulgazione della Costituzione la società spagnola era molto diversa da quella attuale, con una marcata influenza della Chiesa Cattolica grazie alla risonanza dello Stato confessionale, e per tanto non sarebbe stato possibile prendere in considerazione la portata e la regolazione dei diritti come può essere fatto nell'attualità, dopo anni di convivenza in

uno Stato sociale e democratico di Diritto aperto alla sfera internazionale.

Per svolgere questo lavoro abbiamo studiato la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*, ma anche in molti aspetti quella della giurisdizione ordinaria, in quanto sono i suoi giudici e tribunali che hanno affrontato il problema della norma contenuta nei regolamenti d'applicazione. Ci siamo altresì rivolti ai tribunali internazionali, anche se si precisa che presso questi abbiamo trovato "norme minime", il che significa che in materia di libertà religiosa, a volte, ciò che la Corte europea impone agli Stati, consideriamo che sia inferiore a quello imposto dalla nostra Costituzione. Inoltre è stata analizzata tutta la pertinente legislazione, e per questioni che non sono risultate sufficientemente determinate da questa, o dove ci sono apparentemente contraddizioni, abbiamo scelto di consultare direttamente gli insegnanti, per sapere come essa viene applicata nei loro centri.

Nella bibliografia si vedrà che non citiamo solo costituzionalisti, ma anche autori che appartengono al ramo del Diritto Ecclesiastico. Come già accennato, i primi non incentrarono la loro ricerca su questo tema, quindi abbiamo dovuto cominciare da alcune delle tesi proposte dall'altro filone.

Nel corso delle ricerche eravamo consapevoli che non sarebbe stato necessario solo studiare il diritto alla libertà religiosa, ma che avremmo dovuto altresì analizzare i diritti educativi, in quanto il nostro scopo era l'insegnamento religioso in questo campo, e che quindi i diritti, principi o funzioni di essi, avrebbero potuto aiutare a definire, o a delimitare, l'incastratura costituzionale di tale insegnamento, o di alcuni dei suoi elementi.

Abbiamo strutturato dunque il lavoro in tre capitoli.

Nel primo capitolo analizziamo il diritto di libertà religiosa, composto innanzitutto da un'approssimazione su come si riconosce nell'articolo 16 della CE², e da come si è sviluppato. Successivamente ci concentreremo sul diritto soggettivo di libertà religiosa, determinandone i titolari e quando questi possano esercitarlo, principalmente a causa della particolare considerazione del minore d'età, soggetto fondamentale dell'istruzione che qui si analizza. Allo stesso modo ci soffermeremo nel suo contenuto che, come vedremo, il *Tribunal Consittucional* ha ricondotto alle disposizioni della Legge organica sulla libertà religiosa. Ci riferiamo anche al carattere prestazionale che lo Stato Sociale ha fornito ai diritti di libertà, di cui la libertà religiosa non fa eccezione, analizzando ciò che può essere richiesto grazie ad essa. Infine concluderemo lo studio di analisi del diritto riferendoci ai suoi limiti, fissati dalla stessa Costituzione.

L'ultima parte di questo primo capitolo la dedicheremo ai principi pertinenti alla libertà religiosa. Il principio di laicità che suppone la separazione tra Chiesa e Stato, così come la neutralità di quest'ultimo di fronte alle diverse manifestazioni religiose, il principio di eguaglianza e di non discriminazione, che limita la condotta dello Stato, ed il principio di cooperazione tra lo Stato e le confessioni religiose, nonostante esso sia subordinato ai due principi anteriori.

Il secondo capitolo lo dedicheremo allo studio dei diritti nell'ambito dell'istruzione. Ci è parso opportuno affrontare in un primo paragrafo generale l'articolo 27 della CE, al fine di determinarne la natura dei diritti raccolti e lo sviluppo dello stesso, con un riferimento speciale alle competenze che hanno in quest'ambito le Comunità Autonome, e concludendo con un'analisi del suo secondo comma, che

² Costituzione spagnola, in seguito CE.

stabilisce il fine dell'istruzione, condizionando tutto ciò che accade in essa. Successivamente evidenzieremo il diritto all'istruzione in senso stretto e la libertà d'insegnamento, terminando il capitolo riferendoci alla libertà di cattedra dei docenti, ai diritti di partecipazione della comunità educativa e alle garanzie specifiche che, per il diritto all'istruzione, sono riconosciute nella Costituzione.

Una volta studiato il quadro costituzionale, saremo in grado di affrontare il tema concreto oggetto dello studio: l'insegnamento religioso nei centri docenti, a cui dedicheremo il terzo ed ultimo dei capitoli. In primo luogo facciamo riferimento alla normativa che ha regolato questa materia dall'approvazione della Costituzione nel 1978, per osservare l'evoluzione della stessa e come è stata regolata, se sia stata integrata o meno all'interno del sistema educativo. In seguito valuteremo se l'inserimento di questa materia sia un obbligo costituzionale derivato dagli articoli 16 o 27.3 della CE, e qui già anticipiamo che sarà con esito negativo. Una volta determinato ciò, analizzeremo separatamente l'insegnamento della religione cattolica (inclusa come blocco didattico o materia in più nel sistema educativo) e l'insegnamento delle altre confessioni con accordi. Lo scopo di questo studio differenziale è che la regolazione dell'una dista in molti aspetti dall'essere simile a quella delle altre. Così, in relazione alla religione cattolica, analizzeremo ognuno degli elementi che definiscono la materia –contenuto, organizzazione, statuto didattico dei professori, avvalentisi, valutazione e alternativa– per poi determinare la concordanza di questa regolamentazione con i diritti ed i principi analizzati nei primi due capitoli. Rispetto ad altre confessioni, vedremo come sono state regolate nelle norme accordate e nella normativa attuale sull'istruzione, regolazioni che analizzeremo alla luce dei contenuti visti nei capitoli precedenti.

Sin da questo primo momento riteniamo necessario delimitare l'oggetto dello studio: ci riferiamo esclusivamente all'insegnamento confessionale, per cui ci riferiamo all'insegnamento del "fatto religioso", ovvero l'insegnamento della religione da una prospettiva oggettiva, incentrata nella storia e nella cultura. Sono ugualmente estranee a questo lavoro le materie (oggettive) che hanno attirato le critiche per il fatto che alcuni dei suoi contenuti possono essere contrari ad alcune credenze, come è accaduto con l'educazione civica o l'educazione sessuale.

In concomitanza con il completamento di questo lavoro è stata approvata la Legge Organica 8/2013, del 9 dicembre, per il miglioramento della qualità dell'istruzione, che modifica la Legge Organica 2/2006, dell'istruzione ed entrerà in vigore nell'anno accademico 2014/2015 nella Scuola Primaria e 2015/2016 nella Scuola Secondaria. Nel lavoro ci sono alcuni riferimenti ad essa, anche se ci concentriamo principalmente sulla regolamentazione della LOE³ precedente a questa riforma, dal momento che è quella che si sta applicando nei centri educativi e della quale abbiamo uno sviluppo regolamentare che ci aiuta a comprendere o completare estremi della stessa⁴.

³ Legge organica dell'istruzione, in seguito LOE.

⁴ Si è fatto riferimento agli elementi fondamentali dell'insegnamento della religione contenuti nella LOMCE (Legge Organica per il miglioramento della Qualità dell'istruzione).

CAPÍTULO I: LA LIBERTAD

RELIGIOSA

La Constitución española reconoce la libertad religiosa en su artículo 16, al disponer:

- “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”

A diferencia de lo que había sucedido en épocas anteriores, el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad religiosa en la Constitución de 1978 fue pacífico, así como el modelo de relaciones Iglesia-Estado. Todos los grupos parlamentarios presentes en las Cortes constituyentes eran conscientes de la necesidad de superar el

“problema religioso”, presente en toda nuestra historia constitucional, lo que propició que todos ellos entendieran que debía romperse con la tradición confesional del Estado⁵ y que la opción por el reconocimiento de la libertad religiosa y la separación entre Iglesia y Estado fuese unánime, de hecho, en contra de lo que hubiese sido previsible, este artículo no ocasionó grandes discusiones ni posturas enfrentadas. Este clima de “superación de la cuestión religiosa” nos parece que se evidencia en las intervenciones que en la Comisión del Congreso realizaron TAMAMES GÓMEZ

“Para nosotros el tema de los problemas religiosos es muy distinto del pasado. En España ha habido muchos cambios, y se puede decir que los cambios en esta área –que anteriormente había sido conflictiva en nuestra historia- han sido fundamentales”⁶

Y BARÓN CRESPO

“Nunca se ha resuelto en nuestra historia este delicado problema de la libertad religiosa y de la libertad de cultos en un clima tan favorable y de un modo tan correcto como en el anteproyecto del 5 de enero”⁷

Desde el primer borrador hasta su aprobación definitiva el artículo sufrió algunos cambios, de mayor o menor calado; sin duda, la modificación de mayor importancia fue la inclusión de la mención expresa a la Iglesia Católica, que se incluyó en el Informe de la Ponencia, mención que encontró la firme oposición del Grupo Socialista, que no la apoyó en ningún momento del proceso y que fue la causa de

⁵ Sólo durante la II República se estableció un Estado aconfesional, si bien dada la experiencia de ese periodo, con momentos de violencia anticlerical, el constituyente de 1978 huyó de esta referencia, observándola más bien como un “contramodelo” (VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J.: *Laicidad y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 326).

⁶ *DSCD*, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, p. 2469.

⁷ *Idem*, p. 2477.

que no emitiese un voto afirmativo a la redacción final del tercer apartado.

Desde las primeras versiones el derecho fundamental a la libertad religiosa se recogió en el Título relativo a los derechos fundamentales, en la versión definitiva en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª, en su artículo 16, es decir, siempre se consideró que debía estar dotado de las máximas garantías previstas en nuestro ordenamiento⁸.

En este capítulo estudiaremos el reconocimiento que de este derecho realiza nuestro texto constitucional y cuál ha sido su desarrollo, para posteriormente detenernos en los elementos del derecho subjetivo a la libertad religiosa y en los principios constitucionales en la materia.

I. EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SU DESARROLLO

En este primer apartado, a modo introductorio, nos referiremos a la relación de la libertad religiosa con las otras libertades incluidas en el artículo 16 CE y, posteriormente, al desarrollo normativo de esta libertad.

1. LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO

Como acabamos de adelantar, el artículo 16 de la Constitución no reconoce exclusivamente la libertad religiosa, sino que junto a ésta

⁸ Vinculación directa a los poderes públicos, garantía del contenido esencial, desarrollo mediante Ley Orgánica, vía preferente y sumaria ante la jurisdicción ordinaria y recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional (art. 53 CE). Por otro lado, conforme al artículo 55 CE, este derecho no es susceptible de suspensión.

recoge la libertad ideológica y la libertad de culto⁹. Esto ha supuesto que la doctrina discuta si estas libertades son o no derechos autónomos.

En relación con la libertad de culto no se plantean grandes debates, se acepta generalmente que es una concreción de la libertad religiosa; el motivo por el que el constituyente de 1978 decidió reflejarla expresamente parece tener raíces históricas, como señala PRIETO SANCHÍS:

“La mención específica de la libertad de culto encuentra seguramente una explicación histórica, dado que en determinados momentos se pudieron reconocer sólo algunas manifestaciones de la libertad religiosa, pero prohibir otras, como el culto público”¹⁰

La previsión constitucional serviría así para incluir sin lugar a dudas el culto dentro de tal libertad, pero podemos afirmar que hoy en día no puede entenderse la libertad religiosa sin el reconocimiento del culto y, por tanto, tal expresión no aporta nada nuevo.

La discusión se centra pues en las libertades religiosa e ideológica¹¹, a la que cabe añadir la libertad de conciencia, no prevista expresamente por la Constitución pero que parte de la doctrina considera reconocida en ella por su conexión con estas libertades¹². La

⁹ En el primer borrador también se recogía la libertad filosófica, pero se suprime ya en el Informe de la Ponencia.

¹⁰ PRIETO SANCHÍS, Luís: “El derecho fundamental de libertad religiosa”, en IBÁN, Iván C.; PRIETO SANCHÍS, Luís; MOTILLA, Agustín: *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 57-58, nota 5.

¹¹ La decisión de reconocer la libertad ideológica junto con la libertad religiosa fue objeto de enmiendas en el Congreso de los Diputados (enmiendas al anteproyecto de constitución núm. 691, de LÓPEZ RODÓ, del Grupo Vasco, núm. 736, de ORTÍ BORDOS, de UCD y núm. 779, de UCD). Sin embargo, en el Senado no se hizo ninguna referencia a ello.

¹² LÓPEZ CASTILLO, Antonio: “Libertad de conciencia y de religión”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001, p. 12. VILADRICH, Pedro-Juan; FERRER ORTIZ, Javier: “Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español”, en

libertad de conciencia tampoco aparece en la legislación, pero sí ha sido reconocida en los tratados internacionales suscritos por España¹³, lo que ha sido destacado por JORDÁN VILLACAMPA:

“Es significativo, que el legislador español se haya desmarcado de la terminología utilizada por la normativa internacional en relación a la libertad de conciencia y, sin embargo, haya refrendado por la vía de la ratificación los pactos internacionales que la declaran y tutelan”¹⁴

En relación con el contenido de la libertad de conciencia, la mayoría de la doctrina, así como el Tribunal Constitucional, consideran que es una concreción de la libertad ideológica y que podría ser tanto religiosa como no religiosa¹⁵. Otros autores, en cambio, sostienen que a través de la libertad de conciencia se desarrollan la libertad de pensamiento, ideológica y religiosa¹⁶.

Volviendo a las libertades que sí se recogen expresamente en nuestro texto constitucional, la libertad religiosa y la libertad ideológica, se ha discutido si éstas son parte de un mismo derecho o si, por el contrario, nos encontramos ante derechos autónomos. La primera de estas posturas la sostiene LLAMAZARES, para quien

FERRER ORTIZ, Javier (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*, [6ª ed.], Eunsa, Pamplona, 2007, p. 93.

¹³ Así, el artículo 9 CEDH reconoce el “derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (las cursivas son nuestras).

¹⁴ JORDÁN VILLACAMPA, M^a Luisa: “Reflexiones en torno a la libertad de conciencia en el marco de las libertades constitucionales”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Granada, 13-16 de mayo de 1997*, Comares, Granada, 1998, pp. 553-554.

¹⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones religiosas en la Europa del siglo XXI”, en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 2008, p. 54.

¹⁶ JORDÁN VILLACAMPA, M^a Luisa: *op cit*, p. 556.

“En el artículo 16.1 se consagran *varias libertades pero un solo derecho* y se dispensan el mismo tipo de protección jurídica reforzada a todas esas libertades y esa protección es lo que constituye el Derecho común de la libertad de convicción, tanto religiosa como no religiosa”¹⁷

PORRAS RAMÍREZ en cambio considera que el artículo constitucional contiene dos derechos autónomos, aunque entre ambos existen estrechos vínculos, pues pertenecerían a un mismo “género”, que es la libertad de pensamiento y de conciencia reconocida en los textos internacionales¹⁸, que en el ordenamiento español el propio Tribunal Constitucional ha singularizado, otorgando a cada uno un contenido diverso¹⁹. Atendiendo al propio desarrollo legislativo del artículo y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional esta conclusión nos parece más correcta.

La diferencia fundamental entre la libertad religiosa y la ideológica es la práctica del culto, que se da sólo en la primera de ellas. Sin embargo, no cabe duda de la conexión entre ambas libertades, pues

“en ambos supuestos (religión e ideología) estamos ante un intento de explicación global del universo que, asumido por el individuo, implica unas convicciones personales determinantes de la actitud y el comportamiento ante el universo y demás conciudadanos”²⁰

¹⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad...”, *op cit*, p. 52. Cursivas del autor.

¹⁸ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea”, en PORRAS RAMÍREZ, José María (coord.), *Derecho y factor religioso*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 20-21.

¹⁹ SSTC 120/1990; 46/2001.

²⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio; PARDO PRIETO, Paulino: “La moral pública como límite de la libertad ideológica y religiosa. Estudio jurisprudencial”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Granada, 13-16 de mayo de 1997*, Comares, Granada, 1998, p. 744. De aquí que algunos autores mantengan que la libertad religiosa es una “subespecie” de la libertad ideológica

Esta autonomía entre una y otra libertad puede deducirse del propio texto constitucional, pues el apartado tercero del artículo 16 sólo ordena que los poderes públicos tengan en cuenta las creencias religiosas –no las de ninguna otra índole– y sólo prevé relaciones de cooperación con las confesiones, estableciéndose así un régimen diferenciado de relaciones con los grupos religiosos y no religiosos. Así lo ha considerado igualmente el legislador, que con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa (en adelante LOLR) desarrolló exclusivamente dicha libertad.

Al mantener que la libertad religiosa y la libertad ideológica son derechos autónomos, debemos plantearnos dónde se encuadran las respuestas negativas a la fe, es decir, las posturas ateas, agnósticas e indiferentes hacia la religión. Tres son las interpretaciones doctrinales al respecto: la primera de ellas incluye en la libertad religiosa sólo las convicciones fideístas²¹; la segunda considera que esta libertad ampara, además de la fe y el culto, el derecho a manifestar las propias creencias, sean o no religiosas²²; por último, una solución ecléctica, mantendría que dichas respuestas negativas estarían protegidas por la libertad religiosa en cuanto ejercicio libre del acto de fe, y por la libertad ideológica en lo relativo a las actuaciones que se desarrollen conforme a tales creencias (difundirlas, crear asociaciones...)²³.

(*Ibidem*; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad...”, *op cit*, p. 53).

²¹ MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro: “El derecho a la libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Ius Canonicum*, vol. XXXIII, núm. 65, 1993, pp. 65-66. En el mismo sentido, MANTECÓN SANCHO mantiene que las opciones negativas sobre lo religioso son manifestación de la libertad ideológica, si bien podría dotarse “a los grupos ateos de un estatuto peculiar, parecido al de las confesiones, en la medida en que tales grupos existan y susciten problemas jurídicos que los coloquen en situaciones discriminatorias” (*El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, comentarios y bibliografía*, Eunsa, Pamplona, 1996, pp. 62-63).

²² IBÁN, Iván C.: “El contenido de la libertad religiosa”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. I, 1985, p. 362.

²³ VILADRICH, Pedro-Juan; FERRER ORTIZ, Javier: *op cit*, p. 105.

En nuestra legislación, la respuesta a este interrogante la proporciona la LOLR. Por un lado, su artículo 2.1 detalla el contenido del derecho, incluyendo como parte del mismo “profesar las creencias religiosas que libremente (se) elijan o no profesar ninguna”. Por otro, el artículo 3.2 LOLR establece:

“Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con (...) la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos”

Así, entendemos que nuestro legislador optó por la solución ecléctica: la respuesta negativa sobre la fe se entiende como ejercicio de la libertad religiosa, pero a partir de ahí, los actos o manifestaciones que puedan hacerse en virtud de tal respuesta negativa serán ejercicio de la libertad ideológica y no de la libertad religiosa.

Ciertamente, esta solución nos parece la más acertada, pues si bien consideramos que, efectivamente, una posición negativa o indiferente a la fe es ejercicio de la libertad religiosa, igualmente entendemos que el resto del contenido de esta libertad –que se identifica con la libertad de culto– exige la profesión de una creencia religiosa y, por tanto, no puede ser ejercida por aquellos que no la tienen²⁴. Como veremos al analizar el derecho a la libertad religiosa, este contenido es el que más problemas presenta por ser el que puede verse limitado²⁵.

²⁴ CEBRIÁ GARCÍA, M^a Dolores: “El derecho a la libertad religiosa: el ateísmo como posible manifestación de su ejercicio conforme al ordenamiento vigente en España”, en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 14-15, 1996-1997, p. 240. En el mismo sentido, OLLERO, Andrés: “Un Estado laico: apuntes para un léxico argumental, a modo de introducción”, en *Persona y derecho*, núm. 53, 2005, p. 23.

²⁵ Lo que se analizará en el epígrafe II, apartados 2 y 4 de este capítulo.

De este modo, la solución legislativa es clara: se incluye la opción negativa ante el hecho religioso en el contenido que el ordenamiento español otorga a la libertad religiosa para todos los individuos.

2. DESARROLLO DEL ARTÍCULO 16 CE

El principal desarrollo de la libertad religiosa reconocida en el artículo 16 CE lo encontramos en la LOLR y en los acuerdos suscritos con confesiones religiosas.

La LOLR es de 1980 y no se ha modificado nunca, constando sólo de ocho artículos. Debe recordarse que la doctrina sobre las materias conexas es posterior a la ley²⁶ por lo que –salvo que el Tribunal Constitucional dijese lo contrario– todos sus artículos tienen carácter orgánico, a pesar de que algunos de ellos no puede entenderse que sean “desarrollo directo del derecho” –como exige el Tribunal Constitucional– y por tanto deberían de ser ordinarios²⁷. En cuanto a normas de desarrollo de esta ley, encontramos la regulación del Registro de Entidades Religiosas –previsto en el artículo 5– que se contiene en el RD 142/1981²⁸, y la de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (artículo 8) en el RD 1.159/2001, que se complementa con la OM 1.375/2002, de 31 de mayo²⁹.

²⁶ STC 5/1981.

²⁷ Así, no parece que sea desarrollo directo del derecho a la libertad religiosa el artículo 5, que regula el Registro de Entidades Religiosas, el 7, que prevé mecanismos de cooperación del Estado con las confesiones, ni el 8, que crea la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

²⁸ RD 142/1991, de 9 de enero, sobre Organización y Funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas (*BOE*, núm. 27, de 31 de enero de 1981).

²⁹ Real Decreto 1159/2001, de 26 de octubre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (*BOE*, núm. 258, de 27 de octubre de 2001). La regulación previa se contenía en el RD 1.890/1981 (*BOE*, núm. 213, de 5 de septiembre de 1981), que se completaba con la OM de 31 de octubre de 1983 (*BOE*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1983).

Respecto a los acuerdos con las confesiones, a los que se hará referencia más detenidamente al analizar el principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas³⁰, destacan los firmados entre el Estado español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979, éstos –debido a la personalidad jurídica internacional de la Santa Sede– son tratados internacionales, con lo que, en principio, lo relativo a su eficacia, interpretación y extinción se regirá por las normas de Derecho Internacional, eso sí, sin olvidar que la norma suprema en el ordenamiento español es la Constitución y por tanto la contradicción entre ésta y un tratado internacional supondrá la invalidez de éste en el ordenamiento interno. Los Acuerdos suscritos son: Acuerdo sobre Asuntos Económicos; sobre Enseñanza y Asuntos Culturales; sobre Asuntos Jurídicos; y sobre Asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y Servicio militar de clérigos y religiosos³¹.

Los acuerdos con otras confesiones en cambio, se aprueban mediante ley ordinaria de las Cortes Generales, hasta el momento sólo se han realizado tres, aprobados por las leyes 24, 25 y 26 de 1992³².

En relación con la normativa autonómica debe recordarse que el desarrollo de los derechos fundamentales es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.1º CE), aunque en relación con algunos derechos las Comunidades Autónomas han asumido competencias de ejecución – como es el caso del derecho de asociación–; no obstante, en relación con la libertad aquí analizada en principio parecería más difícil que se produjese esta asunción de competencias. En primer lugar, por la

³⁰ Véase el epígrafe III.3 de este capítulo.

³¹ Ratificados por las Cortes Generales el 4 de diciembre de 1979.

³² Ley 24/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; Ley 25/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España; Ley 26/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (todas ellas publicadas en el *BOE*, núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).

propia naturaleza del derecho, que como derecho de libertad exige una intervención mínima de los poderes públicos –en contraposición con lo que sucede, como veremos, con el derecho a la educación–; en segundo lugar, porque aquellos aspectos que sí requieren actuación, y que por tanto podrían ser transferidos, tendrían que referirse exclusivamente a confesiones que tuviesen vocación de implantación en una única Comunidad Autónoma, circunstancia que, por el propio contenido de las religiones, resulta difícil de imaginar.

Ahora bien, como es sabido, alguno de los estatutos de segunda generación incluyeron referencias a los derechos y libertades fundamentales, y entre ellos el Estatuto de Autonomía Catalán dispuso:

“Artículo 161 Relaciones con las entidades religiosas

1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de entidades religiosas que lleven a cabo su actividad en Cataluña, que incluye, en todo caso, la regulación y el establecimiento de mecanismos de colaboración y cooperación para el ejercicio de sus actividades en el ámbito de las competencias de la Generalitat.

2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia relativa a la libertad religiosa. Esta competencia incluye en todo caso:

a) Participar en la gestión del Registro estatal de Entidades Religiosas con relación a las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas que lleven a cabo su actividad en Cataluña, en los términos que determinen las leyes.

b) El establecimiento de acuerdos y convenios de cooperación con las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas inscritas en el Registro estatal de Entidades Religiosas en el ámbito de competencias de la Generalitat.

c) La promoción, el desarrollo y la ejecución en el ámbito de las competencias de la Generalitat de los acuerdos y de los convenios firmados entre el Estado y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas en el Registro estatal de Entidades Religiosas.

3. La Generalitat colabora en los órganos de ámbito estatal que tienen atribuidas funciones en materia de entidades religiosas”

Así pues, Cataluña sí ha asumido competencias ejecutivas en esta materia. El artículo transcrito fue recurrido ante el Tribunal Constitucional, si bien la argumentación sobre su inconstitucionalidad se ceñía al tercer apartado, que fue declarado constitucional. Ciertamente, hubiese sido deseable que el Tribunal hubiera establecido el alcance de esta competencia, fundamentalmente del apartado 2 a), para saber en qué marco debe moverse la ley a la que remite³³.

En cualquier caso, lo que sí se ha realizado en todas las Comunidades Autónomas son acuerdos con confesiones en virtud de competencias autonómicas, especialmente en materia de patrimonio histórico-artístico, sin embargo, tales convenios no deben confundirse con la cooperación a la que se refiere el artículo 16.3 CE, pues su objeto no será el hecho religioso, sino aquello sobre lo que tenga competencia la Comunidad Autónoma³⁴.

II. EL DERECHO SUBJETIVO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

En las próximas páginas centraremos nuestro estudio en el derecho fundamental a la libertad religiosa, analizando sus diversos elementos. Así, en primer lugar haremos referencia a los titulares del

³³ Algún autor ya había sostenido que la competencia de gestión del Registro de Entidades Religiosas podría transferirse a las Comunidades Autónomas, situación que, según éstos, sería más acorde con la actual situación de descentralización del Estado (SEGLERS, Álex: “La descentralización autonómica del Registro de Entidades Religiosas (RER)”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 2003, (revista electrónica)).

³⁴ Así, podrán realizarse acuerdos que en cierto sentido “desarrollen” la normativa estatal, por ejemplo, en relación con la sanidad, materia cuya gestión está transferida a las Comunidades Autónomas, podrán realizarse acuerdos o Convenios relacionados con la asistencia religiosa en los hospitales. Ahora bien, al no ser un convenio de los previstos en el artículo 7 LOLR, no será necesario cumplir los requisitos que en él se establecen.

derecho, con especial atención a los menores de edad, dado que son los más relevantes para el objeto de este trabajo. Igualmente detallaremos el contenido del derecho, así como la vertiente prestaciones que, a pesar de ser un derecho de libertad, tiene. Por último, nos detendremos en sus límites.

1. TITULARIDAD DEL DERECHO

El artículo 16.1 de la Constitución española establece como titulares del derecho fundamental de libertad religiosa a “los individuos y las comunidades”³⁵. Hace, por tanto, un reconocimiento general del derecho, confirmado en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR) que establece en su primer apartado el contenido del derecho “de toda persona” y en el segundo el de “las iglesias, confesiones y comunidades religiosas”. Todas las personas son pues titulares del derecho a la libertad religiosa, aunque nos detendremos en aquellas que pueden suscitar mayores problemas: extranjeros, menores y sujetos colectivos.

1.1. Los extranjeros

Como es bien sabido, nuestro ordenamiento no reconoce a los extranjeros como titulares de los mismos derechos que los nacionales. Dicha titularidad depende, en primer lugar, de la situación administrativa en la que el extranjero se encuentre en el país. Así, con carácter general podemos decir que los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea tendrán los mismos derechos que los

³⁵ En las primeras versiones de la Constitución no figuraba ningún sujeto específico en este artículo, que se enunciaba de modo impersonal, y una vez se incluyó se refería exclusivamente a la libertad religiosa y de culto, pues se decía: “Se garantiza la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, así como la de profesar cualquier creencia o ideología con la única limitación (...)”. La redacción actual se incluyó en la Comisión del Senado.

españoles³⁶ y en el caso de los nacionales de terceros países variará según su situación administrativa en España, si tienen o no permiso de residencia.

En segundo lugar, la titularidad depende del concreto derecho al que se haga referencia, pues podemos diferenciar tres categorías³⁷. La primera serían los derechos vinculados con la dignidad humana, que pertenecen a la persona en cuanto tal y de los que, por tanto, son titulares todas las personas, indistintamente de su nacionalidad, por lo que el legislador al desarrollarlo no podrá “modular o atemperar su contenido”. La segunda categoría la comprenderían aquellos derechos que la Constitución reconoce a “todos” y por tanto también a los extranjeros; en estos casos, el legislador podría establecer “condicionamientos adicionales” para su ejercicio, ahora bien, esta disponibilidad del legislador se ha ido restringiendo en virtud de la doctrina del Tribunal Constitucional³⁸. Por último, el tercer grupo está compuesto por los derechos que, si bien la Constitución no los reconoce a los extranjeros, sí lo ha hecho el legislador, extendiendo dicha titularidad, en este caso la libertad del legislador será más amplia, aunque no absoluta, pues deberá respetar el contenido esencial. A estas tres categorías habría que añadir la de los derechos excluidos, de los que no pueden ser titulares: el derecho de sufragio³⁹ y el acceso a la función pública.

³⁶ Con la excepción del derecho de sufragio, salvo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo.

³⁷ STC 236/2007, FFJJ 3 y 4.

³⁸ Así, puede verse cómo en la STC 236/2007 se establece que pertenecen a este grupo los derechos de reunión y asociación y que por tanto el legislador podría establecer “condicionamientos adicionales”; sin embargo, posteriormente se dice que tales derechos están vinculados con la dignidad humana, por lo que aunque el Tribunal deja abierta la posibilidad de que pueda introducirse una legislación específica para los extranjeros, ésta se ha visto claramente limitada.

³⁹ Salvo lo previsto para las elecciones municipales conforme al artículo 13.2 CE.

En relación con el derecho a la libertad religiosa, el sujeto utilizado por el constituyente (“los individuos”) y posteriormente por el legislador (“toda persona”) hace que quede fuera de toda duda la titularidad de este derecho por los extranjeros, de todos, con independencia de su situación administrativa en España. Esto no podía ser de otra manera, pues la libertad religiosa es uno de los derechos vinculados con la dignidad humana y por tanto perteneciente a la primera categoría de las enunciadas: pertenece a la persona en cuanto tal, sin vincularlo a la ciudadanía. Esto explica que no se haga referencia al mismo en la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pues se considera innecesaria la precisión⁴⁰.

La titularidad conlleva igualmente el ejercicio, pues lo contrario vulneraría el respeto al contenido esencial del derecho. Ahora bien, en relación con este ejercicio pueden suscitarse dudas respecto a parte del contenido del mismo, íntimamente vinculado con otros derechos, como el derecho de reunión o manifestación, que sí se han visto limitados para su ejercicio por extranjeros que no tuviesen su residencia legal en España, como hacía la LO 8/2000. Entendemos que en estos casos debe primar el elemento religioso de tales actos y, por tanto, entenderlos como ejercicio de la libertad religiosa, no pudiendo establecerse diferencias para su ejercicio por razón de la nacionalidad⁴¹.

⁴⁰ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como derecho...”, *op cit*, p. 34.

⁴¹ En cualquier caso, la regulación a la que se hace referencia, introducida por la LO 8/2000, fue declarada inconstitucional por la STC 236/2007, por lo que actualmente no se plantea dicha problemática, si bien, como hemos apuntado, el Tribunal Constitucional ha establecido que sería posible una regulación diversa a la de los nacionales.

1.2. Los menores de edad

Actualmente no existen dudas en torno a la titularidad de los derechos de los menores de edad, si bien este reconocimiento es relativamente reciente, ha sido generalmente aceptado por toda la doctrina. Así pues, en relación con los menores el problema no lo encontramos en su titularidad sino en el ejercicio de los derechos, que sí podrá ser limitado.

Para entender cómo puede influir la minoría de edad en el ejercicio de los derechos fundamentales debe recordarse que

“la minoría de edad (...) no es una causa de incapacitación, sino una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar fundada en circunstancias subjetivas de las personas. El menor de edad no es un incapaz, sino que tiene una capacidad de obrar limitada, limitación que está pensada para su protección”⁴²

Nuestro ordenamiento establece como criterio para que el menor ejerza por sí mismo sus derechos el de la “madurez” –a ella se refiere el artículo 162.2.1^a CC–. Esto supone que no pueda indicarse una edad concreta a partir de la cual los menores podrán ejercer sus derechos por sí mismos –aunque generalmente se entiende que esto sucederá entre los 12 y los 14 años⁴³–. Por otro lado, como señala VALERO HEREDIA

“es generalmente admitido que no es posible hablar de la existencia de una sola infancia habida cuenta que la presencia de diferentes franjas de edad en el seno de la misma es consustancial al carácter

⁴² ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 38-39.

⁴³ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *La patria potestad y la libertad...*, op cit, p. 71; RODRIGO LARA, María Belén: *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Universidad Complutense-Facultad de Derecho-Servicio de publicaciones, Madrid, 2005, p. 259.

evolutivo del desarrollo físico y psíquico del ser humano. Dicho carácter dinámico incide inevitablemente en el régimen de ejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor de edad en la medida en que su *capacidad natural* va construyéndose y desarrollándose de forma progresiva”⁴⁴

Es decir, al ser un proceso evolutivo, es posible que el menor pueda o no considerarse maduro según el concreto derecho al que nos refiramos o la concreta actuación, fundamentalmente por las consecuencias que ésta pueda tener en el ejercicio futuro de sus derechos.

Mientras el menor carezca de a madurez suficiente para ejercer sus derechos, las decisiones relativas a los mismos se tomarán por quienes tengan atribuida su patria potestad o su guardia y custodia (es decir, en general, serán sus padres, pero también podrán hacerlo sus tutores o instituciones públicas que la tengan atribuida⁴⁵). Ahora bien, tales decisiones no serán totalmente libres, pues deberán guiarse por el interés superior del menor, principio rector en las actuaciones que afecten a menores de edad que deberá anteponerse a otros intereses que puedan estar presentes, tal y como ha subrayado el Tribunal Constitucional⁴⁶.

⁴⁴ VALERO HEREDIA, Ana: *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 49. Cursivas de la autora.

⁴⁵ La doctrina discute si las decisiones de los padres (o tutores) relativas al ejercicio de derechos de los hijos se toman en representación de estos o como cumplimiento del deber de velar por ellos que exige la patria potestad (ASENSIO SANCHEZ, Miguel Ángel: *La patria potestad y la libertad...*, *op cit*, p. 43). El Tribunal Constitucional se ha inclinado por esta segunda postura (STC 154/2002, FJ 10).

⁴⁶ STC 141/2000, FJ 5. Este principio viene enunciado en el artículo 2 LOPJM y en los textos internacionales (art. 3 CDN; art. 5 Protocolo 7 CEDH, de 22 de noviembre de 1984). Cuál sea el interés superior del menor deberá concretarse en cada caso atendiendo a “la protección y garantía de sus derechos fundamentales, el libre desarrollo de su personalidad, así como su propio beneficio” (VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ,

La libertad religiosa no es una excepción a lo hasta aquí expuesto, tal y como ha precisado la jurisprudencia constitucional:

“Partiendo del genérico reconocimiento que el art. 16.1 CE hace, respecto de los derechos y libertades que contempla, a favor de ‘los individuos y las comunidades’, sin más especificaciones, debe afirmarse que los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto. Confirma este criterio la Ley Orgánica de libertad religiosa, de desarrollo de dicho precepto constitucional, que reconoce tal derecho a ‘toda persona’ (art. 2.1)”⁴⁷

Así lo recoge igualmente la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 14:

- “1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”

Y en la legislación queda expresamente previsto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM):

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

Lucía: *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 227).

⁴⁷ STC 154/2002, FJ 9.

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

Como sucede con carácter general, las dificultades se encuentran en relación con el ejercicio del derecho, pues el ordenamiento español no ha establecido una edad a partir de la cual los menores podrán ejercer su libertad religiosa por sí mismos⁴⁸, sino que se establece que podrán hacerlo cuando tengan “madurez suficiente” (art. 162.1 CC), por lo que habría que atender a la capacidad concreta que demuestre el menor.

En el caso concreto de la libertad a la que hacemos referencia, RODRIGO LARA considera que un menor es maduro cuando

“alcanza el nivel de desarrollo evolutivo –y de autonomía- en el que adquiere criterios para formar conceptos abstractos”⁴⁹

Al menos a modo orientativo, podemos señalar que algunos autores mantienen que el menor es maduro para ejercer su derecho a la libertad religiosa a partir de los 12⁵⁰ o los 14⁵¹; DURISOTTO propone diferenciar tres tramos de edad, conforme a la gradual autonomía volitiva del menor y a la imposibilidad de señalar a priori la edad exacta a la que el menor será maduro, de modo que hasta los siete años no se tendrían en cuenta las creencias manifestadas, de los siete a los catorce

⁴⁸ A diferencia de lo que sucede en otros países, como Alemania y Austria, que establecen la edad de 14 años para tener capacidad en materia religiosa, o Portugal que la fija en los 16 años.

⁴⁹ RODRIGO LARA, María Belén: *op cit*, p. 259.

⁵⁰ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *La patria potestad y la libertad...*, *op cit*, p. 71.

⁵¹ RODRIGO LARA, María Belén: *op cit*, p. 259.

años habría que hacer una valoración de cada caso concreto, y de los catorce a los dieciocho entiende que el menor puede ejercer su derecho por sí mismo⁵².

Ahora bien, ya hemos adelantado que no todos los actos exigirán el mismo grado de madurez, pues esto dependerá de la trascendencia concreta del acto o decisión a adoptar. Esto puede verse claramente en decisiones relativas a las creencias religiosas, pues un menor puede considerarse maduro para decidir si asiste o no a un determinado acto religioso y sin embargo puede considerarse que ese mismo individuo carece de la madurez suficiente para, también en ejercicio de su libertad religiosa, negarse a someterse a un tratamiento médico cuando esta decisión ponga en grave riesgo su vida.

Así pues, hasta que el menor alcance el grado de madurez necesario, las decisiones relativas a su libertad religiosa se tomarán por sus padres, aunque, dado el contenido concreto del derecho al que estamos haciendo referencia, es obvio que no todo él podrá ser ejercido por ellos, ni tan siquiera cuando el menor carezca de dicha madurez. Nos referimos, fundamentalmente, al denominado “contenido interno” del derecho, es decir, la elaboración interna de un determinado sistema de valores y creencias que realiza el individuo, el cual, precisamente por su carácter íntimo, no es susceptible de ejercicio por terceras personas. Por tanto, la actuación de los padres se limitará a las decisiones sobre buena parte de las actuaciones externas del derecho, como la decisión sobre acudir o no a determinados actos religiosos, la realización de ritos, etc.

En cualquier caso, debemos tener en cuenta que todas estas decisiones son calificadas por la LOPJM (art. 6.3) como de “cooperación”, para “su desarrollo integral” (del menor), siempre

⁵² DURISOTTO, David: *Educazione e libertà religiosa del minore*, Jovene Editore, Nápoles, 2011, p. 56.

teniendo en cuenta el interés superior del menor, incluso anteponiéndolo a las propias creencias.

El Tribunal Constitucional se ha manifestado expresamente sobre este aspecto, señalando:

“Desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”⁵³

ASENSIO mantiene que para determinar el interés del menor en un caso concreto (en relación con la libertad religiosa)

“el menor debe de ser oído si sus circunstancias personales lo aconsejan y siempre si tiene doce años cumplidos”

aunque, como el mismo autor señala, otra cosa será la relevancia que se deba de dar a su opinión⁵⁴.

En cualquier caso, no debe olvidarse que la actuación de los padres no es ajena al control de los poderes públicos, que tienen el deber de intervenir, si fuese necesario, para preservar sus derechos fundamentales y el libre desarrollo de su personalidad⁵⁵

⁵³ STC 141/2000, FJ 5.

⁵⁴ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *La patria potestad y la libertad...*, *op cit*, p. 71.

⁵⁵ ALÁEZ CORRAL, Benito: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 162; VALERO HEREDIA, Ana: *op cit*, pp. 57-59.

Una vez que el menor sea considerado maduro, será él quien ejerza su derecho a la libertad religiosa, incluso cuando mantenga posturas contrarias a las de los titulares de su patria potestad⁵⁶. Entendemos que tal ejercicio se refiere a todo el contenido del derecho, incluida la elección de la educación religiosa que, en su caso, se desee, a pesar de que la LOLR reserve esta facultad a los padres –salvo en el caso de menores emancipados–, pues esta limitación al ejercicio del derecho por menores maduros

“sería contrario al criterio doctrinalmente admitido de la suficiencia de la capacidad natural de obrar para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales”⁵⁷

1.3. Los sujetos colectivos. Las confesiones

En relación con los sujetos colectivos, ya hemos visto cómo es la propia Constitución la que reconoce como titulares del derecho a las “comunidades”, lo cual está íntimamente vinculado con el objeto del derecho, pues la religiosidad no se entiende si no es en relación con una pluralidad de individuos y un sistema que los integre, como señala BARRERO ORTEGA

“el acto de religión sólo tiene relevancia práctica en los supuestos en que la religiosidad esté amparada por una comunidad, pues el

⁵⁶ GARCÍA VILARDELL, M^a Rosa: “La libertad de creencias del menor y las potestades educativas paternas: la cuestión del derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 66, 2009, p. 341. En el mismo sentido, VALERO HEREDIA, Ana: *op cit*, p. 71.

⁵⁷ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *La patria potestad y la libertad...*, *op cit*, p. 100. Creo que esta interpretación se refuerza si tenemos en cuenta que la LOLR es anterior a los textos nacionales e internacionales que reconocen los derechos de los niños. En contra, LÓPEZ DE LOS MOZOS sostiene que “los menores de edad son sujetos de pleno derecho en lo que a la libertad religiosa se refiere, con la única salvedad de aquello que implica su educación religiosa” (“La educación en casa (*homeschooling*): ¿Una objeción a la escolarización?”, en POLO SABAU, José Ramón, *Anuario de derecho a la educación*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 183).

derecho individual sólo es ejercitable si existe una religiosidad como sistema y un complejo institucional consolidado”⁵⁸

La religión tiene, además de un componente individual, un componente colectivo, que requiere que sea reconocido como titular en cuanto tal, como evidencia el diverso contenido que la LOLR otorga a la libertad religiosa según se refiera a los individuos o a las comunidades⁵⁹. Por tanto, el grupo es titular autónomo del derecho,

“la comunidad es titular de la libertad religiosa en cuanto tal y no en cuanto suma de los derechos individuales de los componentes concretos de la misma”⁶⁰

Esta afirmación no impide que se haya entendido que dicha titularidad “está al servicio del interés religioso de la persona individual”⁶¹, pues son el medio para el ejercicio efectivo del derecho fundamental⁶².

Respecto a quiénes sean estos “sujetos colectivos”, estas “comunidades”, que el artículo 16.3 denomina confesiones, no es algo fácil de determinar, pues puede implicar una toma de postura respecto a lo religioso incompatible con los principios constitucionales de aconfesionalidad e igualdad, como señala IBÁN,

⁵⁸ BARRERO ORTEGA, Abraham: *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 177.

⁵⁹ El contenido de la libertad religiosa se detalla en el artículo 2 LOLR, dedicando el primer apartado a los individuos y el segundo a los sujetos colectivos.

⁶⁰ BARRERO ORTEGA, Abraham: *op cit*, p. 178.

⁶¹ LOPEZ ALARCÓN, Mariano: “Contenido esencial del derecho de libertad religiosa”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Granada, 13-16 de mayo de 1997*, Comares, Granada, 1998, p. 580.

⁶² En el mismo sentido, PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como derecho...”, *op cit*, p. 42.

“los intentos de definición del concepto de confesión religiosa, y la configuración de las mismas como sujetos colectivos del derecho de libertad religiosa, no son otra cosa que intentos doctrinales de reservar la libertad religiosa colectiva para unos determinados grupos que son encuadrables en el concepto de religión que el propio autor define”⁶³

En cualquier caso, creemos que podemos acudir a la definición de PORRAS RAMÍREZ, para quien

“las confesiones son, ante todo, comunidades voluntarias y estables de creyentes, que se agrupan en torno a la profesión de una misma fe religiosa, orientándose a la realización de unas prácticas o cultos asociados, que se dotan, a menudo, de trascendencia pública, pese a su naturaleza esencialmente privada”⁶⁴

Estos grupos religiosos, que en principio serían asociaciones, adquieren un régimen especial por su objeto, por su intención de realizar los fines religiosos que representan, por lo que se excluyen de este régimen especial los grupos que defiendan respuestas negativas a la fe, que quedarían incluidos en el régimen general de asociaciones⁶⁵.

La LOLR establece, en su artículo 5, que la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas proporcionará personalidad jurídica⁶⁶,

⁶³ IBÁN, Iván C.: “El contenido de la libertad religiosa”, *op cit*, pp. 355.

⁶⁴ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como derecho...”, *op cit*, p. 42. En esta definición PORRAS RAMÍREZ utiliza el término confesión como sinónimo de “sujeto colectivo titular del derecho”, pero no toda la doctrina coincide con esta equiparación, para un análisis de las diversas posturas doctrinales en torno al término “confesión” véase MOTILLA, Agustín: *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 72-77.

⁶⁵ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como derecho...”, *op cit*, pp. 43-44.

⁶⁶ En el régimen general de asociaciones la inscripción tiene sólo efectos de publicidad (art. 22.3 CE), teniendo la asociación personalidad jurídica desde el momento de su constitución.

por lo que se plantea si es necesario obtener dicha personalidad para ser titular del derecho a la libertad religiosa o para poder ejercer las actividades relacionadas con la libertad de culto. La respuesta debe ser negativa, pues no parece que la ausencia de personalidad jurídica impida poder realizar tales actos, más allá de los inconvenientes que esto podría acarrear de cara a poder suscribir contratos (por ejemplo de arrendamientos de locales), pero no en principio éstos no tienen la suficiente entidad como para negar este derecho a los colectivos que carezcan de personalidad jurídica. Por otro lado, con tal restricción se estaría imponiendo un límite a la titularidad de la libertad religiosa reconocida desde la propia Constitución, tal y como señala PORRAS RAMÍREZ:

“La adquisición de personalidad jurídica, por parte de confesiones y demás entidades religiosas, en modo alguno puede resultar condición necesaria que capacite a las mismas para el ejercicio de un derecho fundamental, que, conviene decirlo, deriva directamente de la Constitución y no de la concesión que puedan efectuarles los poderes públicos”⁶⁷

Por último, debemos de hacer mención a los diversos términos que se utilizan para denominar al “sujeto colectivo” de la libertad religiosa. Ya hemos dicho que la Constitución se refiere a “confesiones”, la LOLR utiliza en general una triple denominación: “Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas” y en ocasiones se refiere a “Entidad religiosa”. Esta multiplicidad se ha valorado de forma muy diversa por la doctrina. Para PORRAS RAMÍREZ esta terminología posibilita su aplicación a todos los grupos religiosos que existan o que puedan crearse en el futuro, con independencia de la denominación que

⁶⁷ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como derecho...”, *op cit*, p. 46. En el mismo sentido BARRERO ORTEGA, Abraham: *op cit*, p. 179. También ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este aspecto el Tribunal Constitucional en su STC 46/2001.

adopten⁶⁸. Por el contrario, MOTILLA considera que hubiese sido preferible utilizar exclusivamente el término de “confesión”, pues

“la LOLR ha desmembrado el concepto constitucional de confesión en tres términos polisémicos, contribuyendo a iniciar un caos terminológico que (...) se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico”⁶⁹

2. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

En relación con el contenido de la libertad religiosa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que

“esta libertad implica, principalmente, adherirse o no a una religión y practicarla o no practicarla”⁷⁰

Es decir, la libertad religiosa es el derecho de toda persona a tener una creencia religiosa o a no tener ninguna, a poder manifestar dichas creencias, a actuar conforme a las mismas y no ser obligado a hacerlo en contra de ellas⁷¹.

Así pues, en este derecho fundamental se diferencia una dimensión interna y una dimensión externa, según el contenido al que hagamos referencia. A esta doble dimensión ha hecho alusión el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias:

“El derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 C.E. garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero,

⁶⁸ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como...”, *op cit*, p. 44.

⁶⁹ MOTILLA, Agustín: *El concepto de confesión...*, *op cit*, pp. 70.71.

⁷⁰ Caso *Buscarini y otros c. San Marino*, de 18 de febrero de 1999.

⁷¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio; PARDO PRIETO, Paulino: *op cit*, pp. 743-744.

junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1 C.E., incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”⁷²

La dimensión interna del derecho se corresponde así con el contenido propiamente intelectual de esta libertad, con la creación de opiniones, que faculta al individuo a tener una creencia religiosa o no tener ninguna y a poder cambiarla⁷³. Por su propia naturaleza está exenta del control jurídico y es de más difícil protección.

Inicialmente se consideró que la libertad de elección de creencias no era necesario reconocerla expresamente, porque se daba por hecho que al reconocer la libertad, esta elección existía⁷⁴, de hecho, el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos no lo recoge, refiriéndose exclusivamente a la posibilidad de cambiar de creencias. Sin embargo, posteriormente se consideró necesario proteger igualmente este contenido, por lo que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se incluyó en el artículo relativo a la libertad religiosa:

“(...) este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o creencias de su elección (...)”

La dimensión externa, en cambio, se refiere a la exteriorización de esas creencias, y a la actuación conforme a las mismas. Este ámbito es

⁷² STC 177/1996, FJ 9.

⁷³ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 2003, (revista electrónica), p. 4.

⁷⁴ PUENTE ALCUBILLA, Verónica: *Minoría de edad, religión y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Dirección General de Acción Social, del Menor y de la Familia, Madrid, 2001, p. 87.

el que fundamentalmente podrá controlarse, tanto para asegurar su libre ejercicio como para comprobar su legitimidad.

En nuestro ordenamiento, este derecho contiene igualmente lo que se ha denominado una “dimensión negativa”, que supone el derecho a no declarar sobre las propias creencias a las personas que no deseen hacerlo y que se encuentra expresamente previsto en el artículo 16.2 de la Constitución

“Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”

Esta vertiente negativa, que impide que alguien pueda ser obligado a manifestar sus creencias, supone que no puedan derivarse consecuencias negativas de la no declaración de las mismas. Ahora bien, puesto que nada se dice al respecto, sí se puede preguntar sobre ello, lo que esta cláusula garantiza es que no se estará obligado a contestar.

El contenido concreto de la libertad religiosa no resulta pacífico, en buena medida por la propia naturaleza de esta libertad, que conlleva una serie de dificultades en su definición ya desde el concepto de “religión”, pues como señala IBÁN

“el grado máximo de intervencionismo (...) se produce cuando el Estado, para favorecer la religión, concluye por definir qué sea religioso, que, naturalmente, será aquello que se parezca a la religión tradicional europea en alguna medida”⁷⁵

La legislación no define qué es religión, sin embargo, como señalan estos autores, en la práctica se hace al aplicar la normativa por

⁷⁵ IBÁN, Iván C.: “Propuesta de conclusión”, en FERRARI, Silvio; IBÁN, Iván C.: *Derecho y religión en Europa occidental*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 145.

la Administración⁷⁶ y por la jurisprudencia, que en general usan las religiones judeocristianas como paradigma para determinar el componente de “religiosidad” que tienen otras creencias⁷⁷. Sin embargo, puede decirse que el margen de apreciación de la Administración se ha ido restringiendo, fundamentalmente a raíz de la STC 46/2001m que establece que el registro

“no habilita al Estado para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas, o sobre las distintas modalidades de expresión de las mismas, sino tan solo la de comprobar, emanando a tal efecto un acto de mera constatación que no de calificación, que la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el art. 3.2 LOLR, y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, ni son contrarias a la seguridad, salud o moralidad públicas”⁷⁸

Comprobación que deberá de realizar a través de los estatutos que se presentes, por lo que la actuación de la Administración es reglada⁷⁹.

⁷⁶ La Dirección General de Asuntos Religiosos exige para entender que se es una confesión religiosa: un cuerpo de doctrina propio, una liturgia que especifique los ritos y ceremonias que constituyen el culto, con lugares y ministros de culto, fines religiosos respetuosos con los límites del artículo 3 LOLR y un número significativo de fieles (SOUTO PAZ, Antonio; SOUTO GALVÁN, Clara: *El derecho a la libertad de creencias*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 106).

⁷⁷ FERRARI, Silvio: “Los problemas de la libertad religiosa”, en FERRARI, Silvio; IBÁN, Iván C.: *Derecho y religión en Europa occidental*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pp. 20-21. Los autores señalan que ésta es la práctica común de todos los países de la Unión Europea.

⁷⁸ STC 46/2001, FJ 8. En sentido similar se pronuncia el TEDH en la sentencia del caso *Iglesia Metropolitana de Besarabia c. Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001.

⁷⁹ Este cambio se ve claramente en relación con la Iglesia de la Cienciología, a la que se negó su inscripción en la década de los '80 tanto por la Administración como por los tribunales. Tras la STC 46/2001 esta iglesia volvió a solicitar su registro, que de nuevo fue negado por la Administración. Sin embargo, al recurrir dicha decisión la

En relación con el contenido concreto de la libertad religiosa en su dimensión externa, encontramos dos tipos de aproximaciones, una denominada estricta y otra amplia⁸⁰. La primera de ellas estima que forman parte del ejercicio de este derecho exclusivamente las conductas previstas en la normativa.

“(La) concepción estrecha o estricta, que vendría a considerar que sólo las «modalidades típicas», aquellas recogidas en la LOLR, en otros textos normativos (singularmente Acuerdos) y, a lo sumo, las así percibidas de forma indubitada por la opinión social, representan un «auténtico» ejercicio de la libertad religiosa”⁸¹

Por su parte, la concepción amplia del contenido del derecho a la libertad religiosa supone considerar como ejercicio del mismo todo acto al que se atribuya un sentido religioso⁸².

El Tribunal Constitucional español ha optado por una interpretación del derecho plenamente acorde con la realizada por el legislador orgánico⁸³, remitiéndose al artículo 2.1 LOLR para definir su contenido:

“La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce además ‘en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes

Audiencia Nacional consideró que la doctrina constitucional obligaba a entender que los nuevos estatutos se enmarcaban dentro de los límites que se habían establecido y por tanto debía ser inscrita, pues en caso contrario la Administración estaría emitiendo un juicio de valor sobre los fines de la confesión (sentencia de 11 de octubre de 2007).

⁸⁰ ALÁEZ CORRAL realiza una distinción similar, pero denomina a la concepción estricta como “objetiva” y a la amplia como “subjetiva”. ALÁEZ CORRAL, Benito: “Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003, pp. 97-98.

⁸¹ PRIETO SANCHÍS, Luís: “El derecho fundamental...”, *op cit*, pp. 63-64.

⁸² *Idem*, p. 64.

⁸³ En este sentido, OLIVERAS JANÉ, Neus: “La evolución de la libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. 33, 2006 (revista electrónica), p. 22.

públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso' (STC 46/2001), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades”⁸⁴

Se ha optado así por la interpretación estricta de qué deba entenderse como ejercicio de la libertad religiosa, pues será lo así reconocido previamente por el ordenamiento. Esta opción ha sido criticada por algunos autores, por considerar que opta por un criterio “tradicional” de religión⁸⁵, basado en religiones mayoritarias y que corre el riesgo de olvidar otros tipos que no entren dentro de esos mismos esquemas. De esta opinión es IBÁN, que considera que

“el artículo 1.1 [de la Constitución], ofrece parcelas más amplias de libertad religiosa –que es igualdad religiosa– que las ofrecidas por el 16”⁸⁶

Por tanto, el contenido de la libertad religiosa en nuestro ordenamiento es el contenido en el artículo 2 LOLR, que dedica su primer apartado al contenido relacionado con las personas físicas y el segundo a las comunidades o “sujetos colectivos”:

“1. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía;

⁸⁴ STC 154/2002, FJ 6.

⁸⁵ IBÁN, Iván C.: “El contenido de la libertad religiosa”, *op cit*, p. 360.

⁸⁶ *Idem*, p. 362.

manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.

c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; 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.

d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.

2. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero”

IBÁN se muestra muy crítico con este artículo, al considerar que

“nos encontramos con el hecho de que buena parte de los «derechos» reconocidos en el [2.1] o bien aparecían ya recogidos con igual claridad en la Constitución (...), o bien son reconocidos para todos los ciudadanos y para cualquier finalidad lícita y, en consecuencia, nada añade el que se reconozcan expresamente para finalidades religiosas (...), o bien carecen de cualquier relevancia

jurídica (...), o bien son declaraciones que no implican ningún compromiso”⁸⁷

Y es que, efectivamente, de los cuatro apartados en los que se divide el artículo 2.1, sólo puede considerarse una actuación estrictamente de libertad religiosa la prevista en los primeros incisos de los apartados a) y b), pues los demás apartados son reconducibles a otros derechos igualmente reconocidos en la Constitución, o previsiones con escasa relevancia jurídica.

Así, el apartado a) reconoce en primer lugar el contenido interno del derecho (la elección íntima de las creencias) y la posibilidad de cambiar dichas creencias. En cuanto a la opción de manifestarlas o no se refiere al contenido negativo reconocido en el artículo 16.2 CE.

El primer inciso del apartado b) se refiere a la práctica del culto. A pesar de que éstos no son definidos en la ley, podemos entender que éste es el “honor con que se tributa religiosamente a lo que se considera divino o sagrado”⁸⁸. Las previsiones relativas a la celebración de matrimonios o conmemoración de festividades tienen poca trascendencia jurídica (más allá de la libertad para llevarlas a cabo), ya que no implican un deber para el Estado de reconocer dichos ritos o de facilitar las celebraciones. En el inciso final encontramos la prohibición de ser obligados a practicar dichos actos.

Por último, los apartados c) y d) recogen concreciones de los derechos consagrados en los artículos 27.1 (libertad de enseñanza), 21 (derechos de reunión y manifestación) y 22 (derecho de asociación) de la Constitución. Ahora bien, siempre que esté presente el elemento

⁸⁷ *Idem*, p. 358.

⁸⁸ Definición de la Real Academia de la Lengua Española, que consideramos plenamente aplicable al caso porque el concepto no tiene un significado jurídico específico, sino que coincide con su significado común. *Diccionario de la lengua española*, 22^a ed.

religioso se entenderá que éste será el derecho que se ejerce, y no estos otros a los que, si no se nombrasen específicamente en la LOLR, se podrían reconducir, y, por tanto, su protección (y garantías) se enmarcará en el derecho a la libertad religiosa.

El segundo apartado del artículo 2, por su parte, recoge los derechos de las “iglesias, confesiones y comunidades religiosas” y de nuevo, salvo en lo relacionado con el culto en sí, se hacen previsiones específicas que hubieran sido ejercitables a través de otros derechos, como la libertad de expresión o el derecho de reunión.

Por último, es importante tener en cuenta que, dado que se está hablando del contenido del derecho, todos los elementos que hemos apuntado se reconocen a todos los titulares del derecho, es decir, a todas las personas, independientemente de la confesión a la que pertenezcan. Por tanto, su reconocimiento no podrá depender de los acuerdos que, como más adelante se verá, pueden alcanzar los distintos grupos religiosos con el Estado⁸⁹.

3. VERTIENTE PRESTACIONAL DEL DERECHO

La definición del Estado como “social” que proclama nuestra Constitución en su artículo 1.1 no sólo tiene reflejo en la inclusión de los denominados “derechos prestacionales”, sino que todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos de libertad, se ven afectados por tal calificación, pues conlleva la incorporación de técnicas positivas, abandonando la concepción del Estado-abstencionista para definir un Estado que lleva a cabo una labor promocional de los derechos fundamentales, asegurando su efectividad.

⁸⁹ Epígrafe III.3 de este capítulo.

“Se ha optado por un modelo de libertades muy distinto del simple *laissez faire*. El Estado debe intervenir activamente, debe apoyar, no basta con que respete y garantice, debe dar”⁹⁰

Otra muestra del “Estado social” la encontramos en el artículo 9.2 del texto constitucional, que establece la vinculación “positiva” de los derechos fundamentales a los poderes públicos: ya no será suficiente garantizar los derechos, sino que, cuando resulte necesario para su plena efectividad, los poderes públicos habrán de “remover los obstáculos que impidan o dificulten” la plenitud de los derechos de los ciudadanos.

Como es obvio, no todos los derechos exigirán la misma intervención del Estado, ésta será mayor o menor según la naturaleza del derecho del que se trate⁹¹, de modo que irá desde su mera abstención hasta la necesaria intervención de los poderes públicos aportando los medios específicos para posibilitar su ejercicio, pasando por la previsión de medios materiales que lo permitan⁹². De este modo, a muchos de los derechos de libertad se les añade una vertiente prestacional, completando su contenido tradicional, aunque ésta no modifica su naturaleza, puesto que el elemento básico sigue siendo el de libertad.

La libertad religiosa no es una excepción en cuanto al contenido promocional de los derechos de libertad, así lo ha señalado el Tribunal

⁹⁰ IBÁN, Iván C.: “Propuesta de conclusión”, *op cit*, p. 138.

⁹¹ GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, p. 132.

⁹² Algunos posibles ejemplos de derechos que exigen esta diversa actuación del Estado serían, en el caso de la mera abstención, la libertad de expresión; la necesaria intervención con la provisión de medios que permitan el ejercicio sería el caso de la asistencia jurídica gratuita, en relación con el derecho a la defensa y a la asistencia letrada; y un ejemplo de la provisión de medios materiales sería la concesión de licencias a las televisiones para el ejercicio del derecho a la información.

Constitucional, que ha diferenciado, por un lado, la vertiente abstencionista o neutral del derecho y, por otro, la que deriva del art. 9.2, que impone, según señala en la STC 46/2001, FJ 7, una “actuación favorecedora” que haga efectiva tal libertad.

En el caso concreto de este derecho, la actitud positiva del Estado tiene un doble origen⁹³: la garantía de la existencia efectiva de la libertad (derivada del art. 9.2 CE) y el principio de cooperación con las confesiones, al que se hará referencia en otro epígrafe. El propio Tribunal Constitucional hizo ver la existencia de esta doble fundamentación del contenido prestacional en la libertad religiosa, señalando que éste surge, de una parte, del propio artículo 16 y, de otra, del artículo 9.2 CE.

“En desarrollo del derecho fundamental concernido (...) ha de situarse en el adecuado contexto constitucional: a) de una parte, el que surge del propio art. 16 CE, conforme al cual el Estado y los poderes públicos han de adoptar ante el hecho religioso una actitud de abstención o neutralidad, que se traduce en el mandato de que ninguna confesión tenga carácter estatal, contenido en el apartado 3, inciso primero, de dicho precepto constitucional; y b) el que hunde sus raíces en el art. 9.2 del texto constitucional, conforme al cual se impone a los poderes públicos una directriz de actuación favorecedora de la libertad del individuo y de los grupos en que se integra, y creadora de las adecuadas condiciones para que tales libertades sean reales y efectivas, y no meros enunciados carentes de real contenido”⁹⁴

Ahora bien, debemos diferenciar el contenido prestacional del derecho y el principio de cooperación. Por un lado, el contenido

⁹³ GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: *op cit*, p. 139.

⁹⁴ STC 46/2001, FJ 7. Hasta esta sentencia, el Tribunal no había derivado la vertiente prestacional de la libertad religiosa del artículo 9.2, sino exclusivamente del artículo 16.3.

prestacional forma parte del propio derecho, el Estado debe garantizar a todos el ejercicio de la libertad, con independencia de la religión que se profese, porque de lo contrario no todos los ciudadanos serían titulares efectivos del derecho reconocido en el artículo 16 CE. Por el contrario, como veremos, la cooperación no sigue estas pautas pues no se llevará a cabo con todas las confesiones, sino sólo con aquéllas que sean socialmente relevantes⁹⁵, es decir, sólo una minoría de ellas tendrá tal posibilidad. Por otro lado, a través de la cooperación el Estado concede a una determinada confesión beneficios o prerrogativas que van más allá del contenido del derecho de libertad religiosa, y por tanto de la vertiente prestacional de la misma. Esta diferenciación implica que los titulares del derecho no podrán verse limitados en el ejercicio del mismo por el hecho de que la confesión a la que pertenezcan no tenga acuerdo con el Estado.

La vertiente prestacional no posibilita a los titulares exigir nada que vaya más allá de facilitar las condiciones de ejercicio del derecho constitucionalmente previsto, pues

“de otro modo se produciría en vía de desarrollo una conversión del derecho de libertad en un derecho prestacional stricto sensu, carente de fundamento constitucional”⁹⁶

Un ejemplo de este contenido prestacional es la asistencia religiosa prevista en el artículo 2.3 de la LOLR

“Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares,

⁹⁵ El artículo 16.3 CE establece “(...) los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación (...)”.

⁹⁶ POLO SABAU, José Ramón: “En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución española”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 129, 2005, p. 160.

hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos”

Esta asistencia consiste en

“la acción del Estado creando las condiciones necesarias para que los individuos sometidos a una situación de sujeción especial que les impide realizar sus obligaciones religiosas puedan recibir asistencia de la confesión a la que pertenecen”⁹⁷

Es decir, en estos casos de sujeción especial la intervención del Estado iría dirigida a posibilitar que los individuos puedan ejercer de forma efectiva su derecho a la libertad religiosa, lo que en general se hará dando determinadas facilidades a los grupos religiosos⁹⁸.

Debe tenerse presente que lo que merece la valoración positiva del Estado, que propicia tal actuación, no es el hecho religioso en sí, la creencia que pueda tener cada individuo, sino la posibilidad de que todas las personas puedan ejercer sus derechos de un modo efectivo⁹⁹. Por eso, no es exigible en cualquier caso que el Estado realice esta prestación, sino sólo en las que la doctrina denomina de “sujeción especial”, que son aquéllas, enumeradas en la ley, en las que existe una limitación de derechos debido a que la libertad de circulación se encuentra restringida, por lo que no le es posible al sujeto ejercer su derecho de modo autónomo, al no permitírsele la salida de un recinto concreto¹⁰⁰. El Estado deberá, entonces, regular los modos de acceso de

⁹⁷ MOTILLA, Agustín: “Asistencia religiosa”, en IBÁN, Iván C.; PRIETO SANCHÍS, Luís; MOTILLA, Agustín, *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004, p. 261.

⁹⁸ LOPEZ ALARCÓN, Mariano: *op cit*, p. 584.

⁹⁹ PUENTE ALCUBILLA, Verónica: *op cit*, p. 167.

¹⁰⁰ Se encuentran en situación de sujeción especial las personas que se encuentren en establecimientos militares, hospitalarios, asistenciales y penitenciarios.

las confesiones (de todas) para atender las necesidades religiosas de los individuos, para que puedan ejercer, de hecho, su libertad religiosa¹⁰¹.

Sin embargo, y en contra de lo que hemos mantenido, en la práctica sólo se ha establecido el modo efectivo de propiciar dicha asistencia a través de los acuerdos que ha firmado el Estado con algunas confesiones. A su vez, dentro de los acuerdos se han fijando condiciones distintas –marcadamente más favorables para los católicos–. Así pues, el desarrollo de esta asistencia ha excluido a algunas confesiones, que no pueden, en la práctica, hacer valer este derecho porque no existen mecanismos para ello.

Un ejemplo de esto sería la legislación penitenciaria¹⁰². La Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria, en su artículo 54 garantiza la libertad religiosa de todos los internos, sin embargo, el Reglamento Penitenciario (aprobado mediante el RD 190/1996) en su artículo 230 establece:

“1. Todos los internos tendrán derecho a dirigirse a *una confesión religiosa registrada* para solicitar su asistencia siempre que ésta se preste con respeto a los derechos de las restantes personas. En los Centros podrá habilitarse un espacio para la práctica de los ritos religiosos.

2. Ningún interno podrá ser obligado a asistir o participar en los actos de una confesión religiosa.

¹⁰¹ Puesto que esta prestación del Estado es requerible exclusivamente cuando es necesaria para el ejercicio efectivo del derecho, no podemos estar de acuerdo con PORRAS RAMÍREZ, que sostiene que no es parte del contenido esencial del derecho (PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como principio supremo informador de la actuación de los poderes públicos en materia religiosa”, en PORRAS RAMÍREZ, José María (coord.), *Derecho y factor religioso*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 95).

¹⁰² La situación es similar en todos los tipos de sujeciones especiales. En los establecimientos militares la regulación se encuentra en las Reales Ordenanzas de los tres ejércitos recogidas en el RD 3945/1983 (Ejército de Tierra), RD 494/1984 (Ejército del Aire), RD 1024/1984 (de la Armada). En los centros hospitalarios, en el RD 2082/1978, que sólo recoge el derecho a la asistencia religiosa, pero no se dispone cómo se garantizará, por lo que de nuevo habrá que acudir a los acuerdos.

3. La Autoridad penitenciaria facilitará que los fieles puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos.

4. En todo lo relativo a la asistencia religiosa de los *internos se estará a lo establecido en los acuerdos firmados por el Estado español con las diferentes confesiones religiosas*¹⁰³

Por tanto, la afirmación general de la ley se ve limitada, en primer lugar, al establecerse en el apartado primero que sólo podrá solicitarse asistencia religiosa de las confesiones que se encuentren registradas; en segundo lugar, cuando el apartado cuarto se remite, para saber cómo se llevará a cabo dicha asistencia, a los acuerdos con las confesiones.

De este modo, a pesar de que la asistencia religiosa en situaciones de sujeción especial, como desarrollo del contenido prestacional del derecho, debería garantizarse a todos los sujetos titulares, con independencia de la religión que profesen, lo cierto es que no se ha seguido esta pauta, debido a la confusión del principio de cooperación y la vertiente prestacional del derecho¹⁰⁴.

El último inciso del artículo 2.3 LOLR se refiere a “facilitar (...) la formación religiosa en centros docentes públicos”. Al disponerse junto a los supuestos de sujeción especial, debe interpretarse que las medidas a adoptar son similares a las de estos casos, por tanto, lo que deberá hacer el Estado es prever cómo las confesiones pueden realizar la actividad de formación en los centros educativos públicos.

¹⁰³ Cursivas nuestras.

¹⁰⁴ Así, es más acorde con el respeto efectivo del derecho una regulación similar a la establecida en la Ley Federal belga de 12 de enero de 2005 sobre “Principios relativos a la administración de establecimientos penitenciarios y al estatuto jurídico de los detenidos”, en cuyo Título V, Capítulo IV prevé la asistencia religiosa (y filosófica) del detenido, para lo que se prevé el acceso a la prisión de los ministros de culto de cualquier confesión, tanto las reconocidas por el Estado como las que no lo están.

Para terminar, nos parece conveniente incidir en dos elementos. Por un lado, en que las actividades facilitadas por el Estado conforme al artículo 2.3 LOLR son las necesarias “para la aplicación real y efectiva” de las facultades derivadas del artículo 2.1 LOLR, pues, como ya vimos, sólo éstas han sido consideradas por el Tribunal Constitucional parte del contenido del derecho¹⁰⁵.

Por otro lado no debe olvidarse que esta actuación del Estado no puede ir en detrimento de su calificación como aconfesional, lo que puede suceder si abusa de ella¹⁰⁶.

4. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

El Tribunal Constitucional ha establecido desde sus primeras sentencias¹⁰⁷ que no existe ningún derecho fundamental ilimitado, a pesar de que la mayoría de los derechos reconocidos en nuestra Constitución no prevén un límite expreso, ni se ha recogido un precepto de carácter general sobre los límites de los derechos fundamentales, como se ha establecido en otras constituciones de nuestro entorno¹⁰⁸.

Antes de entrar a analizar los límites al derecho que aquí nos ocupa, nos parece conveniente hacer una precisión terminológica siguiendo a DE OTTO Y PARDO, que diferencia entre “límites” y

¹⁰⁵ De este modo, la doctrina de la mencionada STC 46/2001 es aplicable sólo a casos muy concretos y en relación estrictamente con el contenido del derecho, pues, recordemos, en el caso se decidía sobre la inscripción de una confesión en el Registro de Entidades Religiosas, inscripción imprescindible para que dicho grupo tenga personalidad jurídica y así pueda actuar con autonomía en el ejercicio del derecho.

¹⁰⁶ IBÁN, Iván C.: “Propuesta de conclusión”, *op cit*, p. 145.

¹⁰⁷ Un ejemplo de ello es la STC 2/1982, FJ 5.

¹⁰⁸ AGUIAR DE LUQUE, Luís: “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, p. 15. Un ejemplo de precepto constitucional que recoge con carácter general la posibilidad de limitar los derechos fundamentales por el legislador es el artículo 19 de la Constitución alemana.

“delimitación”. Comenzando por esta última, se trata de los elementos necesarios que derivan del propio derecho:

“Son los contornos o fronteras del derecho o libertad que resultan de la propia norma constitucional que reconoce el derecho protegiendo jurídicamente una esfera de la realidad que menciona (...). Diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que éste específicamente quiere proteger”¹⁰⁹

A esta delimitación también se la denomina como “límite interno”, pues es la propia Constitución la que los establece, lo que puede realizar de forma expresa (“límites internos positivos”) excluyendo de la protección del derecho conductas que, inicialmente, podrían haberse incluido en el mismo¹¹⁰, como serían las manifestaciones de libertad religiosa contrarias al Orden Público¹¹¹. O bien los límites internos podrán ser “lógicos o inmanentes”, es decir, no expresamente previstos pero que se derivan de la exigencia de la unidad de la Constitución y de la necesidad de integración de los diversos derechos y valores constitucionales; la igualdad de rango de todos ellos exige que se realice una interpretación armónica¹¹², lo que a su vez permite que no se devalúen los preceptos que sistemáticamente se viesan restringidos por colisionar con un derecho fundamental concreto¹¹³.

¹⁰⁹ OTTO Y PARDO, Ignacio de: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en OTTO Y PARDO, Ignacio de: *Obras completas*, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010, p.1497.

¹¹⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: “Los límites a los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. [et al.]: *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 128.

¹¹¹ Así, el constituyente optó por excluir del objeto de protección del derecho a la libertad religiosa a tales conductas.

¹¹² VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: *op cit*, p. 128.

¹¹³ En un ejemplo típico de colisión de derechos como son los de expresión y honor, si se sostuviese de modo general que siempre primará el derecho al honor, el derecho

En cuanto a los límites en “sentido estricto”, de nuevo en palabras de DE OTTO,

“es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección en virtud de una expresa habilitación constitucional”¹¹⁴

Es decir, se requieren tres elementos para hablar de límites en sentido estricto: su carácter externo, que se proyecte sobre el objeto del derecho y que exista una habilitación constitucional para establecerlo¹¹⁵. Ahora bien, como ha remarcado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, la previsión de límites a los derechos fundamentales por los poderes públicos no es ilimitada, sólo podrán establecerse aquellos que, directa o indirectamente, estén previstos en la norma fundamental:

“Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos”¹¹⁶

Respecto a las posibles limitaciones que puedan establecerse, debe recordarse que, conforme a lo establecido por el artículo 53.1 CE, deberá respetarse en cualquier caso su contenido esencial.

fundamental a la libertad de expresión quedaría restringido, y pasaría a tener una consideración “menos fundamental” que el anterior.

¹¹⁴ OTTO Y PARDO, Ignacio de: “La regulación del ejercicio...”, *op cit*, p.1502.

¹¹⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: *op cit*, p. 120. Un ejemplo de límite externo lo encontramos en el artículo 15 CE, en el que se dispone que el legislador podrá establecer la pena de muerte a través de la ley penal militar para los tiempos de guerra, de modo que se habilita para limitar el derecho a la vida.

¹¹⁶ STC 14/2003, FJ 9.

En el caso de la libertad religiosa, como ya hemos adelantado, sus límites son, siguiendo la clasificación apuntada, internos y positivos¹¹⁷, puesto que el artículo 16.1 CE establece:

“Se garantiza la libertad religiosa, ideológica y de culto de los individuos y las comunidades *sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”¹¹⁸

Se establece por tanto como límite constitucional a la libertad religiosa el orden público, lo que ha sido criticado por la doctrina¹¹⁹ y, en su momento, por algunos diputados de las Cortes constituyentes, que consideraban que la limitación debía ser el “*respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución*”¹²⁰, pues la expresión de orden público podría generar inseguridad en cuanto a su significado¹²¹.

Efectivamente, el principal problema de este enunciado surge del concepto de orden público, dado que éste es uno de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”, especialmente propicio a las

¹¹⁷ Algunos autores consideran que los derechos fundamentales no entran dentro del orden público, en este caso, también existirían límites lógicos.

¹¹⁸ Cursivas nuestras. BARRERO ORTEGA destaca que los límites tienen una doble vertiente; por un lado, efectivamente, limitan el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 16 de nuestra Constitución; por otro lado, son una garantía del mismo, tanto porque no podrá ser limitado por más causas que las previstas, como por ser el orden público garante de que se cumplan las condiciones de ejercicio del derecho, en cuanto que también la libertad religiosa forma parte del mismo (*op cit*, p. 216).

¹¹⁹ Véase RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio; PARDO PRIETO, Paulino: *op cit*, p. 746.

¹²⁰ Enmiendas del Congreso de los Diputados núm. 468 del Grupo mixto y núm. 693 de TAMAMES GÓMEZ (del Grupo comunista).

¹²¹ DSCD, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, pp. 2468 y 2470. En cambio, el diputado FRAGA IRIBARNE consideraba que la expresión “orden público” era la más aconsejable porque era la utilizada en el Concilio Vaticano II (DSCD, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, p. 2471).

divergencias sobre su contenido por estar abierto a valoraciones morales y éticas¹²².

Como nos señala BARTOLOMÉ CENZANO, en los conceptos jurídicos indeterminados

“la dificultad de precisar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión o «halo» conceptual, pero tal dificultad desaparece en las dos zonas de certeza, positiva y negativa”¹²³

Este autor distingue así tres “zonas”: una de certeza, delimitada por datos ciertos y seguros, otra intermedia, más o menos imprecisa, y una última de “certeza negativa”, es decir, aquello que claramente no entra dentro del concepto indeterminado. La dificultad para aplicar el concepto se circunscribe a la zona intermedia.

A esto debemos añadir el hecho de que históricamente la expresión de “orden público” en nuestro ordenamiento ha tenido distinto significado, en ocasiones como elemento justificador para la recuperación de poderes o potestades por el Ejecutivo, incluso con la intervención del Ejército¹²⁴. Pero además, en la historia más reciente, durante el régimen franquista

¹²² BENEYTO PÉREZ, José María: “Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 303-338, p. 324. La utilización de la expresión “orden público” fue discutida en la Comisión del Congreso, donde el Partido Comunista y el Grupo Mixto propusieron que se sustituyese por “el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”, al considerar, entre otras cosas, que la interpretación del concepto de orden público podría ser “muy diferente según los casos” (*DSCD*, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, pp. 2468-2470).

¹²³ BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 79.

¹²⁴ BARTOLOMÉ CENZANO analiza el uso del término en la historia constitucional española en *Idem*, pp. 153-244.

“las instituciones de orden público constituirán la médula espinal de la dictadura, pues suponen el medio más importante para el sostenimiento del régimen”¹²⁵

Esto explica la reticencia de algunos diputados en la inclusión del orden público como límite a la libertad religiosa, ante lo que ALZAGA VILLAAMIL consideró necesario intervenir para aclarar cómo entendía su grupo parlamentario el uso del término en el contexto constitucional

“Hay una acepción estricta a la que aquí no se hace referencia, que es la tarea de acción de la policía, a la que se refiere una parcela del Derecho Administrativo. Hay una acepción amplia que se llega a confundir con el orden jurídico o la condición de desarrollo armónico de todas las energías humanas en el seno del Estado, y es una concepción que es la que tiene acuñada en concreto el Derecho Político a estos efectos y que comparte con otras parcelas del Derecho (...). Estos son unos principios algo más amplios que los que nos viene a referir el señor Tamames en su enmienda cuando se refiere tan solo a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”¹²⁶

Se descarta así el uso del término con un contenido “policial” análogo al del régimen anterior.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ayuda a despejar el contenido de la “zona de incertidumbre” a la que hicimos referencia, dado que

“en la mayoría de las sentencias (...) se deducen algunos criterios interpretativos o de aplicación del límite de orden público con carácter segmentario, no unitario ni sistemático”¹²⁷

¹²⁵ *Idem*, p. 214.

¹²⁶ *DSCD*, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, p. 2472.

¹²⁷ BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de: *op cit*, p. 406.

Y ello debido a que este Tribunal se ha limitado a resolver la problemática que se planteaba en cada caso, sin establecer un concepto de orden público. PORRAS RAMÍREZ sí propone una definición:

“la necesidad o conveniencia de garantizar unas condiciones materiales de vida dignas, para hacer posible una convivencia social armónica. Equivale, pues, a una «situación o estado de normalidad»”¹²⁸.

Para determinar el contenido del orden público debe acudirse al artículo 10.2 CE, fundamentalmente, a la interpretación que el TEDH ha realizado del artículo 9.2 CEDH, que establece:

“La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”

Es decir, no hace referencia sólo a la salvaguarda del orden público, sino también a la seguridad, la salud y la moral públicas de “una sociedad democrática”. Como ha señalado algún autor¹²⁹, es probablemente esta divergencia entre ambos textos la que origina el

¹²⁸ PORRAS RAMÍREZ, José María: *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 104. Cursivas del autor.

¹²⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho Público)*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, p. 313. En este mismo sentido, GONZÁLEZ DEL VALLE, José M^a: “Límites a la libertad religiosa”, en ÁLVAREZ CORTINA, Andrés Corsino; RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio. (Comentarios a su articulado)*, Comares, Granada, 2006, p. 100. Este autor destaca lo impropio de que una ley española se pronuncie sobre cuántos y cuáles son los elementos que constituyen el orden público en las sociedades democráticas (*idem*, p. 98).

texto del artículo 3.1 LOLR, en el que se “compatibiliza” el artículo constitucional con la literalidad del texto internacional, al establecer:

“El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite 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”

Como vemos, la ley establece tres componentes del orden público: la seguridad, la salud y la moral públicas, por lo que será perfectamente aplicable la jurisprudencia que, en el ámbito internacional, se dicte en relación con dichos conceptos, siempre teniendo en cuenta que no son unívocos, sino que su definición puede variar según la época y lugar de aplicación¹³⁰.

La “seguridad” no se ha definido por el Tribunal Constitucional en relación con la libertad religiosa, pero sí en otros ámbitos, habiendo establecido que

“se centra en la actividad, dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”¹³¹

La salud (pública), respecto a la que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado, se identifica con las condiciones de salubridad. El TEDH, que sí ha tenido oportunidad de pronunciarse, ha establecido

¹³⁰ Esta indeterminación del concepto de orden público obliga a que este deba ser interpretado en relación con las circunstancias presentes en cada caso, lo que aleja “el anquilosamiento propio de otras épocas” (ELVIRA PERALES, Ascensión: “Libertad de circulación y orden público en España”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2008 [revista electrónica], p. 5), desvinculándolo así del concepto utilizado en nuestro reciente pasado.

¹³¹ STC 33/1982, FJ 3.

que las limitaciones en el sacrificio de animales para su consumo podrían estar amparadas por la salvaguardia de este fin¹³².

En relación con la moral pública, el Tribunal Constitucional ha destacado su variabilidad según el momento y el lugar de aplicación, con lo que su utilización como límite

“ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un *mínimum* ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 de la Constitución)”¹³³

A estos tres elementos, el artículo 3.1 LOLR añade además como límite al ejercicio de esta libertad la protección de los derechos¹³⁴ de terceras personas, que, según la literalidad de la ley, no parece que formen parte del orden público, de hecho así lo han entendido algunos autores, que mantienen que los derechos fundamentales y demás bienes constitucionales serían límites no incluidos en la mención constitucional¹³⁵.

¹³² Caso *Asociación de culto israelita Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000, § 84.

¹³³ STC 62/1982, FJ 3.

¹³⁴ MORENO ANTÓN considera que esta expresión se refiere a los derechos contenidos en los artículos 14 a 29 (*Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007, p. 79). No podemos estar de acuerdo con tal afirmación, que nos parece que no tiene justificación alguna, pues si se quiere aplicar la interpretación realizada en relación con la reserva de ley orgánica no debería de incluirse el artículo 14; si fuesen los derechos con las máximas garantías judiciales debería de incluirse la objeción de conciencia prevista en el artículo 30.2 CE. Entendemos que, puesto que nada se dice, y que en cualquier caso las limitaciones de derechos deben de ser proporcionales, debe entenderse que el precepto se refiere a todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

¹³⁵ BARRERO ORTEGA, Abraham: *op cit*, p. 221. En el mismo sentido, PRIETO SANCHÍS, Luís: “El derecho fundamental...”, *op cit*, p. 75.

En contra de esta interpretación se ha manifestado el Tribunal Constitucional que ha considerado que:

“es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público”¹³⁶

Por tanto, no sería un límite “implícito” al estar incluido en la mención al orden público que realiza la Constitución.

En cuanto a cómo pueden establecerse estos límites, como se vio, el orden público al que alude el artículo 16.1 CE como límite a la libertad religiosa es el orden público “protegido por la ley”, es decir, la cláusula limitativa deberá haber sido previamente definida, tipificada y delimitada¹³⁷. Por tanto, no depende de criterios públicos subjetivos, sino que la cláusula limitadora sólo desplegará sus efectos cuando haya sido prevista en una disposición legislativa¹³⁸.

El CEDH también establece que las limitaciones estén previstas por ley, pero el TEDH lo ha interpretado en sentido amplio, incluyendo la jurisprudencia, entendiendo que lo que se exige es la seguridad jurídica y la ausencia de discrecionalidad¹³⁹.

Por último, el CEDH y la LOLR exigen que la limitación sea necesaria en una “sociedad democrática”. Esto supone que su uso no puede ser generalizado, sino que debe aplicarse, en palabras del Tribunal Constitucional, “con especial rigor, a través de un escrutinio

¹³⁶ STC 19/1985, FJ 1. En este mismo sentido se ha pronunciado ELVIRA PERALES, que entiende que el orden público “en sentido estricto se presenta como la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales” (*op cit*, p. 5).

¹³⁷ BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de: *op cit*, p. 145.

¹³⁸ *Idem*, p. 391.

¹³⁹ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: “Los límites a la libertad...”, *op cit*, pp. 12-13.

estricto”¹⁴⁰, destacando el carácter excepcional que debe tener su utilización. Esto implica que, para poder limitar un acto, ejercicio de la libertad religiosa, por ser contrario al orden público, debe realizarse un “juicio de proporcionalidad” ¹⁴¹, que se descompone en tres subprincipios: en primer lugar, el juicio de idoneidad: la medida (que afecta al derecho) adoptada debe ser la adecuada para lograr el fin que persigue; en segundo lugar, el juicio de necesidad: debe comprobarse que no sea posible alcanzar los mismos objetivos con una medida más moderada; por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto: se atenderá a que sea una medida equilibrada, que suponga más beneficios para el interés general que perjuicios para el derecho en conflicto.

Sólo las medidas que superen con éxito estos juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad podrán ser adoptadas y limitar, sin vulnerar la Constitución, el derecho fundamental a la libertad religiosa.

Siguiendo este principio, el Tribunal Constitucional estableció que sólo en casos muy excepcionales se podrá utilizar la cláusula de orden público de un modo “preventivo”:

“No puede considerarse contraria a la Constitución la excepcional utilización preventiva de la citada cláusula de orden público, siempre que se oriente directamente a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas propias de una sociedad democrática, que queden debidamente acreditados los elementos de riesgo y que, además, la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos (...). Al margen de este supuesto excepcional, en el que necesariamente han de concurrir las indicadas cautelas, sólo mediante Sentencia firme, y

¹⁴⁰ STC 46/2001, FJ 9.

¹⁴¹ A él alude, entre otras, la STC 207/1996, FJ 4.

por referencia a las prácticas o actividades del grupo, podrá estimarse acreditada la existencia de conductas contrarias al orden público que faculten para limitar lícitamente el ejercicio de la libertad religiosa y de culto”¹⁴²

Es decir, el peligro para el orden público deber ser real y efectivo, no una mera hipótesis, exigiéndose que queden debidamente acreditados en sentencia firme los elementos de riesgo.

Respecto al objeto de la limitación, dado que la libertad religiosa tiene un componente interno y otro externo, el propio artículo 16, al disponer “en sus manifestaciones”, establece que sólo será limitable este último. No podría ser de otra manera, pues el componente interno, como se vio, no es controlable por el Derecho, quedando, por tanto, exento de límites¹⁴³.

PORRAS RAMÍREZ considera que tampoco puede ser limitado el contenido negativo del derecho, ya que

“no cabe la posibilidad de que se pueda obligar al titular del derecho a realizar declaraciones religiosas, que comuniquen la adscripción a una concreta opción de fe, en contra de su voluntad, tal y como expresamente garantiza el artículo 16.2 CE”¹⁴⁴

¹⁴² STC 46/2001, FJ 11.

¹⁴³ En la STC 141/2000 el Tribunal consideró vulnerado el derecho a la libertad religiosa de un padre al que se limitó el régimen de visitas a sus hijos por sus creencias religiosas (creencias que no transmitía a sus hijos), es decir, sólo por el hecho de “creer”.

¹⁴⁴ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como derecho...”, *op cit*, p. 54.

III. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA RELIGIOSA

Como señaló el Tribunal Constitucional desde los inicios de su jurisprudencia, los derechos fundamentales tienen un “doble carácter”, como derechos subjetivos y como principios del ordenamiento

“En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo 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. 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 (art. 1.1)”¹⁴⁵

La libertad religiosa no es una excepción a este “doble carácter”, el Tribunal Constitucional se refiere a este valor objetivo como “principio de libertad religiosa”¹⁴⁶, dirigido al Estado (no a los ciudadanos) y perfilándose como elemento definidor del mismo, estableciendo la postura estatal ante el fenómeno religioso, siempre en atención a la máxima eficacia del derecho.

A diferencia de lo que sucede con el derecho subjetivo, al que se atribuye un contenido similar en los ordenamientos de nuestro entorno, el principio objetivo de libertad religiosa se ha desarrollado de formas muy diversas, como señala RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

¹⁴⁵ STC 25/1981, FJ 5. Sin embargo, el Tribunal no establece una distinción clara entre principio y derecho, probablemente debido a la naturaleza del recurso de amparo, que sólo puede interponerse por la vulneración de derechos fundamentales.

¹⁴⁶ STC 24/1982, FJ 1.

“mientras que, en el mencionado ámbito de Occidente, la perspectiva *subjetiva* de la libertad religiosa se manifiesta en reglas relativamente uniformes en todos los Estados, la perspectiva *objetiva* o *estructural* conoce diferencias notables que van desde la laicidad francesa o la separación estricta en los Estados Unidos, hasta la «unidad formal» (no material o de contenidos) entre el Estado y una confesión religiosa (el Reino Unido, Grecia, Israel), pasando por modelos de cooperación como el alemán o el español”¹⁴⁷

En España, el principio de libertad religiosa determina la posición del Estado ante el hecho religioso y de él derivan los tres principios constitucionales fundamentales en materia de libertad religiosa: aconfesionalidad, igualdad y no discriminación y cooperación. Mediante ellos se construye la posición que debe mantener el Estado ante el hecho religioso.

“La Constitución ha querido que no sea ni el principio de confesionalidad, ni el de laicidad, quien fundamente y defina, de modo esencial, la actitud que ha de asumir el Estado en cuanto se refiere al desarrollo institucional del interés religioso (...) [ha optado] por atribuir, novedosamente, dicha condición primaria al de libertad religiosa, elección esta que se revela, sin duda, como la más acorde con la proclamación de España como Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE)”¹⁴⁸

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: “El Estado aconfesional o neutro como sujeto «religiosamente incapaz». Un modelo explicativo del artículo 16.3 CE”, en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 2008, pp. 123-124.

¹⁴⁸ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como principio...”, *op cit*, p. 62.

1. EL PRINCIPIO DE ACONFESIONALIDAD

La relación entre la Iglesia y el Estado ha sido históricamente uno de los elementos definidores del Estado. Pueden establecerse modelos de relación mutua –como serían los modelos de Iglesia de Estado o los de Estado confesional– o de separación.

El modelo de Iglesia de Estado es el que se da en los países protestantes, en los que la organización confesional se integra en la organización del Estado, por tanto, no existe separación alguna entre el Estado y la religión; incluso, el Jefe del Estado suele ser igualmente el máximo representante de la Iglesia¹⁴⁹.

Los modelos confesionales, en cambio, son aquellos que establecen una religión oficial pero que mantienen la separación entre la organización estatal y la religiosa. Es el caso de los países católicos, en los que cada una de las organizaciones permanece independiente de la otra, por lo que no se produce la confusión entre estructuras de la que hablábamos en el caso anterior, si bien la primera puede reservar esferas de poder a la segunda (pues el Estado tiene como uno de sus valores esa fe a la que se adscribe, concediéndole privilegios), o viceversa, el Estado puede asumir determinadas competencias en el nombramiento de algunos cargos eclesiásticos.

Los sistemas de separación entre la Iglesia y el Estado, por su parte, implican la mutua independencia, de manera que el Estado debe abstenerse de realizar una valoración sobre el hecho religioso, sea positiva o negativa, puesto que en cualquiera de los dos casos mostraría una toma de postura incompatible con dicho principio.

¹⁴⁹ PRIETO SANCHIS, Luís: “Religión y política. (A propósito del Estado laico)”, en *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005, pp. 120.

En el Estado de Derecho actual se considera que la separación es una consecuencia del reconocimiento del derecho fundamental a la libertad religiosa, pues

“si el Estado toma postura ante el hecho religioso (...) no es posible la plena libertad religiosa. A lo sumo, la tolerancia sustituye en tales casos a la libertad, ya que no se asegura la igualdad real y efectiva entre las diversas opciones en materia de conciencia y religión. La laicidad es, por así decirlo, la *consecuencia orgánica* de la libertad religiosa”¹⁵⁰

A la vez, dentro de los Estados en los que se ha optado por la separación (o neutralidad) entre Iglesia y Estado, podemos encontrar, al menos, dos modelos. Por un lado, una neutralidad estricta, distante o pasiva, en la que predomina el elemento de separación entre Estado y confesiones y una marcada indiferencia respecto a lo religioso. Por otro, la denominada neutralidad abierta, pluralista o activa, en la que, junto al respeto a la separación, existe una actitud activa del Estado que favorece el real ejercicio del derecho.

En nuestro ordenamiento se ha optado por este modelo de separación y a él se hace referencia cuando hablamos del principio de aconfesionalidad, también llamado neutralidad o laicidad positiva¹⁵¹. Viene recogido en el primer inciso del artículo 16.3 de la Constitución, al establecer: “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”.

Con carácter previo al estudio de este precepto, debemos destacar dos cuestiones: su ubicación y su redacción. En relación con la primera, llama la atención su localización en el Título dedicado a los

¹⁵⁰ BARRERO ORTEGA, Abraham: *op cit*, p. 249. Cursivas del autor.

¹⁵¹ A lo largo de este trabajo se utilizarán estos tres términos de forma indistinta, puesto que así lo ha hecho nuestro Tribunal Constitucional, que los ha entendido como sinónimos. En un inicio sólo hablaba de aconfesionalidad o neutralidad, pero a partir de la STC 46/2001 introdujo el término “laicidad positiva”, si bien el significado no se ha alterado.

derechos de los ciudadanos, a diferencia de su ubicación tradicional, el Título Preliminar, puesto que, como hemos dicho, era tratado como un elemento definitorio del modelo de Estado. De hecho, ésta fue su posición en el primer borrador de nuestro texto fundamental, que lo recogía en el artículo 3, en el que se establecía: “El Estado español no es confesional”¹⁵²; sin embargo, en el texto que se remitió al Congreso estaba ya recogido junto con la libertad religiosa¹⁵³. Consecuencia de esta ubicación, podemos decir que el principio de aconfesionalidad deja de ser parte del modelo de Estado para ser consecuencia del principio de libertad religiosa¹⁵⁴.

Igualmente, debemos llamar la atención sobre la redacción del primer inciso del artículo 16.3,

“generalmente se ha interpretado el precepto como la proclamación de la aconfesionalidad del Estado, si bien literalmente alude al fenómeno de la existencia de una Iglesia de Estado que, siendo habitual en la tradición protestante, nada tiene que ver ni con nuestra tradición histórica ni con el fenómeno, propiamente de nuestro país, de la confesionalidad católica del Estado”¹⁵⁵

¹⁵² VÁZQUEZ ALONSO considera que el hecho de que no se recoja en el Título Preliminar ha hecho que no se haga “una lectura correcta de su dimensión normativa” (*op cit*, p. 344).

¹⁵³ Aunque no conocemos con precisión el motivo de este cambio, parece ser que se debía a su similitud con la Constitución republicana de 1931, que hacía una proclamación similar también en su artículo 3. Algunos constituyentes manifestaron que era innecesaria esta proclamación, puesto que, si no se dice que tiene una confesión, será que no se tiene (entre otras, véase la enmienda núm. 35 del Congreso de los Diputados), a pesar de lo cual se optó por incluirlo para que no se suscitasen dudas al respecto (*DSCD*, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, p. 2481).

¹⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, Luís: “Principios constitucionales del Derecho eclesiástico español”, en IBÁN, Iván C.; PRIETO SANCHÍS, Luís; MOTILLA, Agustín: *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004, p. 40.

¹⁵⁵ MOTILLA, Agustín: *El concepto de confesión...*, *op cit*, p. 68.

Nuestra Constitución se refiere a un modelo de relaciones entre la Iglesia y el Estado sin antecedentes en nuestro ordenamiento, lo que puede resultar paradójico¹⁵⁶. Como señala VÁZQUEZ ALONSO,

“las exigencias de la elaboración consensual y los tabúes históricos, sin duda presentes en el debate constituyente del artículo 16.3, hicieron que la laicidad del Estado español se consagrara a través de un enunciado normativo desafortunado y que carece de sentido dentro de la realidad política, social e histórica del Estado español”¹⁵⁷

Así el constituyente optó por tomar el artículo 137.1 de la Constitución de Weimar, en la que sí encontraba fundamento en las características del país, puesto que en Alemania sí había existido tradicionalmente un modelo de Iglesia de Estado¹⁵⁸. A pesar de esto, no dudaban en afirmar que con este texto se establecía el carácter aconfesional o laico del Estado¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Ya hizo ver esta incoherencia el diputado MARTÍN TOVAL, que en su intervención en la Comisión apuntó: “Habla de que ninguna confesión tendrá carácter estatal, cuando quizá, lo que quiere decir, es que el Estado no será confesional” (*DSCD*, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, p. 2482). Nótese que la expresión inicialmente utilizada en el artículo 3 sí respondía a la tradición histórica española.

¹⁵⁷ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J.: *op cit*, p. 338. De hecho, en el Pleno del Congreso de los Diputados el diputado CISNEROS LABORDA sostuvo que se trataba de “buscar la expresión menos agresiva, menos hiriente, más lejana del traspié constitucional del 31, para expresar ese concepto” (*DSCD*, núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 3984).

¹⁵⁸ El senador OLLERO GÓMEZ hizo referencia a este antecedente y ya apuntó la incongruencia de la expresión con el tradicional modelo confesional español (*DSS*, núm. 43, de 24 de agosto de 1978, p. 1824). También el diputado HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN se refirió al significado literal del término, si bien para defenderlo: “Ninguna confesión tiene carácter estatal y con ello renunciamos (...) al modelo escandinavo, más propio de confesiones no católicas que de una entidad universal como es la Iglesia Católica, y abandonando el modelo escandinavo de confesión estatal, nos dirigimos a lo que es usual en numerosos Estados de la Europa occidental en que existe una amistosa separación y coordinación entre el Estado y las confesiones religiosas” (*DSCD*, núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 4001).

¹⁵⁹ Entre otros, véase *DSCD*, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, p. 2481; *DSCD*, núm. 106, de 7 de julio de 1978, pp. 3989 y 4001.

Como no podría ser de otra manera, también doctrina y jurisprudencia han interpretado que el artículo 16.3 establece el principio de aconfesionalidad del Estado. Así, el Tribunal Constitucional consideró:

“Los términos empleados por el inciso inicial del art. 16.3 C.E. no sólo expresan el carácter no confesional del Estado en atención al pluralismo de creencias existente en la sociedad española y la garantía de la libertad religiosa de todos, reconocidas en los apartados 1 y 2 de este precepto constitucional. Al determinar que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», cabe estimar que el constituyente ha querido expresar, además, que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica; pues (...) el art. 16.3 C.E. «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales»¹⁶⁰

Por otro lado, este principio se ha deducido de la propia proclamación de la libertad religiosa, como elemento esencial para la verdadera protección y disfrute de la misma, PORRAS RAMÍREZ sostiene que la “laicidad del Estado”

“no se muestra como un fin en sí mismo, sino como un *medio orientado a la defensa y promoción de la libertad religiosa*”¹⁶¹.

En esta misma línea, algunos autores han mantenido que la propia definición del Estado como democrático lleva implícita su definición como laico (o aconfesional), puesto que los principios de

¹⁶⁰ STC 340/1993, FJ 4. PRIETO SANCHÍS, Luís: “Religión y política...”, *op cit*, p. 121.

¹⁶¹ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como principio...”, *op cit*, p. 64. Cursivas del autor. En el mismo sentido, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad...”, *op cit*, p. 19; GARCÍA GÁRATE, Alfredo: “El largo y tortuoso camino hacia la laicidad (a propósito de la STC 177/1996, de 11 de noviembre), en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Granada, 13-16 de mayo de 1997*, Comares, Granada, 1998, p. 494.

libertad, igualdad y pluralismo impedirían que sus fines fuesen religiosos¹⁶². A nuestro juicio esta afirmación es excesivamente rotunda, puesto que actualmente hay Estados que no se definen como laicos ni aconfesionales y de los que, sin embargo, no se duda su carácter democrático, como es el caso de los estados escandinavos o de Gran Bretaña¹⁶³.

Queda por saber qué contenido se le da a este principio, que según RODRÍGUEZ DE SANTIAGO “hace del Estado un sujeto «religiosamente incapaz»”¹⁶⁴. SUÁREZ PERTIERRA señala que los elementos que componen el principio de aconfesionalidad en nuestro ordenamiento son: separación, neutralidad y laicidad positiva¹⁶⁵.

La separación conlleva la independencia entre Estado y religión, así como la no confusión ni de funciones –cada uno mantiene su esfera de actuación diferenciada de la del otro– ni de sujetos, pues, en palabras del Tribunal Constitucional

“el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso”¹⁶⁶

Asimismo la separación implica la no equiparación de las entidades eclesiásticas con las entidades públicas¹⁶⁷.

¹⁶² BARRERO ORTEGA, Abraham: *op cit*, pp. 256-257. Así mismo, PORRAS RAMÍREZ, José María: *Libertad religiosa, laicidad...*, *op cit*, p. 133.

¹⁶³ Así lo entendía también el diputado FRAGA IRIBARNE (*DSCD*, núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 3978), si bien renuncia a ello.

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *op cit*, p. 117.

¹⁶⁵ SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo: “La laicidad en la Constitución española”, en *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005, pp. 171 y siguientes.

¹⁶⁶ STC 24/1982, FJ 1.

¹⁶⁷ Este principio propició que la STC 340/1993 declarase la inconstitucionalidad sobrevenida de un artículo de la Ley de Arrendamientos Urbanos que establecía un

Por su parte, la neutralidad del Estado respecto a los principios y valores religiosos implica que éste no podrá asumir como valores sociales propios los defendidos por alguna de las confesiones¹⁶⁸. Esto no supone que no puedan coincidir en algunos de sus fines, lo importante serán las causas que hagan que el Estado los defienda, es decir, serán válidos siempre que se entiendan como un valor social y no por ser un valor perseguido por una confesión concreta. VÁZQUEZ ALONSO señala:

“En un país tradicionalmente católico como España, la menor o mayor adecuación o proximidad de la legislación estatal a los postulados morales de la religión católica en determinadas materias que puedan ser especialmente conflictivas desde el punto de vista moral, no puede ser considerada exponente de una mayor o menor laicidad del Estado, sino, en todo caso, de una mayor o menor secularización de la sociedad”¹⁶⁹

En este mismo sentido, las confesiones tampoco podrán exigir al Estado que reconozca como propios determinados principios expresivos de su visión religiosa¹⁷⁰. Ello no impide que traten de ofrecer un influjo social, especialmente aquéllas que tengan mayor peso en la sociedad, pero deberán hacerlo como otros grupos de presión, no defendiendo sus ideas desde su significado religioso, sino tratando de mostrar la voluntad social que anida en ellas. Así, el Tribunal Constitucional consideró que este principio impide

régimen específico para los entes públicos y la Iglesia Católica, considerando contrario al artículo 16.3 la inclusión de esta última.

¹⁶⁸ PORRAS RAMÍREZ, José María: *Libertad religiosa, laicidad...*, *op cit*, p. 130; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *op cit*, p. 125. GARCIMARTÍN MONTERO califica la neutralidad como el “aspecto negativo”, en cuanto abstención, de la laicidad (“La laicidad en las cortes constituyentes de 1978”, en *Ius Canonicum*, núm. 72, vol. XXXVI, 1996, p. 588).

¹⁶⁹ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J.: *op cit*, p. 404.

¹⁷⁰ PORRAS RAMÍREZ, José María: *Libertad religiosa, laicidad...*, *op cit*, p. 130.

“que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos”¹⁷¹

De la neutralidad se deriva igualmente la autonomía de los grupos religiosos respecto al Estado, que se recoge expresamente en el artículo 6.1 LOLR, y que impide que éste intervenga en los asuntos propios de las confesiones¹⁷².

Ahora bien, esta separación no conlleva hostilidad ni persecución de las religiones, ello supondría que el Estado dejase de ser neutral, pues la persecución muestra una actitud frente al fenómeno religioso. Por otra parte, tal actitud contravendría el mandato constitucional contenido en el segundo inciso del artículo 16.3 CE, que analizaremos más adelante, cuando declara que “los poderes públicos *tendrán en cuenta* las creencias religiosas de la sociedad española”¹⁷³. Este inciso del texto constitucional y la vertiente prestacional del derecho a la libertad religiosa¹⁷⁴ añaden el aspecto de laicidad positiva, vetando la posibilidad de indiferencia de los poderes públicos hacia el sentimiento religioso.

Por tanto, podemos concluir que la neutralidad en nuestro ordenamiento se concibe como abierta, pues no supone una mera abstención del Estado, una separación “radical”, sino que el Estado debe tener una actitud positiva, facilitando el ejercicio de la libertad religiosa y teniendo en cuenta que, en nuestro ordenamiento, las confesiones no son una asociación de régimen común. Ahora bien, el interés no se centra en el hecho religioso en sí, en el dogma, sino en lo

¹⁷¹ STC 24/1982, FJ 1.

¹⁷² LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad...”, *op cit*, p. 60.

¹⁷³ Las cursivas son nuestras.

¹⁷⁴ Véase el epígrafe II.3 de este capítulo.

que incumbe al ejercicio del derecho, debiendo respetar los contenidos detallados de la separación y la neutralidad.

El concepto de “laicidad positiva” ha despertado críticas¹⁷⁵, debido a que algunos autores consideran que la acción que viene realizando el Estado está provocando una vulneración del principio de laicidad por ir más allá de una mera constatación de las garantías, favoreciendo en exceso a las confesiones¹⁷⁶. De esta opinión es PORRAS RAMÍREZ:

“Resulta, pues, conveniente trazar una ajustada *crítica de la paradójica noción*, hoy en boga, de «*laicidad positiva*», a fin de que no se convierta la misma en una nueva y subrepticia fuente de privilegios y, consiguientemente, de discriminaciones, que traicionen o desmientan la intencionalidad que anima, rectamente entendido, al principio de libertad religiosa en el Estado social y democrático de derecho”¹⁷⁷.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El principio de igualdad y no discriminación¹⁷⁸ está recogido, con carácter general, en el artículo 14 de la Constitución. En él podemos distinguir dos vertientes, una formal y otra material. La dimensión formal fue la reivindicación inicial, surgida de las revoluciones liberales

¹⁷⁵ VÁZQUEZ ALONSO critica el término al entender que “puede hablarse de una vertiente positiva del modelo constitucional de relación entre el Estado y las confesiones, pero no de una vertiente positiva del principio de laicidad, un principio cuya naturaleza es esencialmente limitadora” (*op cit*, p. 363).

¹⁷⁶ ROCA, M^a. José: “«Teoría» y «práctica» del principio de laicidad del Estado. Acerca de su contenido y su función jurídica”, en *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005, p. 252.

¹⁷⁷ PORRAS RAMÍREZ, José María: *Libertad religiosa, laicidad...*, *op cit*, pp. 126-127. Cursivas del autor. En sentido similar, RUIZ MIGUEL considera que la laicidad positiva provoca la confusión entre Estado y religión (“Para una interpretación laica de la Constitución”, en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 2008, p. 160).

¹⁷⁸ La mayoría de los autores se refieren al principio de igualdad, sin embargo, nos parece preferible utilizar el término de “no discriminación”.

frente a la fragmentación del ordenamiento jurídico propio del Antiguo Régimen, de modo que todos los ciudadanos, independientemente de su posición social, estuviesen sujetos a un mismo ordenamiento. Este concepto de igualdad fue evolucionando hasta que, con el Estado social, aparece el concepto de igualdad material, mediante el cual se busca que los poderes públicos procuren la igualdad “real y efectiva”, otorgando tratamiento diferente a las situaciones que se consideran distintas, si bien esta diferenciación deberá de ser debidamente justificada, pues no deja de ser una excepción al principio de igualdad ante la ley.

Con esta nueva perspectiva, algunos autores mantienen que

“El art. 14 CE puede ser visto como una prohibición constitucional de discriminación, esto es, de desigualdad de trato injustificada”¹⁷⁹

Es decir, no toda diferenciación de trato será contraria al principio de igualdad, sino sólo aquella que se califique de discriminatoria.

En materia religiosa este principio posee una especial relevancia, identificándose de modo autónomo como “principio de igualdad religiosa”¹⁸⁰. A él se refiere el artículo 1.2 LOLR, al establecer:

“Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas”

Como ha quedado implícito, los sujetos titulares de esta igualdad son tanto los individuos como las confesiones. Respecto a los

¹⁷⁹ Díez-PICAZO, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, [3ª ed.], Civitas, Madrid, 2008, p. 198.

¹⁸⁰ A este principio de igualdad en materia religiosa como uno de los definidores de la relación entre el Estado y las confesiones religiosas se hace referencia en la STC 24/1982, FJ 1.

individuos, su reconocimiento no plantea discusión: todos serán iguales titulares del derecho a la libertad religiosa¹⁸¹. Sin embargo, en relación con las confesiones, alguna doctrina considera que no ostentarían tal titularidad, por un lado, por considerar que el artículo 14 CE al referirse a “los españoles” impediría la inclusión de sujetos colectivos, por otro, por entender que la diversidad existente entre las propias confesiones lo impediría¹⁸². No obstante, la doctrina mayoritaria sostiene que ambos son sujetos de este derecho, pues

“la protección individual sólo es verdaderamente adecuada si se protegen los grupos sociales a través de los cuales el individuo desarrolla su personalidad”¹⁸³

Si fuese posible una aplicación desigual injustificada entre las confesiones se estaría realizando una discriminación indirecta de los individuos que profesasen esas creencias. Obviamente, donde no es de aplicación este principio de igualdad es en las relaciones internas de los grupos religiosos, puesto que sería contrario a su autonomía¹⁸⁴.

El artículo 14 de la Constitución establece:

“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”

La religión es pues una de las denominadas “categorías sospechosas”. El Tribunal Constitucional, al analizar situaciones en las que se ha producido una diferencia de trato, diferencia los supuestos en los que no se ve implicada ninguna de las categorías expresamente

¹⁸¹ VILADRICH, Pedro-Juan; FERRER ORTIZ, Javier: *op cit*, p. 100.

¹⁸² BARRERO ORTEGA, Abraham: *op cit*, p. 158.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ FERRARI, Silvio: “Los problemas...”, *op cit*, pp. 16-17.

previstas en el artículo 14 CE, en las que limita su estudio a un test de razonabilidad, de aquellos en los que sí se ha visto implicada una de estas categorías, siendo mucho más exigente en estos casos.

Ahora bien, esto no supone una imposibilidad absoluta de establecer diferencias normativas basadas en la religión, sino que

“lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos”¹⁸⁵

Es decir, en el caso de las categorías expresamente prohibidas no sólo se realizará un juicio de razonabilidad, sino también de proporcionalidad¹⁸⁶.

Siguiendo este criterio, el desarrollo que del segundo inciso del artículo 16.3 CE realiza la LOLR en sus artículos 6 y 7, diferenciando entre confesiones con acuerdos (entre las que destaca el realizado con la Iglesia católica), confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas y confesiones no inscritas (que se rigen por el derecho de asociaciones), y a las que atribuye distintos derechos, no es contrario al principio de no discriminación, puesto que la situación de las confesiones con fuerte presencia social en España y de las que apenas tienen adeptos en nuestro país sería la situación diferencial que justificaría el desigual tratamiento¹⁸⁷.

¹⁸⁵ STC 110/1993, FJ 4.

¹⁸⁶ Díez-PICAZO, Luís María: *Sistema de derechos fundamentales*, *op cit*, pp. 205 y 207.

¹⁸⁷ PRIETO SANCHÍS, Luís: “Principios constitucionales...”, *op cit*, p. 33.

Por tanto, para asegurar el cumplimiento de este principio no deberemos de comprobar una igualdad entre todas las confesiones, sino que deberá analizarse entre los mismos tipos de confesión y prestar especial atención a que las diferencias que se establezcan entre los diversos tipos respondan a criterios objetivos y proporcionales.

“La igualdad en la libertad religiosa se verificará, por una parte, entre las entidades de la misma categoría jurídica y, por otra, que la igualdad esencial o fundamental deberá observarse entre todas las entidades, debiendo atribuirse las diferencias a la distinta naturaleza o especificidad de cada una de ellas”¹⁸⁸

En cualquier caso, el trato diferenciado no podrá suponer que existan distintos tipos de contenidos y de titulares del derecho a la libertad religiosa.

En relación con los distintos estatutos jurídicos de las confesiones, VILLA ROBLEDO mantiene que

“la aplicación del artículo 7 LOLR ha vulnerado el principio de no discriminación, no porque haya dado lugar a estatutos jurídicos diferentes entre las confesiones religiosas, sino por la forma en que ha sido interpretado y por la enorme discrecionalidad presente en el proceso de firma de acuerdos, que ha imposibilitado el acceso al sistema de acuerdos a determinadas confesiones”¹⁸⁹

¹⁸⁸ BARRERO ORTEGA, Abraham: *op cit*, p. 158.

¹⁸⁹ VILLA ROBLEDO, M^a José: “Acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas”, en ÁLVAREZ CORTINA, Andrés Corsino; RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio. (Comentarios a su articulado)*, Comares, Granada, 2006, p. 231.

Es decir, que si bien no sería discriminatorio el sistema establecido por la ley, sí lo sería el desarrollo que se ha realizado del mismo, y que analizaremos en el próximo apartado¹⁹⁰.

3. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN

En el segundo inciso del artículo 16.3 la Constitución proclama el último de los principios en esta materia: el principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas¹⁹¹, con el que se subraya la intención del constituyente de que la aconfesionalidad no conlleve indiferencia hacia el hecho religioso.

“Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”

Por “cooperación” no debe entenderse el sentido literal del término que supondría “obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin”¹⁹², sino que, en este ámbito

“queda como característica de estas relaciones el mutuo entendimiento o común acuerdo entre el Estado y las confesiones a la hora de decidir la aportación que el primero pueda ofrecer a la actividad de éstas. La cooperación Estado-Iglesias es, en este sentido, *unidireccional*”¹⁹³

Es decir, es el Estado el que coopera con las confesiones y no viceversa. Los poderes públicos realizarán actos que supongan esta

¹⁹⁰ IBÁN considera que los problemas más importantes en relación con la libertad religiosa son “los que derivan de la ausencia de igualdad” (“Propuesta de conclusión”, *op cit*, p. 141).

¹⁹¹ En el primer borrador de la Constitución no se preveía dicho principio.

¹⁹² Definición de la Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed.

¹⁹³ BARRERO ORTEGA, Abraham: *op cit*, p. 304. Cursivas del autor.

cooperación, pero sin esperar ninguna actitud de contraprestación por parte de los sujetos que se vean beneficiados por ella.

PORRAS RAMÍREZ mantiene que pueden diferenciarse tres tipos de contenido en la cooperación: uno obligatorio, que sería el que necesariamente debe ser objeto de desarrollo por el Estado para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho, otro posible, que se correspondería con el que podría desarrollarse pero que va más allá de la garantía estricta del derecho, y finalmente uno indebido, que sería el que su contenido conllevaría la vulneración de otros principios constitucionales¹⁹⁴. Obviamente, este último contenido no tendrá cabida en el ordenamiento, por lo que debemos excluir la posibilidad de que la cooperación contenga actuaciones o mandatos de tal tipo.

Respecto al primer contenido, la *cooperación obligatoria*, muchos autores la consideran parte del principio de cooperación del artículo 16.3, incluso LLAMAZARES va más allá considerando que ésta es la única prevista por la Constitución:

“El artículo 16.3 en su segundo inciso se refiere únicamente a la cooperación obligada en las circunstancias del artículo 9.2, de ahí las expresiones imperativas del texto. El texto constitucional no alude, al menos expresamente, a ningún otro tipo de cooperación no prestacional ni asistencial, aunque tampoco la prohíbe”¹⁹⁵

Sin embargo, creemos que esto no es así, pues si dicha cooperación tiene como fin que el derecho sea efectivo, éste viene impuesto por la vertiente prestacional, pues aunque no se hubiese previsto por la Constitución esta cooperación, el Estado estaría obligado a garantizar la existencia efectiva del derecho a la libertad religiosa. Por

¹⁹⁴ PORRAS RAMÍREZ, José María: *Libertad religiosa, laicidad...*, *op cit*, pp. 192-193.

¹⁹⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad...”, *op cit*, p. 62.

otro lado, la efectividad del derecho no puede hacerse depender de que se pertenezca a una confesión socialmente significativa.

Así pues, sólo las acciones que se encuadren en lo que PORRAS RAMÍREZ denomina “cooperación posible” serán desarrollo del principio de cooperación, pues la Constitución lo establece como “deferencia” a las confesiones con mayor peso en nuestro país. Con este principio se va más allá de la obligación general que tienen los poderes públicos de promocionar los derechos fundamentales.

La doctrina ha mantenido que no se puede considerar que este principio alcance el mismo rango que los otros principios ya enunciados, y ello por dos motivos¹⁹⁶. El primero se deriva de que las relaciones de cooperación están subordinadas a los otros principios, es decir, si una norma dictada en virtud del principio de cooperación fuese contraria al principio de aconfesionalidad del Estado o al de igualdad, deberá de ceder ante éstos¹⁹⁷.

Con relación al principio de aconfesionalidad, se considera que éste se ve vulnerado cuando, a través de la cooperación, el Estado pierde la neutralidad que debe caracterizarlo, lo que, como ya vimos, sucederá si asume la defensa de valores de una confesión por su contenido religioso, se produce una confusión institucional o deja de existir la mutua independencia que debe haber entre el Estado y las confesiones religiosas. En palabras de RUIZ MIGUEL, cuando

¹⁹⁶ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como principio...”, *op cit*, p. 100.

¹⁹⁷ Cómo se realice la interpretación de en qué momento entran en contradicción o no los principios y la flexibilidad con que se entiendan para evitar una declaración de incompatibilidad es algo que queda al margen, pero en aquellos casos en los que se aprecie la incompatibilidad la norma será inaplicada.

“rebas[e] el límite de la facilitación hasta llegar a la incentivación o promoción de actividades estrictamente religiosas”¹⁹⁸

Respecto al principio de igualdad y no discriminación, lo que deberá de garantizarse es que los requisitos que se establezcan para poder acceder a esa cooperación sean objetivos y razonables, de manera que todas las confesiones tengan la posibilidad, *a priori*, de entablar dichas relaciones con el Estado. Obviamente, entre estos requisitos podrán encontrarse las creencias de la sociedad y las especificidades de cada una de las confesiones.

Es decir, si la decisión de cooperar con unas y no con otras se basa en elementos objetivos apreciables (como la mayor implantación en España) no se estará en presencia de una discriminación y por tanto no habrá contradicción entre ambos principios¹⁹⁹.

Por otro lado, el contenido de la cooperación tampoco debe ser necesariamente uniforme, pues del propio precepto constitucional parece deducirse que la cooperación debe llevarse a cabo con cada confesión de modo proporcional y según sus concretas necesidades²⁰⁰.

Ahora bien, a pesar de esta teórica subordinación, lo cierto es que, como subraya PRIETO SANCHÍS, en la práctica

“en estos últimos veinticinco años parece haber triunfado más bien el principio de cooperación y, con él, el diseño de un régimen jurídico diferenciado en favor de las respuestas fideistas al interrogante religioso y, dentro de ellas, en favor de algunas respuestas antes que de otras”²⁰¹

¹⁹⁸ RUIZ MIGUEL, Alfonso: *op cit*, p. 172.

¹⁹⁹ BARRERO ORTEGA, Abraham: *op cit*, pp. 306-311.

²⁰⁰ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como principio...”, *op cit*, p. 101.

²⁰¹ PRIETO SANCHÍS, Luís: “Religión y política...”, *op cit*, p. 124.

Así, el principio de cooperación ha sido el que ha tenido un mayor desarrollo y en el que se ha centrado el legislador, lo que ha provocado que algunos autores aboguen por una relectura del artículo 16 CE²⁰².

El segundo motivo de este diverso rango del principio de cooperación se infiere de la necesidad de un desarrollo para su efectividad, pues su contenido no está explicitado en el texto constitucional. Por tanto, no da lugar a derechos subjetivos, como sí pueden darlo los otros principios, que pueden ser directamente invocados.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha destacado que el segundo inciso del artículo 16.3

“regula un deber de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y demás confesiones y no un derecho fundamental de los ciudadanos del que sea titular el actor”²⁰³

Es decir, el último inciso del artículo 16 recoge un mandato al Estado, y no un derecho fundamental.

El alcance real de esta cooperación depende en gran medida del desarrollo que se haga de este principio, pues la Constitución se limita a promulgarlo, pero no establece cómo hacerlo efectivo ni las confesiones que podrán ser beneficiarias. Por tanto, el ámbito de vigencia, su contenido y los beneficiarios de esta previsión constitucional serán una decisión del legislador.

Antes de entrar a analizar cómo se ha desarrollado la cooperación, debemos hacer una referencia previa a la previsión

²⁰² POLO SABAU, José Ramón: “En torno a la naturaleza...”, *op cit*, p. 162.

²⁰³ STC 93/1983, FJ 5.

explícita que hace la Constitución: la Iglesia Católica²⁰⁴. La doctrina difiere en el sentido que deba darse a esta previsión expresa. Así, DÍEZ-PICAZO mantiene que conlleva una prevalencia de la Iglesia Católica frente a otras confesiones,

“el mandato constitucional de cooperación es directo e incondicionado cuando se trata de la Iglesia Católica; es indirecto y condicionado, en cambio, cuando se trata de las demás confesiones”²⁰⁵

Otros autores, en cambio, restan importancia a tal previsión, considerando que tiene como función ejemplificar la cooperación que puede llevar a cabo el Estado:

“Dicho inciso ha de interpretarse como un ejemplo *constitucional* de trato específico, en atención a la enorme extensión sociológica, tradición y arraigo históricos, y complejidad orgánica y jurídica de la Iglesia Católica en comparación con las demás confesiones religiosas”²⁰⁶

Desde nuestro punto de vista, una interpretación acorde con los principios de aconfesionalidad e igualdad induce a pensar que la mención que la Constitución hace de la Iglesia Católica es a título ejemplificativo y que de la misma no puede deducirse una obligación del Estado, pues estaría subordinada a que, efectivamente, sea una “creencia religiosa de la sociedad española”, lo que implica que en el caso, obviamente hipotético, de que dejase de haber católicos en España la cooperación no estaría justificada, a pesar de la mención expresa en el texto constitucional.

²⁰⁴ Esta mención explícita se incluyó con posterioridad al deber de cooperación y supuso la pérdida de consenso de los grupos parlamentarios, ya que encontró una fuerte oposición del grupo socialista en el Congreso y en el Senado.

²⁰⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, *op cit*, p. 257.

²⁰⁶ VILADRICH, Pedro-Juan; FERRER ORTIZ, Javier: *op cit*, p. 141. Cursivas de los autores.

En cualquier caso, la mención expresa a la Iglesia Católica debe conjugarse con los principios de aconfesionalidad e igualdad, por lo que no podrá inferirse de la misma un trato privilegiado que resulte discriminatorio para las demás confesiones²⁰⁷.

Las vías mediante las cuales el Estado puede desarrollar la cooperación son diversas, puesto que, como hemos adelantado, la Constitución no establece nada al respecto. Sin duda, el mecanismo más relevante es el de los acuerdos con las confesiones, pero no es el único, por ejemplo, la LOLR prevé en su artículo 8 la creación de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, mecanismo de cooperación institucional:

“Se crea en el Ministerio de Justicia una Comisión asesora de Libertad Religiosa compuesta de forma paritaria y con carácter estable por representantes de la Administración del Estado, de las Iglesias, confesiones o comunidades religiosas o federaciones de las mismas, en las que, en todo caso, estarán las que tengan arraigo notorio en España, y por personas de reconocida competencia cuyo asesoramiento se considere de interés en las materias relacionadas con la presente Ley. En el seno de esta Comisión podrá existir una comisión permanente, que tendrá también composición paritaria. A dicha Comisión corresponderán las funciones de estudio, informe y propuesta de todas las cuestiones relativas a la aplicación de esta Ley, y particularmente, y con carácter preceptivo, en la preparación y dictamen de los acuerdos o convenios de cooperación a que se refiere el artículo anterior”²⁰⁸

Esta Comisión está formada por veintisiete miembros. Nueve de ellos representan a las confesiones, entre ellas las que tengan “notorio

²⁰⁷ HERA, Alberto de la: “Los problemas de la libertad religiosa: el modelo español”, en ALENDA SALINAS [et al.]: *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, vol. I, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, p. 164; PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como principio...”, *op cit*, p. 69.

²⁰⁸ Esta Comisión se regula en el RD 1159/2001.

arraigo”; otros nueve serán personas de reconocida competencia en la materia, elegidos por el Consejo de Ministros; ocho pertenecerán a la Administración del Estado, de sectores vinculados con asuntos religiosos, y por último un presidente, que será el Subdirector General de Relaciones con las Confesiones del Ministerio de Justicia²⁰⁹. El mandato es por cuatro años y su función principal es la de asesorar a la Administración central en el desarrollo de la LOLR y los acuerdos de cooperación.

Respecto a los acuerdos suscritos por el Estado español con las confesiones, debemos diferenciar los de la Iglesia Católica, firmados

²⁰⁹ Actualmente esta Comisión está formada por: D. Ricardo García García (Subdirector General de Relaciones con las Confesiones, Presidente); D^a. M^a del Carmen Nieto Muñoz-Casillas (Consejera Técnica de la Subdirección General de Relaciones con las Confesiones, Secretaria); vocales representantes de la Administración: D. Pablo Hispán Iglesias de Ussel (Director del Departamento de Educación y Cultura de la Presidencia de Gobierno), D. Antonio Afonso Rodríguez (Teniente Coronel, Vocal Asesor del Subsecretario del Ministerio de Defensa), D. David Mellado Ramírez (Secretario General Técnico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), D. Raúl Sandoval López (Asesor del Ministro de Interior), D^a. Esther Castilla Delgado (Subdirectora General de Cooperación Territorial del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte), D. Aurelio Miras Portugal (Director General de Migraciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social), D. Javier Soria Quintana (Vocal Asesor del Gabinete de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia), D. Ignacio Solá Barleycorn (Subdirector General para la Igualdad de Trato y la No Discriminación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad); vocales representantes de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas o sus Federaciones: por la Iglesia Católica, D. Francisco César García Magán, D. Joaquín Mantecón Sancho, D. Fernando Lozano Pérez y D. Silverio Nieto Núñez, por la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España D. Mariano Blázquez Burgo y D^a. Silvia Grau Beltrán, por la Comisión Islámica de España D. Riay Tatary Bakry, D. Mounir Benjelloun Andaloussi Azhari, por la Federación de Comunidades Israelitas de España D. Isaac Querub Caro; Vocales de reconocida competencia en materia de libertad religiosa: D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, D^a. María Luisa Jordán Villacampa, D. Javier Martínez Torrón, D^a. Ana Fernández-Coronado González, D. José M^a Contreras Mazario, D. Joan Estruch i Gibert, D. Bernabé López García (todos ellos catedráticos de diversas ramas), Don Francisco José Ruiz de Mendoza Ibañez (Presidente de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días en el Distrito de Bilbao) y D. Dimitris Tsiamparlis (Arcipreste de la Iglesia Ortodoxa Griega en Madrid).

antes de aprobarse el mecanismo previsto en la LOLR, y los acuerdos con otras confesiones.

En relación con los primeros, el Estado español firmó con la Santa Sede cuatro acuerdos por los que se regula la relación entre España y la Iglesia católica: el Acuerdo sobre Asuntos Económicos; sobre Enseñanza y Asuntos Culturales; sobre Asuntos Jurídicos; y sobre asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y Servicio militar de clérigos y religiosos. Todos ellos se firmaron el 3 de enero de 1979²¹⁰.

Dado que la Constitución se aprobó el 27 de diciembre de 1978, podemos decir que tales acuerdos son sólo formalmente postconstitucionales, pues su discusión y preparación debió hacerse, necesariamente, con anterioridad a la vigencia del texto constitucional²¹¹. La personalidad jurídica internacional reconocida a la Santa Sede supone que todos estos acuerdos sean tratados internacionales, firmados entre el Estado español y la Santa Sede, con lo que quedarán sujetos a lo establecido en el artículo 96 de la Constitución

“1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

²¹⁰ A estos habría que añadir el Acuerdo de 28 de julio de 1976, que establecía el mecanismo de sustitución del Concordato de 1953.

²¹¹ De hecho, el diputado de Alianza Popular, Manuel FRAGA IRIBARNE, hace referencia a la preparación de estos acuerdos en uno de los debates constituyentes, señalando que son “estrictamente necesarios para que este texto que vamos a aprobar (la Constitución) no sea contrario a un acuerdo internacional” (*DSCD*, núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 3978).

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”

En lo que a nosotros nos interesa, lo fundamental es hacer hincapié en que las materias que recogen no podrán ser modificadas por ninguna ley. Ahora bien, ello no supone que puedan contradecir el texto constitucional, pues los tratados internacionales, como el resto del ordenamiento jurídico, están sometidos a la Constitución, y no podrán aplicarse en nuestro país si la contradicen, independientemente de las posibles responsabilidades en que se pudiese incurrir en la esfera internacional.

Los acuerdos con otras confesiones se rigen por el mecanismo previsto en el artículo 7 LOLR:

“1. El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, acuerdos o convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro 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.

2. En los acuerdos o convenios, y respetando siempre el principio de igualdad, se podrá extender a dichas Iglesias, Confesiones o Comunidades los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las Entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico”

En el primer apartado se establecen las confesiones que pueden optar a esta cooperación y cómo se llevará a cabo. En relación con la primera cuestión, serán aquellas que, figurando inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, alcancen un “notorio arraigo en España”. Ante la indeterminación del término, fue necesaria la intervención de la Comisión Asesora, que estableció que para su concurrencia debían

cumplirse los siguientes aspectos: a) suficiente número de miembros; b) organización jurídica adecuada (con un interlocutor único); c) arraigo histórico en España, legal o clandestino; d) importancia de las actividades sociales desarrolladas; e) extensión de su ámbito territorial; f) institucionalización de sus ministros de culto. En relación con estos criterios VÁZQUEZ ALONSO ha mantenido que

“esta deferencia al elemento histórico-cuantitativo como criterio modulador del compromiso positivo que adquiere el Estado con el derecho a la libertad religiosa de los individuos y las comunidades, compromete gravemente la igualdad en el tratamiento de la libertad religiosa de los ciudadanos y, con ello, hace imposible una verdadera neutralidad estatal en este ámbito”²¹²

Igualmente, consideramos que el requisito de la institucionalización de los Ministros de culto supone una intromisión del Estado en la autonomía de las confesiones, al exigírseles un determinado modelo de organización o estructura.

Así, este concepto ha sido fuertemente criticado por algún sector doctrinal, como TORRES GUTIÉRREZ que señala:

“El concepto de *notorio arraigo* ha tenido una serie de consecuencias que sólo con benevolencia pueden ser calificadas como *nefastas*. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que introduce un enorme riesgo de discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la Administración, y que incluso puede llegar a consolidar un modelo de Estado *pluriconfesional* por la vía de los hechos”²¹³

Y es que, efectivamente, el concepto indeterminado de “arraigo” ha dado lugar a situaciones algo paradójicas y que encuentran su

²¹² VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J.: *op cit*, pp. 486-487.

²¹³ TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro: “El desarrollo postconstitucional del derecho fundamental de libertad religiosa en España”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 120, 2003, pp. 248-249. *Cursivas del autor*.

origen en esta indeterminación que ha permitido considerar que cumplen esta condición algunas confesiones y otras en cambio, aparentemente similares, han quedado excluidas de este sistema de acuerdos²¹⁴.

Por otro lado, puesto que la ley dispone que el Estado lo hará “en su caso”, el cumplimiento de los requisitos de inscripción y arraigo no conlleva necesariamente la firma de un acuerdo, de manera que se ha concedido la consideración de “notorio arraigo” a confesiones que no tienen acuerdo²¹⁵.

Respecto a cómo se llevará a cabo, la LOLR es clara: se realizará un acuerdo entre la confesión y el Estado y posteriormente ese acuerdo se aprobará mediante una ley de las Cortes Generales.

Según ÁLVAREZ-MANZANEDA, a pesar de que los acuerdos se aprueben mediante ley, no pueden ser modificados de manera unilateral por el Estado, tampoco por las Cortes Generales, que verían limitada su capacidad legislativa, primero en la aprobación de la ley, puesto que no podrían modificar el acuerdo, sino simplemente limitarse a su aprobación o no, ni tampoco podrían modificarlo o derogarlo mediante una ley posterior²¹⁶.

²¹⁴ Así, TORRES GUTIÉRREZ llama la atención sobre el hecho de que se haya considerado que la Iglesia Ortodoxa cumple con este requisito, al haberse incluido entre los evangélicos, y en cambio a los Testigos de Jehová se les haya negado esta consideración, a pesar de que muchos expertos hayan sostenido que sí debería de reconocérseles este *notorio arraigo* en España (TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro: *op cit*, p.-249).

²¹⁵ En esta situación están la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (a quien se le reconoció en 2003), los Testigos Cristianos de Jehová (2006), la Federación de Entidades Budistas de España (2007) y la Iglesia Ortodoxa (2010).

²¹⁶ ÁLVAREZ-MANZANEDA ROLDÁN, María Concepción: “Las fuentes derivadas”, en PORRAS RAMÍREZ, José María (coord.), *Derecho y factor religioso*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 133.

Por esta vía se han suscrito hasta el momento tres acuerdos, con judíos, islámicos y evangélicos. El resultado es bien distinto al que acabamos de explicar en relación con la Iglesia Católica.

En este caso la cooperación sí se realizó según lo establecido en la LOLR y lo primero que llama la atención es que, a pesar de la diversidad existente en el seno de tales comunidades, sin una organización jerárquica que las aglutine, se realizara un único acuerdo con cada confesión. Esto fue así porque el Estado exigió, para negociar los acuerdos, que las distintas tendencias de cada una de estas religiones se agruparan, existiendo así un interlocutor único²¹⁷. Así, se constituyeron la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España²¹⁸, la Federación de Comunidades Israelitas de España²¹⁹ y la Comisión Islámica de España²²⁰.

Estos tres acuerdos, a pesar de ser formalmente distintos, lo cierto es que, al acudir a su texto, puede verse que son idénticos, lo que

²¹⁷ ÁLVAREZ-MANZANEDA ROLDÁN, María Concepción: *op cit*, p. 131. DE LA HERA sostiene que esta unión se debió a que determinar qué confesiones tenían “notorio arraigo” era una labor difícil y por eso se optó por reconocer esa cualidad a las “grandes familias religiosas”: la cristiana, la musulmana y la judía (*op cit*, p. 162).

²¹⁸ En la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, en la que se integran, entre otras, la Asamblea Cristiana, la Asambleas de Dios de España, la Asambleas de Hermanos, la Iglesia Española Reformada Episcopal (IERE), la Federación Anglicana, las Iglesias Apostólicas y Pentecostales de España, las Iglesias Evangélicas Independientes de España, las Iglesias Evangélicas Pentecostales de España, la Iglesia Cuerpo de Cristo, la Iglesia Evangélica Española, la Iglesia Evangélica de Filadelfia, la Iglesia del Evangelio Cuadrangular, las Iglesias “Buenas Noticias”, las Iglesias de Cristo, las Iglesias de la Biblia Abierta, los Menonitas y Hermanos en Cristo, la Unión Evangélica Bautista Española (UEBE) o la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día (UICASDE). Pero también son miembros de esta Federación, aunque sólo a los efectos de aplicación del Acuerdos, dos iglesias no evangélicas, la Iglesia Ortodoxa y la Iglesia Nueva Apostólica.

²¹⁹ La Federación de Comunidades Israelitas de España, que cambió su nombre en 2004 por el de Federación de Comunidades Judías de España, aglutina a la inmensa mayoría de las comunidades y organizaciones de esta confesión.

²²⁰ La Comisión Islámica de España se constituyó conjuntamente por la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE) y la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI).

hace pensar que la capacidad negociadora de estas confesiones se veía muy limitada. Como señalan SOUTO PAZ y SOUTO GALVÁN:

“Parecen conferir a estos Acuerdos más el carácter de una carta otorgada por el Estado que el de un Acuerdo bilateral con negociación previa de las materias y de las singularidades propias de cada confesión”²²¹

Muestra de esta “negociación” paralela es que su resultado se aprobó mediante tres leyes consecutivas, aprobadas el 10 de noviembre de 1992 y publicadas el 12 de noviembre²²².

²²¹ SOUTO PAZ, Antonio; SOUTO GALVÁN, Clara: *op cit*, p. 260.

²²² Ley 24/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; Ley 25/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España; Ley 26/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (publicadas en *(BOE*, núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).

CAPÍTULO II: LOS DERECHOS DEL ÁMBITO EDUCATIVO

La Constitución española de 1978 se refiere a la educación en distintos artículos. El más relevante es, sin duda, el artículo 27, donde se recogen la mayor parte de los derechos vinculados al sistema educativo. Se encuentra recogido en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, lo que supone, conforme al artículo 53 CE, que se le dota de las máximas garantías: vincula a todos los poderes públicos, tiene eficacia directa, su desarrollo se hará mediante ley orgánica, está sujeto al proceso de reforma agravada de la Constitución y, en cuanto a las garantías jurisdiccionales, podrá acudir a los tribunales mediante un procedimiento preferente y sumario²²³ e interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

²²³ La primera regulación del procedimiento preferente y sumario, que se contenía en la Ley 62/1978, no incluía el derecho a la educación entre aquellos que podían ser objeto del mismo, pero esto se modificó con la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, que en su Disposición transitoria segunda extendía la aplicación del

Este artículo será nuestro principal objeto de estudio en este capítulo, haciendo una primera aproximación a su texto, de carácter más general, para posteriormente detenernos en el estudio de los diversos aspectos vinculados a la enseñanza preuniversitaria.

Ahora bien, el artículo 27 no es el único del texto constitucional que se refiere a la educación, también nos detendremos en el artículo 20.1c), que recoge la libertad de cátedra, o, para conocer el mecanismo de distribución de competencias que rige esta materia, el artículo 149.1, que establece las competencias exclusivas del Estado y contiene dos apartados que afectan a la educación: el primero, referido a la igualdad en el ejercicio de los derechos, y el apartado 30, que establece que el Estado tendrá la competencia exclusiva para dictar la normativa básica que desarrolle el artículo 27, y que, como veremos, es la base para determinar las competencias que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas.

I. EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Antes de entrar en un estudio pormenorizado de los distintos aspectos que se recogen en el artículo 27 CE, vamos a dedicar este epígrafe a un estudio más general del precepto, analizando distintos aspectos que afectan a todos sus apartados.

1. LA EDUCACIÓN EN EL CONSTITUYENTE

El artículo 27 de la Constitución española de 1978 reconoce, por primera vez en nuestra historia constitucional, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza de forma simultánea, por lo que algún autor lo ha calificado de “bifronte”, al recoger el derecho a la

procedimiento previsto en la Ley 62/1978 a todos los derechos a los que se refiere el artículo 53.2 CE.

educación propio de un Estado intervencionista y la libertad de enseñanza característica del Estado liberal²²⁴.

A la hora de abordar esta materia por el constituyente, muchos diputados y senadores resaltaron la importancia de la educación para la sociedad y para la futura Constitución, como el diputado GÓMEZ DE LAS ROCES, que señaló que la educación era “uno de los temas capitales, si no el principal, de este proyecto de Constitución”²²⁵.

Siendo pues patente la importancia que los distintos grupos concedían a la redacción de este artículo, no es de extrañar que su elaboración ocasionara uno de los momentos más críticos del proceso constituyente, ni que, finalmente, se considerara el exponente máximo del consenso al que suele aludirse al analizar el proceso constituyente.

El momento más crítico se produjo cuando el representante del Partido Socialista en la Ponencia, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, decidió abandonarla, precisamente, por los enfrentamientos acaecidos en relación con el entonces artículo 26, al considerar que en la redacción propuesta se había roto el consenso²²⁶.

No era de extrañar que se produjesen estos enfrentamientos, pues la regulación de la enseñanza era uno de los temas más conflictivos a

²²⁴ GARRIDO FALLA, Fernando: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 632.

²²⁵ *DSCD*, núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 4018.

²²⁶ Así se recoge en la “Minuta de los acuerdos de la ponencia de Constitución en su reunión del día 6 de marzo de 1978”. Aunque en principio estos trabajos iban a ser secretos, en 1984 se decidió la publicación de estas minutas en la *Revista de las Cortes Generales* (núm. 2, 1984, pp. 251-419), concretamente se recoge el abandono del representante del partido socialista en la p. 339. GALLEGO-DÍAZ y DE LA CUADRA, en cambio, narran cómo este abandono no fue tan espontáneo como aparentaba, sino que se había planeado días antes (véase GALLEGO-DÍAZ, Soledad; CUADRA, Bonifacio de la: *Crónica secreta de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 46-51).

los que se enfrentaba el constituyente²²⁷, dada la diversidad de modelos que históricamente habían defendido los partidos de derecha y los de izquierda. Los primeros defendían un modelo de pluralismo escolar, centrándose en la libertad de enseñanza. En cambio, los partidos más progresistas proponían una escuela pública única, pero pluralista, centrándose en el derecho a la educación gratuita.

A pesar de estos enfrentamientos iniciales, se logró alcanzar un texto aceptado por ambas posturas ideológicas, con un modelo “complejo o mixto”²²⁸.

La primera redacción del entonces artículo 31 contaba con 6 apartados y disponía:

- “1. Se reconoce el derecho a la educación
2. Los Poderes públicos garantizan, en condiciones de igualdad, el acceso de todos a la enseñanza, mediante una programación general de la educación y de las instituciones docentes en todos los niveles
3. La enseñanza básica será obligatoria y gratuita
4. Se reconoce la libertad de creación de escuelas, dentro del respeto a los principios constitucionales
5. Los Poderes públicos inspeccionarán el sistema educativo en su conjunto
6. Los Poderes públicos homologarán y podrán ayudar eficazmente a las escuelas que reúnan los requisitos que la ley establezca”

²²⁷ GARRIDO FALLA recoge los tres principales problemas del constitucionalismo histórico español a los que debía hacer frente el constituyente: los antagonismos clericalismo-anticlericalismo, monarquía-república y enseñanza laica-enseñanza confesional (*op cit*, p. 630).

²²⁸ DÍAZ REVORIO, F. Javier: *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el Ordenamiento Estatal y Autonómico de Castilla-la Mancha*, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 2002, p. 39.

Ya en la redacción del Anteproyecto que la Ponencia remitió al Congreso de los Diputados se habían añadido 4 apartados, estableciendo:

- “1. Todos tienen el derecho a la educación
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales
3. Los Poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita
5. Los Poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos
8. Los Poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes
9. Los Poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca
10. La ley regulará la autonomía de las Universidades”

En esta segunda redacción aparecen ya los apartados relativos a la finalidad de la educación, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones, el derecho de participación de profesores, padres y, en su caso, alumnos y la autonomía de las universidades.

Una vez ya se había enviado el texto al Congreso, antes de su discusión en la Comisión, la ponencia hace suyo un nuevo texto

apoyado por seis grupos (UCD, PSOE, Grupo Mixto, Grupo Comunista, Socialistas de Cataluña y Minoría Catalana), con el siguiente texto:

- “1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca”

Este texto es el que finalmente se aprobó, a pesar de que se propusieron numerosas enmiendas dirigidas tanto a modificar algún aspecto del contenido del artículo como a mejorar su redacción²²⁹, sin

²²⁹ En el Congreso se presentaron un total de veintiún enmiendas que, de forma exclusiva o junto con otros artículos, proponían una nueva redacción de todos o

embargo, el acuerdo al que habían llegado los distintos grupos impedía el voto favorable a cualquiera de ellas. De hecho, en el debate de la Comisión, los diputados parecían tener claro que esto sería así, pues MUÑOZ SILVA, al finalizar la intervención en defensa de su enmienda, declaraba:

“Esta enmienda que propongo ya sé que va a ser desestimada, puesto que se trata de un artículo de consenso que está ya aceptado por la mayoría parlamentaria”²³⁰

Como señala PUELLES²³¹ los apartados 1, 2, 4, 8 y 10 eran aceptados y defendidos por todos los grupos y por tanto su inclusión no supuso problema alguno. En cambio, los apartados 3, 6 y 9 son fruto de propuestas de la derecha y, por tanto, de cesiones de la izquierda, mientras que los apartados 5 y 7 fueron introducidos por la izquierda y aceptados por la derecha²³².

Estas “transacciones” son las que provocaron que este artículo fuese uno de los más extensos de la Constitución y que muchos autores hayan calificado el precepto de difícil, complejo o como un “modelo de

alguno de los apartados del actual artículo 27 (enmiendas número: 2, 10, 41, 64, 65, 74, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 239, 451, 480, 481, 588, 619, 696, 736 y 779). En el Senado en cambio fueron treinta y cuatro (enmiendas número: 6, 149, 174, 194, 217, 222, 225, 226, 229, 232, 235, 268, 325, 326, 387, 388, 391, 413, 424, 425, 426, 441, 460, 577, 578, 667, 668, 669, 670, 710, 842, 843, 844 y 845). Las enmiendas de “estilo” (cambio de tiempos verbales, por ejemplo) se produjeron fundamentalmente en el Senado.

²³⁰ DSCD, núm. 72, de 23 de mayo de 1978, p. 2660.

²³¹ PUELLES BENÍTEZ, Manuel de: *Educación e ideología en la España contemporánea*, Labor, Barcelona, 1980, p. 484.

²³² Así, SOLAZÁBAL ECHAVARRÍA sostiene que este artículo es un ejemplo de lo que podría denominarse “consenso por yuxtaposición” (“La enseñanza de valores entre la libertad ideológica y el derecho a la educación”, en LÓPEZ CASTILLO, Antonio (ed.): *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 142).

imprecisión”²³³, dado que, como hemos visto, aúna modelos muy distintos que hasta ese momento se consideraban excluyentes, lo que acabó propiciando un artículo ambiguo, en el que todas las fuerzas políticas pudiesen sentirse reflejadas, dejando de hecho al legislador la concreción del sistema educativo²³⁴.

Algunos autores han defendido que el artículo es innecesariamente extenso, pues podría limitarse a su primer apartado ya que los nueve restantes son concreciones del mismo²³⁵. De esta opinión es NOGUEIRA, que mantiene:

“El artículo de la Constitución reservado al tema de la educación podía haberse reducido a estas dos grandes directrices: el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, ya que los distintos derechos educativos que se reconocen a lo largo del articulado constitucional, bien pueden considerarse como derivaciones de ambos principios generales, o bien pueden tratarse de derechos autónomos cuya naturaleza no deriva de otros principios constitucionales”²³⁶

Sin embargo, no faltan también los defensores de la redacción dada al artículo, como FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO que, a pesar de considerar que es excesivamente largo, opinan que

²³³ Así lo califican, entre otros, MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La interpretación de la Constitución en materia de enseñanza y problemas del estatuto de centro escolares*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1982, p. 112; RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 86.

²³⁴ SATRÚSTEGUI, Miguel: “Los derechos en el ámbito educativo”, en LÓPEZ GUERRA, Luis [et al.]: *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 362.

²³⁵ Así lo expresó ya en los debates el diputado GÓMEZ DE LAS ROCES, que defendía que el artículo debía limitarse a su primer apartado, dado que lo demás no hace sino “limitar el principio general de libertad” (*DSCD*, núm.106, de 7 de julio de 1978, p. 4019).

²³⁶ NOGUEIRA, Rosario: *Principios constitucionales del sistema educativo español*, Centro de Publicaciones Ministerio de educación y ciencia, Madrid, 1988, p. 79.

“el artículo 27 es un texto coherente, preciso y sistemático, aunque tal vez excesivamente prolijo para un texto constitucional”²³⁷

Ahora bien, este consenso que favoreció la redacción del artículo puede entenderse como una “tregua”²³⁸ que no duró demasiado. Esto se evidencia en cada reforma educativa, que es motivo de conflicto entre las diversas fuerzas políticas; pero no sólo las leyes rompieron este consenso, sino que, en el propio proceso constituyente, la introducción del segundo apartado del artículo 10 por UCD puede entenderse así, como explican GALLEGO-DÍAZ y DE LA CUADRA

“En la Comisión Constitucional del Senado, UCD retiró las numerosas enmiendas formuladas a cambio de obtener en el artículo 10 un criterio interpretativo favorable a la libertad de enseñanza. Los socialistas denunciaron este procedimiento indirecto de reformar la regulación constitucional de la enseñanza”²³⁹

Esto se debió a que con este apartado se buscaba “completar” el artículo 27 con la remisión a los tratados internacionales y así incluir en el apartado 6, junto con el derecho de creación de centros docentes privados, el derecho de dirigirlos, y, por otro lado, subsanar la falta de reconocimiento del derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos, en el apartado 3²⁴⁰, como hicieron notar representantes socialistas²⁴¹.

²³⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: “Artículo 27. Enseñanza”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, p. 162.

²³⁸ Así lo califica NICOLÁS MUÑIZ, Jaime: “Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 7, 1983, p. 337.

²³⁹ GALLEGO-DÍAZ, Soledad; CUADRA, Bonifacio de la: *op cit*, p. 117.

²⁴⁰ NICOLÁS MUÑIZ, Jaime: *op cit*, p. 346.

²⁴¹ GALLEGO-DÍAZ, Soledad; CUADRA, Bonifacio de la: *op cit*, p. 118.

2. NATURALEZA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación no responde a las clasificaciones tradicionales, sino que estamos ante un “derecho híbrido”²⁴², ya que es a la vez un derecho de prestación y un derecho de libertad. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional que señala:

“el derecho de todos a la educación (...) incorpora (...) junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional”²⁴³

Por tanto, del artículo 27 de la Constitución nacen dos tipos de facultades. En primer lugar, como derecho de libertad, exigirá la ausencia de intervención de los poderes públicos en determinadas actuaciones o relaciones. Al mismo tiempo, el derecho a la educación confiere al individuo la potestad de recibir de los poderes públicos prestaciones que hagan efectivo su derecho.

No debe olvidarse, por otro lado, que la educación, además de un derecho, es un deber público para los ciudadanos²⁴⁴. Esto se debe, en primer lugar, a que los sujetos destinatarios son menores de edad, por lo que establecer la educación como un deber redundaría en su beneficio para su desarrollo futuro. Por otro lado, porque el derecho a la educación en sus primeras formulaciones se reconocía fundamentalmente como un derecho de la sociedad²⁴⁵, para la

²⁴² RUBIO LLORENTE, Francisco: “Constitución y educación”, en SÁNCHEZ AGESTA, Luis (coord.): *Constitución y economía: la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales: [textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid los días 29 y 30 de Junio de 1977]*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 103. La doctrina es unánime al reconocer esta doble naturaleza del derecho a la educación.

²⁴³ STC 86/1985, FJ 3 (sentencia de la que es ponente, precisamente, Francisco RUBIO LLORENTE).

²⁴⁴ Este deber se limita a la educación básica. Véase epígrafe II.3.1 de este capítulo.

²⁴⁵ RUBIO LLORENTE, Francisco: *op cit*, p. 104.

formación de su ciudadanía. Todo esto se traduce en el mandato a los poderes públicos de establecer un sistema educativo, así como todos los elementos que aseguren el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber.

Como derecho, su carácter prestacional está hoy fuera de discusión, sin embargo, en los primeros años de vigencia del texto constitucional se suscitaron algunas dudas, si bien más que vinculadas al derecho en sí, se debían a su emplazamiento en la Constitución.

Como ya dijimos, el artículo 27 se encuentra situado en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, por lo que goza de las máximas garantías de nuestro ordenamiento, garantías que, ciertamente, suelen reservarse para los derechos de libertad. Sin embargo, esto no puede hacer negar la voluntad del constituyente de incluir el derecho prestacional a la educación como un derecho subjetivo directamente exigible²⁴⁶. Con esta regulación, como señaló FERNÁNDEZ-MIRANDA:

“el art. 27.1 abandona las concepciones clásicas que incluyen la educación entre los temas asistenciales libremente configurados por el legislador o, en su caso, discrecionalmente asumidos por la Administración, para pasar a configurarla como una prestación constitucionalmente debida y directamente exigible”²⁴⁷

Ahora bien, tras esta afirmación inicial, debemos hacer algunas precisiones. La primera de ellas es que no todos los apartados del artículo 27 contienen derechos, por lo que no a todo él se aplican las garantías del artículo 53 CE, que se refiere exclusivamente a los

²⁴⁶ En la discusión del constituyente no se planteó en ningún momento excluir el derecho a la educación de la Sección Primera.

²⁴⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 37. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 168.

derechos y libertades públicas recogidos en la Sección Primera, no a todos sus preceptos²⁴⁸.

En segundo lugar, para que un derecho prestacional sea directamente exigible es necesario que el derecho tenga un “contenido mínimo” que permita deducir sin necesidad de intervención del legislador el contenido de esa prestación y, a su vez, que la prestación concreta que se exige tenga una conexión directa con el contenido esencial del derecho y que sea necesaria para que el derecho sea efectivo²⁴⁹. En el caso del derecho a la educación, no hay discusión posible sobre la concurrencia de estos requisitos, al menos en alguno de sus aspectos, como la enseñanza básica gratuita²⁵⁰, pues se contiene de modo claro en la Constitución, está íntimamente vinculada con el derecho a la educación y sin ella se estaría vulnerando este derecho²⁵¹. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que

“no hay duda de que el derecho a la educación garantiza el acceso a la educación elemental que es de primordial importancia para el desarrollo del niño”²⁵²

²⁴⁸ Así, por ejemplo, como veremos más adelante, el apartado 9 contendría un mandato al legislador, no un derecho subjetivo.

²⁴⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario, hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 240-241.

²⁵⁰ Ahora bien, como señala COTINO HUESO la dimensión prestacional del derecho a la educación no puede reducirse al apartado cuarto del artículo 27 CE (*El derecho a la educación como derecho fundamental, especial atención a su dimensión social prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 100).

²⁵¹ ALÁEZ CORRAL, Benito: “El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, 2011, p. 96. De parecer contrario es Díez-PICAZO, que sostiene que el establecimiento de la educación básica como gratuita es un mandato a los poderes públicos, pero no un derecho subjetivo de los particulares (*Sistema de derechos fundamentales, op cit*, p. 501).

²⁵² Caso *Timishev contra Rusia*, de 13 de diciembre de 2005, § 64.

Otorgando así un contenido al derecho que puede ser fiscalizado²⁵³. Por tanto, podemos decir que la Constitución condiciona los presupuestos del Gobierno, pues la educación deberá de contar siempre con recursos suficientes que permitan la satisfacción de este derecho²⁵⁴.

Retomando la naturaleza del derecho a la educación, su carácter híbrido, como derecho de prestación y derecho de libertad, ha hecho cuestionarse a la doctrina si en dicho precepto se recoge un único derecho (a la educación) o si contiene dos derechos de naturaleza distinta: un derecho de libertad (la libertad de enseñanza) y un derecho de prestación (el derecho a la educación).

El Tribunal Constitucional parece optar por una visión unitaria, al señalar que

“la estrecha conexión de todos estos preceptos [los del artículo 27], 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 liminar”²⁵⁵

Así, la doctrina coincide en referirse al “derecho a la educación en sentido amplio”, que abarcaría todo el artículo 27, para luego diferenciar entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación “en sentido estricto”. Esta lectura unitaria del artículo 27 tiene en cuenta, de un lado, que todos los elementos que recoge el precepto se producen en un mismo ámbito, el educativo, y de otro lado, que todos

²⁵³ COTINO HUESO, Lorenzo: *op cit*, p. 102.

²⁵⁴ REDONDO, Ana María: *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 69.

²⁵⁵ STC 86/1985, FJ 3.

persiguen un mismo fin: el pleno desarrollo de la personalidad del individuo, como recoge su apartado 2²⁵⁶. La principal virtud de esta interpretación es que impone una visión unitaria de todo el artículo 27, de modo que se evitan conflictos o contradicciones, ya que debemos considerar unos apartados complementarios de otros.

Ahora bien, a la hora de dotar de contenido a cada uno de los aspectos del derecho genérico a la educación, encontramos importantes discrepancias doctrinales, en buena medida porque existen zonas comunes entre ambos derechos difíciles de delimitar²⁵⁷.

En relación con el derecho a la educación en sentido estricto encontramos distintas posturas. En primer lugar, EMBID mantiene que forman parte del derecho a la educación los derechos a cursar la enseñanza básica, al control objetivo y racional del saber, a acceder a los centros de enseñanza, a que la enseñanza se imparta sin discriminación (especialmente en relación con el idioma), a un tratamiento disciplinario sin arbitrariedades y a la participación en los órganos de gobierno²⁵⁸.

Por su parte, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ considera que, junto con el derecho a recibir enseñanza básica, forman también parte del derecho a la educación en sentido estricto el derecho-deber de los menores de ser educados según las determinaciones de sus padres, la libre elección de centros docentes, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral según sus propias convicciones, el derecho

²⁵⁶ CASTILLO, Luis: “La dimensión subjetiva o de libertad del derecho a la educación”, en *Persona y Derecho*, núm. 50, 2004, p. 553.

²⁵⁷ GARCÍA-PARDO, David: *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill Interamérica, Madrid, 1998, p. 29.

²⁵⁸ EMBID IRUJO, Antonio: “El contenido del derecho a la educación”, en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 31, 1981, pp. 657-670.

a la no discriminación en el sistema y centros educativos y el derecho a la financiación pública de la enseñanza no obligatoria²⁵⁹.

Por último, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO parten de que los aspectos prestacionales del derecho pertenecerían al derecho a la educación en sentido estricto, mientras que los de libertad formarían parte de la libertad de enseñanza. Así, formaría parte del derecho a la educación (en sentido estricto): el derecho a acceder a las enseñanzas del sistema educativo, el derecho a la calidad de la enseñanza, el derecho a la evaluación objetiva y la permanencia en el centro y, por supuesto, el derecho a la educación básica gratuita²⁶⁰.

La delimitación de la libertad de enseñanza es más pacífica, incluyéndose en ella la libre creación de centros y la libertad de cátedra, a lo que algunos autores añaden el derecho de los padres a elegir el tipo de educación y la formación religiosa y moral para sus hijos²⁶¹.

3. DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN

El consenso del que el constituyente hizo gala en la redacción del artículo 27 desapareció tan pronto como éste fue aprobado. Así lo evidencian las distintas leyes en la materia, que, como señala FERNÁNDEZ SORIA

“se han insertado en la tradicional, y recíprocamente enfrentada, dualidad educativa española: una laicista, asentada en el derecho de todos a la educación, y otra confesional vinculada a la libertad de

²⁵⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis: “La educación en la Constitución española (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)”, en *Persona y Derecho*, núm. 6, 1979, pp. 237 y ss.

²⁶⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, pp. 173-177.

²⁶¹ Véase, entre otros FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad de enseñanza...*, *op cit*, p. 66.

enseñanza; la primera más identificada con la igualdad y la escuela pública, y la segunda con la libertad referida sobre todo a los centros privados y a sus titulares”²⁶²

En el momento de aprobarse la Constitución, la ley vigente era la Ley General de Educación, de 1970, que continuó en vigor hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/1980, por la que se regula el Estatuto de Centros Docentes (en adelante, LOECE), aprobada a iniciativa del gobierno, de Unión de Centro Democrático. Esta ley se inspiraba en el modelo educativo del centro-derecha, inclinándose por la libertad de enseñanza, por lo que fue objeto de duras críticas por la oposición, e incluso de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que dio lugar a la sentencia 5/1981, de 13 de febrero, con la que se declararon inconstitucionales algunos artículos por afectar, directa o indirectamente, al derecho de participación establecido en el artículo 27.7 de la Constitución.

Durante el primer gobierno del Partido Socialista se aprobó la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del Derecho a la Educación, con la que se deroga la LOECE. De nuevo su aprobación dio lugar a enconados enfrentamientos entre los grupos políticos, por entender la oposición que se dejaba la libertad de enseñanza en un segundo plano en relación con otros derechos reconocidos en el artículo 27 CE. Ante el recurso previo de inconstitucionalidad presentado, el Tribunal Constitucional, en la STC 77/1985, declaró inconstitucional el artículo que imponía una autorización administrativa (no reglada) para poder establecer un ideario en los centros docentes privados.

Las dos sentencias citadas (5/1981 y 77/1985) contienen buena parte de la doctrina en relación con el derecho a la educación y la

²⁶² FERNÁNDEZ SORIA, Juan Manuel: “Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la reforma educativa (LOE)”, en *Revista de educación*, núm. 346, 2008, pp. 246.

libertad de enseñanza y han sido valoradas de un modo positivo por la doctrina, así SATRÚSTEGUI mantiene que

“parece evidente que el alto Tribunal ha defendido eficazmente el consenso originario sobre la ordenación constitucional de la educación, y ha contribuido a evitar el enconamiento de la «cuestión escolar»”²⁶³

A pesar de que la LODE sigue hoy vigente, ello no debe hacer pensar que la educación ha dejado de ser una materia conflictiva entre los partidos políticos. Esta ley ha sido objeto de múltiples derogaciones o reformas parciales a través de las leyes que regulan el sistema educativo, leyes que han sido derogadas con cada cambio de partido en el Gobierno.

La primera de estas leyes fue la Ley Orgánica 1/1990, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), que reformaba el sistema educativo vigente hasta el momento, modificando la edad de escolarización obligatoria de los 14 a los 16 años, al establecer la “Enseñanza Secundaria Obligatoria”. Como establece el preámbulo de esta ley, lo que se perseguía era profundizar en la cláusula de igualdad²⁶⁴.

Respecto a las previsiones sobre la participación establecida en el apartado 7 del artículo 27, la LODE fue reformada por la Ley Orgánica 9/1995, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes.

La Ley Orgánica 10/2002, de Calidad de la Educación (LOCE) derogó buena parte de las leyes anteriores. Según dice el propio

²⁶³ SATRÚSTEGUI, Miguel: *op cit*, p. 364.

²⁶⁴ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a Isabel; ALCÓN YUSTAS, M^a Fuencisla: “Breve estudio sobre la situación del derecho a la educación”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 60, 2003, p. 229.

preámbulo de la ley, sus objetivos esenciales son aumentar el “poder cualificador” del sistema educativo e integrar en el mismo al máximo número de alumnos posibles. Igualmente se destaca:

“Las evaluaciones y los análisis de nuestro sistema educativo, efectuados por organismos e instituciones tanto nacionales como internacionales, revelan deficiencias de rendimiento preocupantes con relación a los países de nuestro entorno económico y cultural, esas deficiencias se manifiestan, particularmente, en la Educación Secundaria. Así, una cuarta parte del alumnado no obtiene el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, y abandona el sistema sin titulación ni cualificación”

Por tanto, el fin fundamental que perseguía esta ley era, como rezaba su título, aumentar la calidad de la enseñanza impartida, para lo que potenciaba la inspección y evaluación del sistema.

Esta ley fue objeto de una gran respuesta por algunos sectores de la sociedad y de la comunidad educativa, lo que hizo que el Partido Socialista llevase entre sus promesas electorales la suspensión de su aplicación, lo que finalmente hizo tras ganar las elecciones²⁶⁵. Tras esto, comenzó el procedimiento para aprobar una nueva ley, que sería la Ley Orgánica 2/2006, de Educación (LOE). Esta ley nace con la vocación de armonizar las dos posturas enfrentadas a las que venimos haciendo referencia, si bien más inclinada hacia la igualitaria. De hecho, en su preámbulo declara:

“La Ley parte de los avances que el sistema educativo ha realizado en las últimas décadas, incorporando todos aquellos aspectos estructurales y de ordenación que han demostrado su pertinencia y su eficacia y proponiendo cambios en aquéllos otros que requieren

²⁶⁵ Lo hizo mediante el Real Decreto 1318/2004, que modificaba el RD 827/2003, que fijaba el calendario de implantación de la ley, que difería la aplicación de la ley para que fuese posible su modificación antes de que llegase a entrar en vigor.

una revisión, se ha huido de la tentación de pretender cambiar todo el sistema educativo, como si se partiese de cero, y se ha optado, en cambio, por tener en cuenta la experiencia adquirida y los avances registrados”

Este continuismo la hizo objeto de críticas por parte de sectores progresistas, a la vez que las innovaciones introducidas provocaron críticas de sectores conservadores. En cualquier caso, parte de la doctrina considera que la LOE es una ley apropiada para retomar la senda del consenso en la educación²⁶⁶.

Actualmente, coincidiendo con un nuevo cambio de partido en el gobierno, se ha aprobado una reforma de la LOE, a través de la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa²⁶⁷, con la que se persigue reducir la tasa de abandono escolar y mejorar los resultados de la educación de España en los estudios internacionales, a través de diversas medidas, como la flexibilización de las trayectorias de los alumnos, el fomento del plurilingüismo, la realización de pruebas de evaluación de nivel a escala nacional, el impulso a la formación profesional y el aumento de la autonomía de los centros, entre otras²⁶⁸.

²⁶⁶ FERNÁNDEZ SORIA, Juan Manuel: *op cit*, p. 262.

²⁶⁷ Esta ley se ha aprobado como LO 8/2013, de 9 de diciembre. Entrará en vigor a los veinte días de su aplicación en el *BOE*, pero su implantación efectiva se realizará en diversos cursos académicos, según la disposición final quinta: las modificaciones de Educación Primaria se implantarán para los cursos primero, tercero y quinto en el curso escolar 2014-2015 y para los cursos segundo, cuarto y sexto en el 2015-2016; las de Educación Secundaria Obligatoria serán en el curso 2015-2016 para los cursos primero y tercero y 2016-2017 para segundo y cuarto; las modificaciones de primero de Bachillerato se incluirán en el curso 2015-2016 y las de segundo en el 2016-2017.

²⁶⁸ A esta nueva ley no se le augura una vigencia demasiado larga, pues la mayor parte de los partidos políticos presentes en el Congreso de los Diputados se han comprometido a derogarla cuando el Partido Popular pierda su actual mayoría absoluta.

4. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO: DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA EDUCATIVA

El Estado descentralizado que el constituyente optó por prever en la Constitución de 1978 tiene también incidencia en la materia de educación, de hecho, algunos autores hablan de *descentralización educativa*²⁶⁹, descentralización que se hace a favor de las Comunidades Autónomas y no de otros entes territoriales como pudieran ser las provincias o los municipios. Ahora bien, como veremos a continuación, la distribución competencial en este ámbito es algo compleja, pues, por un lado, no se regula expresamente en la Constitución, sino que se remite a otros textos, por otro lado, no es una competencia exclusiva del Estado ni de las Comunidades Autónomas, ni podemos explicarla exclusivamente acudiendo al esquema bases-desarrollo o a la separación de funciones entre legislación y ejecución²⁷⁰. A esto debemos añadir el principio dispositivo que rige la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas y que implica que no todas tendrán necesariamente las mismas atribuciones en la materia.

En parte debido a esta complejidad en la distribución de competencias, no podemos decir que sea un asunto cerrado, al contrario, en la actualidad sigue siendo objeto de conflictos, como demuestra la proyectada reforma educativa, que revisa en parte esta distribución, lo que ya ha levantado críticas en algunas Comunidades Autónomas²⁷¹.

²⁶⁹ LÓPEZ GUERRA, Luis: “La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de educación”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 7, 1983, p. 308.

²⁷⁰ DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 158.

²⁷¹ La aprobación de la LOMCE introduce el artículo 6.bis a la LOE, sobre distribución de competencias, en el que se determina la función de cada órgano según el tipo de asignatura (troncal, específica o de libre configuración autonómica), que supondrá un

4.1. Distribución de competencias en la enseñanza

Para conocer el régimen competencial de la educación, deberemos analizar el artículo 27 y en conexión con éste el 81.1, así como el 149.1 de la Constitución; la legislación básica del Estado, los Estatutos de Autonomía y la doctrina que al respecto haya establecido el Tribunal Constitucional.

Lo primero que debemos observar es que el artículo 27 se refiere a los “poderes públicos”, sin precisar una concreta instancia territorial, por lo que no da pista alguna de quiénes serán los encargados de desarrollar la normativa y/o las actuaciones necesarias para garantizar el ejercicio del derecho, por tanto, habrá que acudir a otros preceptos constitucionales.

El primer artículo que debemos tener en cuenta es el artículo 81.1 CE, que establece que el desarrollo de este derecho, por encontrarse en la Sección 1^a, deberá realizarse mediante ley orgánica. Dado que dichas leyes requieren para su aprobación “la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados”, todo lo que deba regularse a través de este instrumento será competencia estatal y queda totalmente excluido de las competencias que las Comunidades Autónomas pudiesen asumir en la materia; ciertamente esto no conlleva una delimitación clara, pues nos encontramos ante el problema del alcance de la ley orgánica.

El otro precepto fundamental para conocer la distribución competencial es el artículo 149.1 de la Constitución, que establece las competencias exclusivas del Estado. En lo relativo al derecho a la educación son especialmente relevantes los apartados 1º y 30º:

aumento de las competencias estatales en el establecimiento de los contenidos de las asignaturas y una disminución del peso de las lenguas propias de Comunidades Autónomas.

“El Estado tiene la competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1º. 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.

(...)

30º. 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”

El primero de ellos tiene un carácter más general, aplicable a todos los derechos y deberes establecidos en la Constitución, e implica que el Estado debe realizar las tareas homogeneizadoras necesarias para que no haya diferencias en el disfrute de los derechos derivados del artículo 27, o del ejercicio del deber de educación en los diversos territorios del Estado.

El apartado 30, por su parte, sí es de aplicación concreta al ámbito educativo, reservando como competencia exclusiva estatal lo relativo a títulos académicos así como la competencia para dictar la normativa básica en la materia.

La interpretación conjunta de los artículos 81 y 149 CE suscitó inicialmente algunas dudas sobre cuál debía de primar para definir la competencia estatal, como señalaba DE OTTO:

“El problema consiste en saber si la competencia estatal en materia de derechos fundamentales es la que se desprende del artículo 81.1, esto es, *todo* el desarrollo, y no solo el básico que le atribuye el artículo 149.1.30 y que forma parte del artículo 149.1.1 (...) o si, por el contrario, la competencia exclusiva del Estado es tan solo la de dictar normas *básicas* de desarrollo, pues solo esas se pueden

subsumir en la prescripción genérica del artículo 149.1.1 y en la específica del artículo 149.1.30 para la enseñanza y la educación”²⁷²

A juicio de este autor debía entenderse que el artículo 81.1 CE se ve restringido por el 149.1, pues lo contrario vaciaría de contenido este segundo precepto²⁷³.

El Tribunal Constitucional optó por una interpretación que ampliaba la reserva del Estado más allá de la ley orgánica (STC 5/1981). Así, partiendo de que sólo debe de considerarse materia reservada a la ley orgánica “el desarrollo «directo» de los derechos”²⁷⁴, el artículo 149.1.30 añadiría como competencia exclusiva del Estado otra normativa, que carecería del rango de legislación orgánica pero que contendría las normas básicas a que hace referencia dicho apartado²⁷⁵.

En relación con qué deba entenderse por “normativa básica”, el Tribunal Constitucional ha establecido que ésta es, fundamentalmente, un concepto material:

“El ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o de la legislación básica a que en distintos párrafos de su apartado primero se refiere el art. 149 no requiere la promulgación de leyes de bases o de leyes marco (...). La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no

²⁷² OTTO Y PARDO, Ignacio de: “Estudios sobre Derecho estatal y autonómico”, en OTTO Y PARDO, Ignacio de: *Obras completas*, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010, p. 778. Cursivas del autor.

²⁷³ *Idem*, p. 779.

²⁷⁴ Entre otras, STC 6/1982, FJ 6.

²⁷⁵ En un voto particular a la STC 5/1981 los magistrados AROZAMENA SIERRA y RUBIO LLORENTE entendían que en el caso de la educación la reserva de ley orgánica se limitaba no al desarrollo del derecho, sino a su contenido básico, restringiendo así la competencia estatal. Ignacio DE OTTO Y PARDO entiende que esta interpretación está plenamente fundada en virtud del artículo 149.1.30° CE (“Estudios sobre Derecho estatal...”, *op cit*, p. 779).

formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”²⁷⁶

En lo que se refiere al aspecto formal de la normativa básica, éste ha ido experimentando una evolución a medida que se ha implementado el Estado autonómico. Así, en un inicio el Tribunal aceptaba sin demasiados reparos que la normativa básica estuviese recogida en normas sin rango de ley (aunque ya adelantaba que éste era el instrumento idóneo)²⁷⁷, sin embargo, esta postura inicial se fue matizando al insistir cada vez más en la preferencia por que la regulación de la normativa básica se contuviera en una ley, que además debe de tener una estructura que permita deducir su carácter básico²⁷⁸. Concretamente en relación con el derecho a la educación, el Tribunal sostuvo que

“existen supuestos en que la Ley puede remitir al Reglamento para regular aspectos básicos que completen el contenido de la misma; y (que) tal habilitación al Gobierno quedaría justificada si la materia por su carácter marcadamente técnico es más propia del Reglamento que de la Ley. La regulación reglamentaria, pues, de materias básicas por parte del Gobierno resultaría acorde con los preceptos constitucionales si, primeramente, resultara de una habilitación legal, y, en segundo lugar, si su rango reglamentario viniera justificado por tratarse de materias cuya naturaleza exigiera un tratamiento para el que las normas legales resultarían inadecuadas por sus mismas características”²⁷⁹

Así pues, en el caso de la educación encontraremos como normativa estatal, por un lado, las leyes orgánicas que desarrollan el artículo 27 de la Constitución y las leyes ordinarias que establezcan la

²⁷⁶ STC 32/1981, FJ 6.

²⁷⁷ STC 1/1982, FJ 1.

²⁷⁸ Véase la STC 69/1982, FJ 6.

²⁷⁹ STC 77/1985, FJ 16.

normativa básica, y por otro lado, el Gobierno también será competente para dictar reglamentos en la materia, pues existen elementos que así lo requieren porque su grado de concreción hace desaconsejable su incorporación en una ley²⁸⁰.

En cualquier caso, es importante recordar que

“la competencia para la regulación de las condiciones básicas no puede servir para ampliar las competencias del Estado en las concretas materias enumeradas por el artículo 149.1”²⁸¹

Conforme a lo establecido en la Constitución, las competencias del Estado en materia de educación son:

- En primer lugar y como establece expresamente el art. 149.1.30 CE, las condiciones básicas de obtención, expedición y homologación de títulos. El Tribunal Constitucional ha señalado que esto supone

“la competencia para establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de profesiones tituladas, es decir, de aquellas cuyo ejercicio exige un título (ad. ex., Graduado Escolar, Bachiller, Diplomado, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico en la especialidad correspondiente, Licenciado, Arquitecto, Ingeniero, Doctor); así como comprende también la competencia para expedir los títulos correspondientes y para homologar los que no sean expedidos por el Estado”²⁸²

²⁸⁰ Tal sería el caso de los reglamentos que establecen las enseñanzas mínimas de las asignaturas previstas en la ley, como son los RRDD 1513/2006 (Enseñanza Primaria), 1631/2006 (Enseñanza Secundaria Obligatoria) o 1467/2007 (Bachillerato).

²⁸¹ OTTO Y PARDO, Ignacio de: “Estudios sobre Derecho estatal...”, *op cit*, p. 782.

²⁸² STC 6/1982, FJ 3.

Puesto que este precepto constitucional reserva al Estado las “condiciones de obtención” de los títulos, será también competencia estatal el establecimiento de las enseñanzas mínimas y su contenido. Con esta competencia se reserva al Estado toda la actividad normativa, pero no la ejecutiva, que podrían asumir las Comunidades Autónomas²⁸³.

- La ordenación general del sistema educativo: Esta competencia no está expresamente recogida en la Constitución, pero se deduce de los artículos 27.8, 139 y 149.1.30º de la Constitución, tal y como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional²⁸⁴.

- El régimen del profesorado de los centros públicos, puesto que son funcionarios y por tanto la regulación es competencia estatal conforme al apartado 18º del artículo 149.1 CE.

A estas competencias debe añadirse la de la Alta Inspección, función del Estado prevista en los Estatutos de Autonomía en relación con materias concretas –entre ellas, educación– con el fin de garantizar los derechos fundamentales en materia educativa y las obligaciones de los poderes públicos²⁸⁵. En cuanto al alcance de esta competencia, el Tribunal Constitucional señaló:

“La Alta inspección constituye una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar, en su caso, a instar la actuación de los controles constitucionalmente establecidos en relación a las Comunidades Autónomas, pero no a sustituirlos

²⁸³ DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 174.

²⁸⁴ STC 5/1981, FJ 28.

²⁸⁵ STC 48/1985, FJ 5.

convirtiendo a dicha Alta inspección en un mecanismo de control”²⁸⁶

Así, este es el único caso en el que el Estado tiene no solo competencia normativa, sino también la competencia ejecutiva, pero ésta se limita a la función de vigilancia, pues no puede conllevar la asunción de competencias ejecutorias en sustitución de las Comunidades Autónomas²⁸⁷.

Respecto a las competencias de las Comunidades Autónomas, aquéllas que hayan asumido la competencia en educación en sus estatutos tendrán la capacidad legislativa y ejecutiva en todo aquello que no sea calificado de básico, o de desarrollo directo de un derecho fundamental. La delimitación de las competencias autonómicas se hace así de forma negativa: podrán asumir aquéllas que no correspondan al Estado –si bien dicha asunción debe hacerse expresamente–.

Una vez producida dicha transferencia, se debe determinar cuáles son las concretas competencias autonómicas en los servicios y funciones ejecutivas, lo que se hizo a través de Reales Decretos²⁸⁸ que contienen elencos exhaustivos, por lo que se ha afirmado que realmente la administración autonómica es la “administración educativa ordinaria”²⁸⁹.

²⁸⁶ STC 42/1983, FJ 3.D. Esta sentencia no es sobre educación sino sobre sanidad, pero lo dispuesto sobre la Alta Inspección es igualmente aplicable a esta materia.

²⁸⁷ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, p. 379.

²⁸⁸ Los primeros Reales Decretos en esta materia fueron: RRDD 2808/1980 y 3195/1980 (País Vasco); RD 2809/1980 (Cataluña); RD 1763/1982 (Galicia) y RD 3936/1982 (Andalucía).

²⁸⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis: “El artículo 27 CE: análisis de su contenido, doctrina, jurisprudencia. Tratados internacionales suscritos por España”, en REQUEJO IBÁÑEZ, José Luis; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (dirs.): *Los derechos fundamentales en la educación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 48; LÓPEZ GUERRA, Luis: *op cit*, p. 330.

4.2. La asunción de competencias por las Comunidades Autónomas

A pesar de que todos los Estatutos de Autonomía contenían desde sus primeras formulaciones alguna previsión sobre enseñanza, no todas pudieron asumir desde el inicio el máximo competencial, por lo que deberemos diferenciar entre aquéllas que obtuvieron esta competencia desde el primer momento y aquellas que lo hicieron con posterioridad.

A) Las Comunidades Autónomas de competencia inicial amplia

Las Comunidades Autónomas que asumieron la competencia de educación en un primer momento fueron siete, por un lado, las que había accedido a la autonomía por la vía del artículo 151 CE (Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía) y por otro Valencia y Canarias, para las que se realizaron leyes de transferencia en las que se ampliaban sus competencias –entre ellas la educación–; la séptima comunidad autónoma es Navarra, ya que se entendió que la Disposición Adicional de la Constitución le permitía acceder al más amplio nivel competencial desde el inicio.

Como ha puesto de manifiesto EMBID, los primeros estatutos que asumieron la competencia utilizaron una fórmula casi idéntica a la del Estatuto de Cataluña (LO 4/1979), que disponía:

“Es de la competencia plena de la Generalidad la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, en el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que, conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma, lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 de

la Constitución, y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía”²⁹⁰

Lo primero que llama la atención de este artículo es que habla de “competencia plena”, si bien como ha señalado la doctrina este adjetivo no puede entenderse en sentido literal (como exclusiva), e incluso algunos autores han considerado que

“se trata de un vocablo vacío y de escaso contenido jurídico en cuanto que no se corresponde con las categorías constitucionales (exclusiva, desarrollo legislativo, ejecución), que son las que propiamente deben utilizarse”²⁹¹

Así pues, no debemos de dar al uso de esta palabra un mayor significado.

Por otro lado, el hecho de que se refiera a la “regulación y administración” en “toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades” supone que estas Comunidades Autónomas asumían todo lo que les permite el texto constitucional, y en el mayor grado posible, tanto en tareas normativas o legislativas como en las de ejecución.

El párrafo estatutario transcrito concluye con una mención a las competencias que en cualquier caso pertenecerán al Estado por

²⁹⁰ El artículo 31 del Estatuto de Galicia (LO 1/1981) y el art. 47 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LO 13/1982) son exactamente iguales. El Estatuto de Andalucía (LO 6/1981) lo recogía en su artículo 19 y en lugar de “competencia plena” disponía “corresponde a la Comunidad Autónoma”, además de añadir un apartado segundo sobre el contenido de la enseñanza (y la investigación). El Estatuto del País Vasco (LO 3/1979, art. 16) tenía una formulación similar, aunque añadía como fundamentación de la competencia la Disposición Adicional Primera de la Constitución, si bien esto no añade nada a lo establecido en los otros estatutos a los que hemos hecho referencia.

²⁹¹ EMBID IRUJO, Antonio: “La transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 21, 1994, p. 12.

mandato constitucional y que servirán de límite para las competencias que la Comunidad Autónoma pueda asumir.

Valencia y Canarias, a pesar de ser Comunidades Autónomas de competencia inicial reducida, introdujeron en sus Estatutos de Autonomía referencias a la competencia sobre enseñanza²⁹² –lo que, como en seguida veremos, hicieron prácticamente todas las Comunidades Autónomas–, y posteriormente se dictaron leyes orgánicas de transferencia que ampliaron el techo competencial de ambas comunidades autónomas²⁹³ y, por tanto, siguieron un camino similar al de las que habían accedido a su autonomía por la vía del artículo 151 CE.

Una vez que estas siete Comunidades Autónomas tuvieran reconocida la posibilidad de asumir esta competencia, se requería que se hiciese efectivo el traspaso de funciones y servicios, lo que se hizo a través de Real Decreto a partir de 1980²⁹⁴, momento desde el cual estas Comunidades pasaron a ser las competentes en materia educativa de todo aquello no reservado al Estado.

B) Las Comunidades Autónomas de competencia inicial reducida

Las restantes Comunidades Autónomas, por su parte, no podían asumir competencias en materia de enseñanza en el momento inicial,

²⁹² En el caso del Estatuto de Valencia (LO 5/1982), al igual que en los otros estatutos de competencia inicial reducida, se reserva un artículo para esta competencia (art. 35). El Estatuto de Canarias (LO 10/1982), en cambio, introduce esta materia en el listado de aquellas competencias sobre las que la Comunidad Autónoma tendrá competencias legislativas y de ejecución (art. 34.A), apartado 6).

²⁹³ En el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, tal transferencia se hizo a través de la LO 11/1992, mientras que la que ordena la transferencia de competencias estatales a la Comunidad Valenciana es la LO 12/1982.

²⁹⁴ RRDD 2808/1980 y 3195/1980 (País Vasco); RD 2809/1980 (Cataluña); RD 3936/1982 (Andalucía); RD 2091/1983 (Canarias); RD 2092/1983 (Galicia); RD 2093/1983 (Valencia); RD 1070/1990 (Navarra, en este caso sólo sobre enseñanzas no universitarias).

pues tenían limitada su competencia a las que expresamente se recogían en el artículo 148 CE, (entre las que no se encuentra la enseñanza), al menos, hasta que transcurrieran cinco años desde la aprobación de sus respectivos estatutos.

A pesar de esto, casi todas las Comunidades Autónomas²⁹⁵ incluyeron en los primeros Estatutos de Autonomía una referencia a la materia de enseñanza, como el Estatuto de Asturias, que establecía:

“Art. 13.1. El Principado de Asturias ejercerá también competencias, en los términos que en el apartado segundo de este artículo se señalan, en las siguientes materias: (...)

f) La enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo veintisiete de la Constitución y en las Leyes Orgánicas que, conforme al apartado primero del artículo ochenta y uno de la misma, lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el número treinta del apartado uno del artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía”²⁹⁶

El apartado segundo al que hace referencia y que fija las condiciones en las que podrá ejercerse esta competencia dispone:

“La asunción de las competencias previstas en el apartado anterior de este artículo, se realizará por uno de los siguientes procedimientos:

a) Transcurridos los cinco años previstos en el artículo ciento cuarenta y ocho coma dos de la Constitución, previo acuerdo de la

²⁹⁵ El único Estatuto que no hace ninguna referencia es el de Madrid.

²⁹⁶ En los demás Estatutos de Autonomía se recoge en los artículos: 25.11 (Cantabria, LO 8/1981); 11.1 c) (La Rioja, LO 3/1982); 13.1 f) (Murcia, LO 4/1982); 37.1 a) (Aragón, LO 8/1982); 35.1 ll) (Castilla-La Mancha, LO 9/1982); 10.1 a) (Extremadura, LO 1/1983); 11.10 (Balears, LO 2/1983); 29.1.14 (Castilla y León, LO 4/1983). Algunos de ellos contienen una referencia más escueta, sin hacer alusión a las competencias del Estado.

Junta General del Principado de Asturias adoptado por mayoría absoluta y previa Ley Orgánica aprobada por las Cortes Generales, según lo previsto en el artículo ciento cuarenta y siete coma tres, de la Constitución.

b) Mediante leyes orgánicas de delegación o transferencia, siguiendo el procedimiento del artículo ciento cincuenta coma dos, de la Constitución, bien a iniciativa de la Junta General del Principado, del Gobierno de la nación, del Congreso de los Diputados o del Senado.

Tanto en uno como en otro procedimiento, la Ley Orgánica señalará las competencias que pasan a ser ejercidas por la Comunidad Autónoma y los términos en que deben de llevarse a cabo”

Como no podría ser de otro modo, pues se infringiría el texto constitucional, se reconoció la competencia “pro futuro”²⁹⁷, para cuando, transcurridos cinco años conforme al art. 148.2 CE se reformasen los estatutos o para cuando se dictase una ley de transferencia o delegación²⁹⁸.

Cabe entonces plantearse para qué recogían los Estatutos esta competencia si carecía de eficacia. Lo primero que destaca es el carácter simbólico de la materia²⁹⁹, que parece otorgar mayor autonomía. En segundo lugar, es posible que con tal previsión se persiguiese apremiar al Estado para que se permitiese la asunción de la competencia a través de una ley de las previstas en el artículo 150.2 CE.

En la práctica, todas las Comunidades Autónomas optaron por seguir un procedimiento de reforma estatutaria una vez transcurridos los cinco años que preveía el artículo 148.2 CE, por lo que el uso de

²⁹⁷ LÓPEZ GUERRA, Luis: *op cit*, p. 315.

²⁹⁸ La única Comunidad que no recogió la competencia de enseñanza como diferida fue Baleares, sin embargo, debía entenderse igualmente que la asunción de tal competencia exigía o bien la reforma del Estatuto a los cinco años, o bien una ley de transferencia o delegación, pues lo contrario hubiese sido inconstitucional.

²⁹⁹ EMBID IRUJO, Antonio: “La transferencia...”, *op cit*, p. 14.

estos preceptos fue escaso o nulo, si bien debe destacarse que algunos estatutos preveían un procedimiento más sencillo para las competencias que se encontraban diferidas³⁰⁰.

Tras el transcurso de los cinco años previsto en el art. 148.2 CE, se abría un abanico de posibilidades en relación con los mecanismos de reforma de los estatutos o la ampliación del techo competencial de estas Comunidades Autónomas³⁰¹. Sin embargo, a través de un acuerdo político, que se plasmó en los “Acuerdos Autonómicos”, firmados el 28 de febrero de 1992³⁰², se optó por una fórmula homogénea para todas las Comunidades Autónomas implicadas, que constaba de dos fases:

- a) En primer lugar la aprobación de una ley orgánica de transferencia para todas las Comunidades Autónomas de competencia inicial reducida;
- b) Cuando dicha ley estuviese aprobada y en vigor, se procedería a la reforma de los Estatutos de Autonomía, a través de un artículo único que recogiese las competencias previstas en la ley.

En dichos acuerdos se establecían listados competenciales con las materias que se transferían, salvo dos competencias específicas que se sacaban de esos listados y se recogían en artículos específicos: educación y sanidad. En el caso de la materia que nos ocupa, esto se hace porque se recogen unas condiciones especiales, no aplicables a otras materias³⁰³.

³⁰⁰ Así lo hacían el Estatuto de Autonomía de La Rioja (art. 43); el de Murcia (art. 55) y el de Aragón (art. 62).

³⁰¹ Véase DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, pp. 189-190.

³⁰² Los acuerdos se publicaron en *Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992*, Madrid, Ministerio de Administración Pública, 1992.

³⁰³ En el caso de la sanidad, en cambio, la especificidad se debía a que la asunción de la competencia se aplazaba indefinidamente.

Conforme a lo establecido en estos acuerdos, se aprobó la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución. Esta ley dedica a la enseñanza su Título II (artículos 19 y 20). En el primero de estos artículos se contiene la definición y el alcance general de la competencia, y en el segundo los condicionantes para su ejercicio:

“Artículo 19. Transferencia de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución.

Se transfiere a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que conforme el apartado 1 del artículo 81 de la misma lo desarrollen y sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la Alta Inspección para su cumplimiento y garantía.

Artículo 20. Facultades y condiciones de ejercicio.

El ejercicio de la competencia sobre enseñanza se realizará de acuerdo con las siguientes condiciones:

a) Las Comunidades Autónomas facilitarán a la Administración del Estado la información que ésta solicite sobre el funcionamiento del sistema educativo en sus diferentes aspectos, tanto cualitativos como cuantitativos.

La Administración del Estado ofrecerá a las Comunidades Autónomas la información general que elabore sobre el funcionamiento del sistema educativo en sus diferentes aspectos.

b) La creación de nuevos Centros y la implantación de nuevos estudios se realizará de acuerdo con criterios de planificación general, acordados en la Conferencia Sectorial de Educación.

c) El seguimiento y evaluación del sistema educativo nacional se llevará a cabo por la Administración del Estado, con la colaboración de las Comunidades Autónomas, y servirá de base para el establecimiento de mecanismos que garanticen una prestación homogénea y eficaz del servicio público de la educación y que permitan corregir las desigualdades o desequilibrios que se produzcan en la prestación del servicio.

d) La adopción de mecanismos o principios comunes de actuación se llevará a cabo con la participación de las Comunidades Autónomas, en la Conferencia Sectorial de Educación.”

Como puede observarse, el contenido que da el artículo 19 a la competencia en educación de las Comunidades Autónomas de competencia inicial reducida es muy similar al de los estatutos de las Comunidades de la vía rápida, con la salvedad de que no se refiere a la competencia como “plena” o de “regulación y administración”, sino de “desarrollo legislativo y ejecución”.

Por el contrario, el artículo 20 no tiene ningún antecedente en los Estatutos anteriores, aunque es congruente con las competencias reservadas al Estado, y por tanto también presentes de algún modo en aquellos estatutos. Es de destacar que este artículo reafirma la idea de que el Estado tiene también reservadas funciones ejecutivas, y no sólo legislativas, así como el hecho de que se refiera al “sistema educativo nacional”, que evidencia que, a pesar de que se hayan transferido importantes competencias a las Comunidades Autónomas, el Estado conserva la posibilidad de realizar las intervenciones que estime necesarias³⁰⁴.

La segunda parte del proceso, la incorporación a los Estatutos Autonómicos de las competencias conferidas a través de la ley orgánica,

³⁰⁴ EMBID IRUJO, Antonio: “La descentralización en la enseñanza. Marco jurídico y problemas pendientes”, en EMBID IRUJO, Antonio [et al.]: *La descentralización de la enseñanza*, Egido editorial, Zaragoza, 1999, p. 41.

tuvo lugar en 1994, concretamente el 24 de marzo, ya que se aprobó la reforma de los diez Estatutos el mismo día³⁰⁵. En todos ellos se incluye una redacción idéntica del artículo atinente a la educación:

“1. 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 lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que, conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma, lo desarrollen, y sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la alta inspección para su cumplimiento y garantía.

2. Para garantizar una prestación homogénea y eficaz del servicio público de la educación que permita corregir las desigualdades o desequilibrios que puedan producirse, la Comunidad Autónoma facilitará a la Administración del Estado la información que ésta le solicite sobre el funcionamiento del sistema educativo en sus aspectos cualitativos y cuantitativos y colaborará con la Administración del Estado en las actuaciones de seguimiento y evaluación del sistema educativo nacional”

Con este artículo puede decirse que las Comunidades Autónomas de la vía lenta tienen competencia en materia educativa en todo aquello que no tenga atribuido el Estado de manera exclusiva.

A pesar de que, como ya hemos indicado, los estatutos anteriores no tienen ninguna previsión similar a la contenida en el segundo apartado de este artículo, la doctrina coincide en señalar que en la actualidad la competencia en materia de educación es homogénea en

³⁰⁵ Las leyes orgánicas de reforma de los Estatutos son: 1/1994 (Asturias); 2/1994 (Cantabria); 3/1994 (La Rioja); 4/1994 (Murcia); 6/1994 (Aragón); 7/1994 (Castilla-La Mancha); 8/1994 (Extremadura); 9/1994 (Islas Baleares); 10/1994 (Madrid); 11/1994 (Castilla y León). La LO 5/1994 reformaba el Estatuto Valenciano, aunque en este caso no se trataba de que asumiera nuevas competencias, pues como hemos visto ya las tenía a través de una ley de transferencia, sino que lo que hacía era “incorporarlas” al Estatuto.

las diecisiete Comunidades Autónomas, con la única salvedad de las precisiones que puedan hacerse en relación con cuestiones idiomáticas o lingüísticas específicas de determinadas comunidades³⁰⁶.

El proceso de traspaso de competencias no finalizó, y por tanto no ha sido efectivo, hasta el curso académico 2000/2001, que fue el primero en el que las Comunidades Autónomas ejercieron sus competencias en la materia.

C) *Los nuevos Estatutos de Autonomía*

A partir de 2006, comenzó un proceso de reforma estatutaria de las Comunidades Autónomas que así lo desearon, que culminó con la reforma de siete Estatutos³⁰⁷, los de Valencia, Cataluña, Baleares, Andalucía, Aragón, Castilla y León y Extremadura. La mayoría de estos textos contienen, entre otras innovaciones, declaraciones de derechos, lo que ha sido objeto de discusión por la doctrina³⁰⁸, si bien el Tribunal Constitucional acabó afirmando la validez constitucional de tales declaraciones, al considerar

³⁰⁶ EMBID IRUJO, Antonio: “La transferencia...”, *op cit*, p. 36; DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, pp. 194-195.

³⁰⁷ LO 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

³⁰⁸ Nos parece ejemplificativo de esta discusión doctrinal el debate planteado entre los profesores Díez-Picazo y Caamaño en una serie de artículos (Díez-Picazo, Luis María: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pp. 63-75; Caamaño Domínguez, Francisco: “Sí, pueden: (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007, pp. 33-46; Díez-Picazo, Luis María: “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: repuesta a Francisco Caamaño”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, pp. 63-70).

“es posible (...) que la normativa autonómica, dictada dentro de los ámbitos competenciales que le sean propios, incida en la regulación del régimen jurídico de esos derechos, respetando siempre, naturalmente, las determinaciones que pudieran seguirse de las competencias estatales (art. 149.1 CE). Así ocurre, por ejemplo, en relación con la educación (arts. 27 y 149.1.30 CE)”³⁰⁹

En tales declaraciones se recogen preceptos relativos a la educación³¹⁰, si bien se hace de un modo distinto en cada uno de ellos, acabando así con la regulación unitaria que propició la reforma de 1992, si bien no podemos entender de estas modificaciones que la situación competencial sea distinta a la que había con anterioridad, pues estas reformas, en este ámbito, se limitan a introducir en los Estatutos lo que ya se contenía en la legislación autonómica³¹¹.

Podemos diferenciar cuatro tipos de regulación: en primer lugar, la contenida en los Estatutos de Aragón³¹² y Extremadura³¹³, que contiene la educación no entre los derechos, sino como un principio rector que debe ser perseguido por los poderes públicos.

³⁰⁹ STC 247/2007, FJ 13.

³¹⁰ Para un análisis más detallado sobre estas declaraciones que el que aquí se presenta, véase ROSADO VILLAVERDE, Cecilia: *La regulación estatutaria de los derechos y libertades*, Dykinson, Madrid, 2012. En concreto, se refieren al derecho a la educación las páginas 245-251.

³¹¹ GUILLÉN LÓPEZ, Enrique: “Derechos, principios y objetivos educativos”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (dir.): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, p. 539; ROSADO VILLAVERDE, Cecilia: *La regulación estatutaria...*, *op cit*, p. 246.

³¹² Artículo 21.

³¹³ Artículo 7, apartado 11. Éste es el único de los nuevos Estatutos que no contiene una declaración de derechos como tal.

El segundo tipo de regulación es la que contiene el Estatuto de Valencia³¹⁴, que incluye el derecho a la educación entre los derechos sociales que recoge, pero de un modo muy genérico.

Una regulación más detallada se contiene en los Estatutos balear³¹⁵ y castellanoleonés³¹⁶, que contiene las líneas básicas del derecho a la educación, como la calidad del sistema educativo, la gratuidad de la enseñanza, la participación de la comunidad educativa o el derecho a acceder a una educación adaptada para las personas con necesidades educativas especiales.

Mención especial merecen los estatutos de Cataluña³¹⁷ y Andalucía³¹⁸, que contienen una regulación sobre el derecho a la educación muy exhaustiva, en algunos casos simplemente reiterativa de lo ya dispuesto en la Constitución, como la gratuidad de la enseñanza obligatoria, previsiones similares a la contenida en el artículo 27.3 de la Constitución o la posibilidad de sostener centros privados con fondos públicos. Pero también hay contenidos novedosos, entre los que destaca el derecho a la gratuidad de los libros de texto en los niveles obligatorios, del Estatuto andaluz, o la definición de la escuela pública como laica, en ambos estatutos.

El Estatuto catalán fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad resuelto con la STC 31/2010, en la que se abordó, entre otros, el artículo dedicado a la educación, estableciendo la constitucionalidad del mismo al entender el Tribunal que este artículo se limita a reiterar lo que, de modo explícito o no, ya recogía la Constitución española:

³¹⁴ Artículo 10.

³¹⁵ Artículo 26, que contiene seis apartados.

³¹⁶ Artículo 13.1.

³¹⁷ Artículo 21, con ocho apartados.

³¹⁸ Artículo 21, compuesto por diez apartados.

“El propio tenor de los apartados 1 y 2 del art. 21 EAC es manifiestamente inocuo en su contraste con los diferentes apartados del art. 27 CE, pues aseguran en idénticos términos el derecho a la educación”³¹⁹

D) Las Ciudades Autónomas

En relación con las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, no tienen competencia en educación, sin embargo, ambas hacen referencia a la materia en su estatuto, al establecer:

“En el marco de la programación general de la enseñanza, la ciudad de Melilla propondrá a la Administración del Estado las peculiaridades docentes a impartir en los centros, atendiendo a las necesidades que se estimen prioritarias para la comunidad melillense”³²⁰

Por tanto, no estamos ante una competencia como tal, pues se limita a la comunicación a la Administración General del Estado de las peculiaridades que puedan darse en su territorio y que estime conveniente trasladar a la enseñanza, lo que, en su caso, hará la Administración General del Estado.

4.3. Órganos que garantizan la homogeneidad del sistema

Ante la posible disparidad que podría implicar este traspaso de competencias y en aras al respeto del principio de igualdad, se impone crear organismos de coordinación entre los diversos entes territoriales. Siguiendo el mecanismo establecido también para otras competencias, el artículo 28 de la LODE establece:

³¹⁹ STC 31/2010, FJ 20.

³²⁰ Art. 23 Estatuto de Melilla. En el Estatuto de Ceuta se regula también en el artículo 23, con una redacción idéntica.

“A los fines previstos en el artículo anterior, y con carácter previo a la deliberación del Consejo Escolar del Estado, se reunirá la Conferencia de Consejeros titulares de educación de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y el Ministro de Educación y Ciencia, convocada y presidida por éste. Asimismo, la Conferencia se reunirá cuantas veces sea preciso para asegurar la coordinación de la política educativa y el intercambio de información”

Es decir, se crea la Conferencia Sectorial de Educación, presidida por el Ministro de Educación y formada por los diecisiete consejeros autonómicos del ramo. Con esta conferencia se pretende, por un lado, que exista una coordinación entre los distintos entes territoriales con competencia en la materia, por otro, facilitar el intercambio de información entre ellos.

También para garantizar la homogeneidad del sistema educativo, los Estatutos de Autonomía prevén la creación de la Alta Inspección, de competencia exclusiva del Estado. La regulación inicial que realizó el Estado de esta institución, que se contenía en el RD 480/1981, fue recurrida por el País Vasco y Cataluña ante el Tribunal Constitucional, que avaló su constitucionalidad en la STC 6/1982.

En la actualidad, las funciones de la Alta Inspección están recogidas en el artículo 150 de la LOE, que establece:

“1. En el ejercicio de las funciones que están atribuidas al Estado, corresponde a la Alta Inspección:

- a) Comprobar el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Estado en la ordenación general del sistema educativo en cuanto a modalidades, etapas, ciclos y especialidades de enseñanza, así como en cuanto al número de cursos que en cada caso corresponda.
- b) Comprobar la inclusión de los aspectos básicos del currículo dentro de los currículos respectivos y que éstos se cursan de acuerdo con el ordenamiento estatal correspondiente.

- c) Comprobar el cumplimiento de las condiciones para la obtención de los títulos correspondientes y de los efectos académicos o profesionales de los mismos.
- d) Velar por el cumplimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes en materia de educación, así como de sus derechos lingüísticos, de acuerdo con las disposiciones aplicables.
- e) Verificar la adecuación de la concesión de las subvenciones y becas a los criterios generales que establezcan las disposiciones del Estado.”

Por tanto, no estamos ante una labor de “inspección administrativa” típica, sino que su actividad tiene como objetivo la efectividad de los derechos y deberes fundamentales y del cumplimiento de lo dispuesto en la legislación básica del Estado³²¹, como muestran los artículos dedicados a esta figura en la LOE.

“Corresponde al Estado la alta inspección educativa, para garantizar el cumplimiento de las facultades que le están atribuidas en materia de enseñanza y la observancia de los principios y normas constitucionales aplicables y demás normas básicas que desarrollan el artículo 27 de la Constitución”³²²

4.4. Referencia a los entes locales

Para finalizar este apartado sobre la distribución de competencias en materia de enseñanza, haremos una breve referencia a las entidades locales. Como es sabido, sólo el Estado y las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en esta materia, sin embargo, los municipios no son totalmente ajenos a la misma, bien porque las propias Comunidades Autónomas puedan reconocer, descentralizar o

³²¹ EMBID IRUJO, Antonio: “La descentralización...”, *op cit*, p. 46.

³²² Artículo 149.

delegar alguna competencia a los municipios de su territorio³²³, bien por algunas competencias menores que establece la legislación.

Así, la Ley de Bases de Régimen Local, establece en su artículo 25.2 n):

“El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: (...)

n) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria”³²⁴

De esta manera, su principal cometido será la colaboración o participación con la Administración educativa en la creación de centros públicos y la gestión de los mismos, así como hacer un seguimiento del cumplimiento de la escolarización obligatoria, además de otras competencias a las que iremos haciendo referencia.

5. FINALIDAD DE LA EDUCACIÓN, EL ARTÍCULO 27.2 DE LA CONSTITUCIÓN

El constituyente de 1978 era consciente del papel que juega el sistema educativo en el desarrollo de la sociedad, por ello no quiso plasmar un sistema carente de valores, sino que se estableció, en el

³²³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis: “El artículo 27...”, *op cit*, p. 48.

³²⁴ Actualmente está en tramitación una reforma en el Congreso con la que este apartado pasaría a disponer: “El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: (...) n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial”.

segundo apartado del artículo 27, cuáles debían ser los fines de la educación³²⁵:

“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”³²⁶

Esta “vinculación finalista” del derecho a la educación es anómala si la comparamos con los demás derechos fundamentales, que no se reconocen para la consecución de un fin constitucionalmente establecido³²⁷. Se sigue así la tradición de convenios internacionales sobre la materia, que también destinan un apartado a la definición del objeto de la educación³²⁸. En la legislación española estos fines quedan plasmados en el artículo 2 LODE, que además de los recogidos en la Constitución y en los tratados internacionales añade alguno más:

³²⁵ La inclusión de los fines de la educación en la Constitución no es habitual en Derecho comparado, de hecho, entre los países de la Unión Europea sólo tienen una cláusula similar las constituciones de Bélgica (art. 24.3), Portugal (art. 73.2), Grecia (art. 16.2) y Austria (art. 14.5 a)).

³²⁶ SOLAZÁBAL ECHAVARRÍA considera que este precepto fue el que hizo posible el consenso entre las fuerzas políticas, ya que “suponía la renuncia por parte de la derecha y de la izquierda a la utilización partidista de la enseñanza como instrumento fundamental de socialización política” (*op cit*, p. 142).

³²⁷ SOLAZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: *op cit*, p. 143.

³²⁸ Así, el art. 26.2 DUDH establece: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas 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” y el art. 13.1 PIDESC: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en 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”. En cambio, en el ámbito regional europeo ni el CEDH ni la CDFUE contienen ninguna previsión en este sentido.

“La actividad educativa, orientada por los principios y declaraciones de la Constitución, tendrá, en los centros docentes a que se refiere la presente Ley, los siguientes fines: a) El pleno desarrollo de la personalidad del alumno; b) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de la convivencia; c) La adquisición de ámbitos individuales y técnicas de trabajo; d) La capacitación para el ejercicio de actividades profesionales; e) La formación en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España; f) La preparación para participar activamente en la vida social y cultural; g) La formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos y para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos y no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social”

Mediante el segundo apartados del artículo 27 se descarta un sistema educativo aséptico, pues, por mandato constitucional, en la escuela deberán de transmitirse los valores constitucionales. FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO señalan gráficamente que, al establecer los fines de la educación, se deja constancia de que no sólo se quiere una educación *en* libertad, sino también *para* la libertad³²⁹, colaborando así en garantizar el futuro del sistema democrático. En palabras de ALÁEZ CORRAL:

“La razón última de esta orientación finalista de la educación se halla en la instrumentalidad de la educación para la preservación y desarrollo del sistema constitucional democrático”³³⁰

³²⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 179. Cursivas de los autores. FERNÁNDEZ-MIRANDA sostiene que: “En materia educativa la Constitución ha querido ser ya no implícita sino explícitamente militante” (“Educación para la ciudadanía. Una perspectiva constitucional”, en LÓPEZ CASTILLO, Antonio (ed.): *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 151).

³³⁰ ALÁEZ CORRAL, Benito: “El ideario educativo constitucional...”, *op cit*, p. 96.

Y es que la educación es el mejor mecanismo para perpetuar el modelo constitucional y el respeto a los derechos fundamentales³³¹.

Así pues, al contrario de lo que interpretó algún diputado constituyente, no estamos ante un precepto “meramente declarativo”³³², sino que el objeto y los fines que en él se señalan serán determinantes para entender el concepto de educación de nuestra Constitución y que este apartado condiciona al resto del artículo 27, pues:

“Este precepto es la construcción medular a partir de la cual es necesario interpretar las demás normas contenidas en el artículo 27”³³³

De este modo, el artículo 27.2 CE regirá la actividad educativa en todos sus ámbitos, niveles y centros docentes, sea cual sea la naturaleza, pública o privada, de los mismos. Incluso, CÁMARA VILLAR ha defendido que los fines educativos señalados en este apartado no se restringen a la enseñanza reglada, sino que son también de aplicación en la enseñanza no reglada, ya que

“esta interpretación amplia es mucho más conveniente para con los objetivos y valores constitucionales (preámbulo, art. 1,1), y más aún teniendo en cuenta que, entre otras razones, la Constitución está

³³¹ VALERO HEREDIA, Ana: *op cit*, p. 152.

³³² Así lo entendió CARRO MARTÍNEZ, que solicitó en su enmienda (núm. 2) la supresión del apartado segundo de este artículo por entender que este apartado era “declarativo y no normativo”, sin embargo, no la defendió.

³³³ CÁMARA VILLAR, Gregorio: “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, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, p. 2185.

especialmente preocupada por la protección de la infancia y de la juventud (arts. 20.4, 39.4, 48)”³³⁴

Los tres elementos recogidos en este apartado –pleno desarrollo de la personalidad, respeto a los principios democráticos y a los derechos fundamentales–tienen reflejo en distintos preceptos de la Constitución pues son valores constitucionalizados. Así, el libre desarrollo de la personalidad se vincula con la dignidad humana en el artículo 10.1 CE, y muchos autores han señalado que, especialmente cuando se trata de menores, como sujetos en formación, en él debe incluirse la “libre formación de su conciencia”,

“lo cual requiere de un modelo educacional y de un contexto educativo basado en el pluralismo, la libertad y el respeto a los derechos fundamentales y que promueva o promueva su espíritu crítico”³³⁵

Los principios democráticos de convivencia son los que se identifican con la definición del Estado como social y democrático de Derecho, además de su organización como Estado autonómico y perteneciente a la Unión Europea. Por último, los derechos y libertades fundamentales a los que se refiere son los que así se reconocen por la Constitución, es decir, los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I³³⁶.

Para la interpretación del contenido de cada uno de estos aspectos, ALÁEZ CORRAL³³⁷ hace algunas observaciones: en primer lugar, estamos ante valores y principios abstractos, por lo que para su

³³⁴ *Idem*, p. 2176. Contrario a esta opinión es COTINO HUESO, para quien la aplicación del artículo 27.2 CE a la enseñanza no reglada es una “extensión desmedida” que “podría debilitar diversos derechos y libertades” (*op cit*, p. 86).

³³⁵ VALERO HEREDIA, Ana: *op cit*, p. 160.

³³⁶ ALÁEZ CORRAL, Benito: “El ideario educativo constitucional...”, *op cit*, p. 112.

³³⁷ *Idem*, pp. 113-114.

comprensión será necesario atender a otros preceptos constitucionales que ayuden a su definición, así como a la doctrina del Tribunal Constitucional o a la legislación de desarrollo. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el contenido concreto no puede entenderse como algo fijo, sino que irá evolucionando conforme lo haga la sociedad. El último aspecto que señala el autor es que la interpretación deberá de completarse con lo establecido en tratados internacionales que contengan cláusulas similares.

Por último, en relación con la función que desempeña este apartado, el Tribunal Constitucional ha establecido que es doble: por un lado limitativa y por otro una función de “inspiración positiva”³³⁸, lo que ha sido recogido igualmente por la doctrina

“Los demás apartados del artículo 27 que reconocen derechos y libertades son claramente instrumentales respecto a lo establecido en el apartado 2º, configurador de los objetivos últimos del sistema y, por consiguiente, precepto que enmarca por una parte la posición de todos los centros educativos, limitándolos negativamente y activándolos con una directriz constitucional y, por otra, la de los propios escolares”³³⁹

Por tanto, la vertiente negativa o limitativa del artículo 27.2 CE constituye un límite para las demás libertades presentes en la educación, como la libertad de creación de centros docentes o la libertad de cátedra ya que éstas, al desarrollarse dentro del sistema educativo, deberán de respetar los fines que rigen el mismo. GARRIDO incluso mantiene que

³³⁸ STC 5/1981, FJ 7.

³³⁹ CÁMARA VILLAR, Gregorio: “Sobre el concepto y los fines...”, *op cit*, p. 2169.

“el verdadero efecto jurídico del artículo 27.2 es el de limitar dos libertades expresamente proclamadas en la Constitución: la libertad de enseñanza y la libertad de cátedra”³⁴⁰

En cuanto a la perspectiva positiva, el pleno desarrollo de la personalidad es el principio informador de todo el sistema, por lo que los poderes públicos deben realizar las actuaciones necesarias, así, algunos autores han identificado al artículo 27.2 con el “ideario educativo constitucional”³⁴¹. En este sentido, DÍAZ REVORIO mantiene que las finalidades establecidas en este artículo se integran en el contenido del derecho a la educación,

“de manera que éste (el derecho a la educación) es el derecho a recibir una formación orientada a dichos fines”³⁴²

Pero no sólo los poderes públicos son destinatarios de esta “esfera positiva” del 27.2, al contrario, todos los que intervienen en el proceso educativo y las actividades que en él se realicen deberán estar inspiradas en los principios de este precepto³⁴³.

A pesar de esto, REDONDO no se muestra demasiado optimista en relación con la función inspiradora del precepto estudiado, pues sostiene que

“la fórmula constitucional que establece la formación en el respeto a los valores democráticos y a los derechos fundamentales se ha interpretado principalmente como una aspiración, un anhelo o un buen propósito, en vez de entender que se trata de un contenido

³⁴⁰ GARRIDO FALLA, Fernando: *op cit*, p. 637.

³⁴¹ CÁMARA VILLAR, Gregorio: “Sobre el concepto y los fines...”, *op cit*, p. 2179.

³⁴² DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 63.

³⁴³ CÁMARA VILLAR, Gregorio: “Sobre el concepto y los fines...”, *op cit*, p. 2187. Este autor pone como ejemplo de las actividades y elementos que deben regirse por el apartado 2: los libros de texto, las explicaciones del profesor, las “actividades de extensión no propiamente académicas” o el ideario de los centros privados.

propio e irrenunciable del sistema educativo que vincula al legislador”³⁴⁴

Y ello porque, según la misma autora, existe una gran desproporción entre los objetivos fijados y los medios establecidos por el legislador³⁴⁵.

Como no podía ser de otra manera, estos fines son igualmente aplicables a la enseñanza religiosa –más aún si se realiza dentro del sistema educativo–, con lo que deberá de analizarse si las condiciones en las que ésta se regula respetan, fundamentalmente, el pleno desarrollo de la personalidad de los menores que la reciben, especialmente en lo referido a la libre formación de su conciencia, y los derechos fundamentales –en particular, los reconocidos en el artículo 27, pero también el derecho a la libertad religiosa contenido en el artículo 16 CE–.

II. DERECHO A LA EDUCACIÓN

Antes de abordar los distintos elementos de este derecho, debemos hacer una precisión inicial sobre su objeto, determinar qué es educación a los efectos del artículo 27 CE. El Tribunal Constitucional ha señalado que

“el derecho de todos a la educación, no cabe olvidarlo, se ejerce en el marco de un sistema educativo en el que los poderes públicos (...) determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje, organizando asimismo su

³⁴⁴ REDONDO, Ana María: *op cit*, p. 101.

³⁴⁵ *Idem*, p. 100.

desarrollo en los distintos Centros docentes; por lo que la educación constituye, en términos generales, una educación reglada”³⁴⁶

Es decir, la educación a la que haremos referencia en este capítulo se ciñe a la “enseñanza reglada”, caracterizada por su continuidad y sistematicidad hacia la obtención de un cuerpo de conocimientos y valores³⁴⁷. Esto no niega que pueda haber centros educativos al margen del sistema establecido por los poderes públicos, pero quedan al margen de este derecho y, por tanto, de su régimen jurídico.

Entrando ya en el análisis del derecho a la educación, en primer lugar veremos su titularidad y posteriormente su contenido.

1. TITULARIDAD

El primer inciso del artículo 27.1 de la Constitución es claro en lo referente a la titularidad del derecho a la educación: “*Todos* tienen el derecho a la educación”³⁴⁸.

El reconocimiento general de la titularidad del derecho se reconoció desde las primeras propuestas del texto constitucional³⁴⁹ y quedó fijado el sujeto “todos” en el anteproyecto. Sin embargo, sí se interpusieron enmiendas que defendían el reconocimiento del derecho para “todos los españoles”, como las de los diputados SILVA MUÑOZ³⁵⁰ y GÓMEZ DE LAS ROCES³⁵¹.

³⁴⁶ STC 337/1994, FJ 9B).

³⁴⁷ STC 5/1981, FJ 7.

³⁴⁸ Las cursivas son nuestras.

³⁴⁹ El borrador que se hizo público el 22 de noviembre establecía en el primer apartado del que entonces era el artículo 31: “Se reconoce el derecho a la educación”.

³⁵⁰ Enmienda número 74. Fueron varios los diputados de Alianza Popular que interpusieron enmiendas en este sentido, pero SILVA MUÑOZ fue el único que la

MARTÍNEZ DE PISÓN mantiene que la titularidad de este derecho, el “todos” por el que optó el constituyente, debe entenderse de un modo amplio³⁵², con lo que no pueden introducirse por el legislador exigencias relativas a la nacionalidad. Por tanto, el acceso al sistema educativo debe ser generalizado, aunque, como veremos, ello no es incompatible con la exigencia de aptitudes para el acceso a los niveles no básicos.

Debemos de destacar que el artículo no hace referencia a una edad determinada, con lo que, en principio, estarán incluidas todas las personas independientemente de su edad, es decir, el derecho no se reserva a las “personas en edad escolar”, sino que son también titulares del mismo los adultos. Sin embargo, en relación con el derecho-deber a recibir enseñanza básica³⁵³ –que se define como “obligatoria y gratuita” desde el texto constitucional– sí cabe establecer una diferenciación, según se trate de la obligatoriedad o de la gratuidad.

Los sujetos obligados a recibir esta enseñanza básica no deben ser fijados por el objeto (el nivel básico) sino por el sujeto³⁵⁴. De este modo, no estarán obligados a cursar la enseñanza básica los adultos

defendió. Esta misma línea sobre la titularidad se defendía en la enmienda de UCD en el Congreso, pero fue retirada.

³⁵¹ Es de destacar la defensa que hizo este diputado de su propuesta de identificación de los españoles como titulares del derecho, pues consideraba que “sólo si se menciona a los españoles, a todos, la obligación constitucional no se detendrá en nuestras fronteras, sino que alcanzará, con las dificultades previsibles, a los hijos de nuestros emigrantes que residen fuera de España y que están sujetos a obligaciones sociales y cívicas que parecen ignorarse en este precepto” (DSCD, núm. 72, de 23 de mayo de 1978, p. 2602).

³⁵² MARTÍNEZ DE PISÓN, José: *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, Sevilla, 2003, p. 138.

³⁵³ Véase el epígrafe II.3 de este capítulo.

³⁵⁴ DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 52. En el mismo sentido FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad de enseñanza...*, *op cit*, p. 47.

que hayan superado la edad prevista en la ley para dicha educación, aunque no hubiesen adquirido el nivel académico básico³⁵⁵.

Por otro lado, en relación con la gratuidad de la enseñanza cabe plantearse si también en este caso la titularidad debe definirse por el sujeto o si debe atenderse al objeto. DÍAZ REVORIO mantiene a este respecto que

“tanto la obligatoriedad como la gratuidad se predicen inicialmente de las enseñanzas básicas, con independencia de quien las curse, y sólo el respeto a su libertad excluye a los adultos de la obligatoriedad de la enseñanza básica, pero ello no es argumento suficiente para excluirlos de la gratuidad misma”³⁵⁶

Por tanto, según este autor, lo determinante para establecer quiénes son titulares del derecho a la gratuidad será el objeto de la educación, las enseñanzas básicas, de modo que los programas para la educación básica de adultos deberían ser gratuitos, pues lo contrario incurriría en inconstitucionalidad por vulneración del derecho fundamental a la educación. Es interesante destacar en qué basa este autor la diversa titularidad del deber de educación básica y la gratuidad de la misma: en la libertad del individuo; y es que, como él mismo señala, obligar a los adultos a adquirir este nivel mínimo de estudios supondría una carga excesiva para su libertad.

La LOE hace referencia a la enseñanza de adultos en su artículo 5³⁵⁷, incidiendo, además de en la educación continua, en el deber de las

³⁵⁵ Actualmente, la educación básica comprende de los 6 a los 16 años (art. 4.2 LOE).

³⁵⁶ DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 52.

³⁵⁷ Concretamente en sus apartados 4 y 5 que disponen: “4. Asimismo, corresponde a las Administraciones públicas promover, ofertas de aprendizaje flexibles que permitan la adquisición de competencias básicas y, en su caso, las correspondientes titulaciones, a aquellos jóvenes y adultos que abandonaron el sistema educativo sin ninguna titulación. 5. El sistema educativo debe facilitar y las Administraciones

Administraciones de promover la educación básica para las personas que abandonaron el sistema educativo, con el objetivo de que toda la población alcance el nivel de educación secundaria postobligatoria, y la regula en el Capítulo IX del Título I.

En relación con la titularidad del derecho por parte de los extranjeros, como hemos visto, están incluidos en el término empleado por la Constitución en su artículo 27.1. No podría ser de otro modo, pues el derecho a la educación es un derecho vinculado a la dignidad humana³⁵⁸ y, por tanto, “pertenece a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”³⁵⁹.

Ahora bien, ello no obsta para que debamos hacer algunas precisiones en relación con la situación administrativa del extranjero en nuestro país. Conforme al artículo 13.1 CE, debemos atender a lo dispuesto en los tratados internacionales y las leyes para determinar en qué medida gozan de los derechos reconocidos en nuestra Constitución. Entre los tratados internacionales suscritos por España en la materia, encontramos algunos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que atribuyen el derecho de modo general a “toda persona” (art. 26), otros en cambio puntualizan que los extranjeros deberán tener la residencia para que el Estado esté obligado a este reconocimiento³⁶⁰.

En nuestro país debemos tener en cuenta que, como Estado miembro de la Unión Europea, debe diferenciarse entre los ciudadanos de un Estado miembro y los de terceros Estados. Los primeros podrán

públicas deben promover que toda la población llegue a alcanzar una formación de educación secundaria postobligatoria o equivalente”.

³⁵⁸ Así lo ha reconocido la STC 236/2007, FJ 8.

³⁵⁹ STC 107/1984, FJ 3.

³⁶⁰ Art. 3e) de la Convención de 1960 contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.

residir y cursar estudios en España sin limitación alguna³⁶¹. Respecto a los nacionales de terceros Estados, la legislación española hace referencia a esta cuestión en la LOE y en la ley de extranjería. El artículo 1.3 de la LOE establece:

“los extranjeros residentes en España tendrán también derecho a recibir la educación a que se refieren los apartados uno (básica) y dos (superior) de este artículo”

Por su parte, la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, establecía en su artículo 9.2:

“Los extranjeros tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación infantil y superiores a la enseñanza básica y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas”

Sin embargo, tras la reforma operada por dicha ley, el artículo 9.3 estableció que los menores para acceder a la enseñanza no obligatoria debían tener su residencia en España. Esta modificación fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 236/2007 que, tras señalar la vinculación del derecho a la educación con la dignidad humana, sostiene:

“El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a

³⁶¹ Esto se recoge en el art. 7.1 c) RD 240/2007 que, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012, exige que se cuente con un seguro de enfermedad y con los recursos económicos suficientes para “no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia”. Esta normativa se aplica igualmente a los ciudadanos de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo.

la enseñanza secundaria postobligatoria (...). Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor”³⁶²

El requisito de la residencia a los menores de edad se declaró así nulo por el Tribunal, por lo que el derecho a la educación se garantiza a todos los menores extranjeros, con independencia del nivel académico (básico o no) y de su situación administrativa en España³⁶³.

Sin embargo, y a pesar de que hemos dicho al inicio de este epígrafe que no existe ninguna limitación de edad para ser titular del derecho a la educación, en el caso de los extranjeros, cuando sean mayores de edad sólo podrán ejercer este derecho si no se encuentran en España de manera irregular, bien porque tengan permiso de residencia o visado de estudios.

2. CONTENIDO

El contenido esencial del derecho a la educación se compone de varios aspectos, aunque, como ya se adelantó, no todos los autores coinciden en incluir los mismos³⁶⁴. Nosotros nos centraremos en

³⁶² STC 236/2007, FJ 8.

³⁶³ A pesar de esta igualdad teórica en el disfrute del derecho, ROSADO VILLAVERDE hace notar cómo la concentración de población inmigrante en determinados barrios de las ciudades o la necesidad de apoyo de los alumnos que llegan a España con un nivel educativo distinto al que les corresponde por edad o con dificultades con el idioma produce, de hecho, una segregación escolar que impide que el ejercicio del derecho a la educación pueda ejercitarse en condiciones de igualdad efectiva (ROSADO VILLAVERDE, Cecilia: “Inmigración y educación: la aparición de guetos escolares en los centros educativos”, en SOUTO PAZ, José Antonio (dir.), *Educación y libertad*, Dykinson, Madrid, 2012).

³⁶⁴ Así, hay autores que incluyen en el contenido esencial del derecho la participación reconocida en el artículo 27.5 (como EMBID IRUJO, Antonio: “El contenido del derecho...”, *op cit*, pp. 653-681) y otros que no incluyen este aspecto pero sí la calidad

aquellos que más nos interesan en relación con el objeto de este trabajo: el derecho a acceder al sistema educativo, a permanecer en el puesto educativo y el contenido del artículo 27.4 CE.

2.1. *El derecho a acceder al sistema educativo*

Este derecho es el “contenido primario y más elemental del derecho a la educación”³⁶⁵, ya que supone el acceso a la misma. Con él se hace referencia a la obtención de una plaza en la enseñanza reglada una vez se cumplan las condiciones académicas exigidas. Es decir, no se refiere a cualquier tipo de enseñanza, sino a las que en cada momento los poderes públicos hayan establecido como conformadoras del sistema educativo, actualmente relacionadas en el artículo 3.2 de la LOE³⁶⁶.

Se establece así el deber de los poderes públicos de garantizar plazas escolares suficientes en todo el sistema educativo, lo que, como veremos más adelante, harán mediante la programación general de la enseñanza y la creación de centros³⁶⁷.

Con relación a este “derecho de acceso” deben hacerse varias precisiones. La primera de ellas es que no implica el acceso al centro que se elija, sino que lo que se garantiza con este contenido es el acceso

en la educación (véase FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad de enseñanza...*, *op cit*, pp. 39-50).

³⁶⁵ DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 55. En términos similares se expresa MARTÍNEZ DE PISÓN (*op cit*, p. 142).

³⁶⁶ Dicho artículo establece: “Las enseñanzas que ofrece el sistema educativo son las siguientes: a) Educación infantil; b) Educación primaria; c) Educación secundaria obligatoria; d) Bachillerato; e) Formación profesional; f) Enseñanzas de idiomas; g) Enseñanzas artísticas; h) Enseñanzas deportivas; i) Educación de personas adultas; j) Enseñanza universitaria”.

³⁶⁷ Estas competencias serán estudiadas en el apartado III de este capítulo. Así lo ha entendido también el TEDH en su sentencia del caso *Timishev contra Rusia*, de 13 diciembre 2005, § 64.

a una plaza en un centro que imparta enseñanza reglada, pero no podrá derivarse del mismo un derecho a ser admitido en un centro concreto o a que se cree el servicio en una zona determinada. Obviamente, esto no excluye que en determinadas ocasiones la creación del servicio sea un requisito indispensable para poder ejercer el derecho a la educación³⁶⁸.

Por otro lado, el acceso a los niveles superiores al básico (y obligatorio) está condicionado al cumplimiento de requisitos de capacidad. Así, el alumno deberá de haber mostrado ciertas capacidades y aptitudes para poder continuar en el sistema educativo, para garantizar el aprovechamiento del servicio³⁶⁹. Estos requisitos no deben verse como condicionantes a la titularidad del derecho, sino a su ejercicio, y en la medida que respondan a criterios objetivos y razonables serán conformes a la Constitución³⁷⁰.

Por último, señalar que nuestro ordenamiento sólo prevé la posibilidad de ejercer este derecho en la “red pública educativa”, un pretendido derecho a acceder a un centro privado determinado carece de cobertura constitucional, aunque los centros incluidos en dicha red pública pueden variar según lo que establezca la legislación, siendo exclusivamente los de titularidad pública o también los de titularidad privada pero que se encuentran concertados por la Administración y que ofrecen educación gratuita. Contrario a esta segunda posibilidad se manifestó en un inicio FERNÁNDEZ-MIRANDA, que sostuvo

“aunque la red privada de centros escolares se financie públicamente (...) el contenido del derecho amparado en el art. 27.1

³⁶⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 173.

³⁶⁹ *Idem*, p. 174.

³⁷⁰ *Ibidem*.

de la Constitución, sigue siendo ejercitable exclusivamente en los centros de la red pública educativa”³⁷¹

Queda así descartado el sistema de “cheque escolar”, que consiste en que el Estado abone una cantidad a las familias por cada hijo en edad escolar para que se opte por el centro educativo que se desee, independientemente de su titularidad pública o privada.

2.2. El derecho a permanecer en el puesto educativo

Este derecho es consecuencia lógica del anterior, pues de nada serviría reconocer el derecho al acceso a un puesto educativo si no se garantizara igualmente la permanencia en el mismo, por lo que debe considerarse parte del contenido esencial del derecho³⁷².

En este caso, la permanencia se refiere tanto respecto al sistema educativo, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para ello, como respecto al centro en el que se ha ingresado, de modo que se puedan cursar en el mismo centro todos los estudios para los que éste tiene habilitación.

Ahora bien, la permanencia en el centro no es un derecho absoluto sino que puede perderse en determinadas circunstancias, fundamentalmente por la falta de rendimiento académico y como consecuencia de un procedimiento disciplinario. Esta posible pérdida implica que tanto la evaluación de los conocimientos como las posibles medidas disciplinarias deban realizarse siguiendo criterios objetivos y razonables, para garantizar que la pérdida de este derecho no responda a la aplicación de medidas arbitrarias. Obviamente, otra circunstancia que puede suponer la limitación del derecho es su imposibilidad

³⁷¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad de enseñanza...*, *op cit*, p. 42.

³⁷² DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 56.

material por el cierre de un centro, si bien en esos casos deberá de reasignarse a los alumnos a otros centros educativos.

A) Evaluación objetiva de los conocimientos

El artículo 6.3 de la LODE establece en su apartado c) el derecho de los alumnos

“a que su dedicación, esfuerzo y rendimiento sean valorados y reconocidos con objetividad”

Este derecho es consecuencia directa de la estructura del sistema educativo, dado que el paso de un nivel a otro de la educación requiere que el alumno demuestre el aprendizaje de los conocimientos exigidos para cada etapa³⁷³, puesto que la posibilidad o no de promocionar de curso se debe a la satisfactoria obtención de los conocimientos de cada área³⁷⁴.

Por tanto, los sistemas de control de los conocimientos de los alumnos deben de ser “racionales y objetivos”, dado que lo contrario impediría la promoción en el sistema y la permanencia en el mismo.

Para que la falta de rendimiento académico sea una causa legítima de pérdida del derecho a la permanencia es necesario que ésta sea “objetiva y reiterada”. Así deben interpretarse las previsiones que la legislación hace en relación a los periodos máximos de estudio en

³⁷³ SATRÚSTEGUI, Miguel: *op cit*, p. 369.

³⁷⁴ En la educación primaria, para la promoción de curso se hace alusión a la adquisición de “competencias básicas” y “el adecuado grado de madurez” (art. 20.2 LOE), en la ESO, no se podrá pasar de curso si no se han superado tres materias (art. 28.3 LOE), al igual que en bachillerato (art. 36.2 LOE). Tanto para la obtención del título de secundaria como de bachillerato se exige haber alcanzado las competencias y objetivos de todas las áreas (arts. 31.1 y 37 LOE). Una vez se aplique la reforma introducida con la LOMCE, en la ESO no se podrá promocionar si se ha suspendido Matemáticas y Lengua Castellana y Literatura de forma simultánea.

régimen ordinario para las diversas etapas³⁷⁵, dado que si no han podido superarse en dichos plazos se entenderá que el rendimiento académico del alumno no es el que debiera.

B) Tratamiento disciplinario sin arbitrariedades

En relación a los procedimientos disciplinarios, que pueden llevar aparejados la pérdida del puesto educativo, el Tribunal Constitucional aclaró ya en su STC 5/1981 que estaba vinculado con el contenido esencial del derecho a la educación, pues al analizar si el artículo 39 de la LOECE, sobre medidas disciplinarias, debía ser o no orgánico sostuvo:

“El artículo 39 afecta de manera esencial al derecho fundamental que todos los ciudadanos tienen a la educación (art. 27.1 de la Constitución). De nada serviría reconocer este derecho en el texto constitucional si luego fuese posible sancionar arbitrariamente a los alumnos dentro de los centros por supuestas faltas de disciplina cuya consecuencia última pudiera ser la expulsión del centro; con ello se imposibilitaría o al menos se dificultaría el ejercicio real de ese derecho fundamental”³⁷⁶

FERNÁNDEZ-MIRANDA mantiene que esta conexión con el contenido esencial del derecho a la educación implica una serie de garantías procedimentales, como son: que las faltas y las sanciones deben estar tipificadas, que el procedimiento sancionador debe de estar revestido de las garantías suficientes para no crear indefensión y que el contenido

³⁷⁵ Los plazos previstos son: para la educación básica, podrá seguirse hasta los dieciocho años (art. 4.2 LOE); y los dos cursos de bachillerato no se podrán cursar durante más de cuatro años (art. 32.4 LOE).

³⁷⁶ STC 5/1981, FJ 28.

material de las medidas respeten la Constitución y los fines de la educación establecidos en ésta³⁷⁷.

En la actualidad, las conductas susceptibles de sanción, las posibles sanciones y el procedimiento para acordarlas se recogen en un Real Decreto, en el que se prevé como medidas correctoras de las “conductas gravemente perjudiciales para la convivencia del centro”³⁷⁸, entre otras, la suspensión del derecho de asistencia al centro o, incluso, el cambio de centro³⁷⁹, es decir, en lo que a nosotros nos interesa, la suspensión del “derecho de permanencia” en el puesto educativo. En cuanto al procedimiento disciplinario, la competencia sancionadora será del director del centro, que podrá ser supervisada por el Consejo Escolar³⁸⁰, y las medidas correctoras deberán tener un carácter “educativo y recuperador”, además de ser proporcionales³⁸¹.

³⁷⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad de enseñanza...*, *op cit*, p. 46.

³⁷⁸ Se consideran conductas “gravemente perjudiciales para la convivencia del centro” las recogidas en el artículo 52 del RD 732/1995: “a) Los actos de indisciplina, injuria u ofensas graves contra los miembros de la comunidad educativa; b) La reiteración, en un mismo curso escolar, de conductas contrarias a las normas de convivencia del centro recogidas en el Capítulo II del Título IV de este Real Decreto; c) La agresión grave física o moral contra los demás miembros de la comunidad educativa o la discriminación grave por cualquiera de las razones enumeradas en el artículo 12.2.a) de este Real Decreto; d) La suplantación de personalidad en actos de la vida docente y la falsificación o sustracción de documentos académicos; e) Los daños graves causados por uso indebido o intencionadamente en los locales, material o documentos del centro o en los bienes de otros miembros de la comunidad educativa; f) Los actos injustificados que perturben gravemente el normal desarrollo de las actividades del centro; g) Las actuaciones perjudiciales para la salud y la integridad personal de los miembros de la comunidad educativa del centro, o la incitación a las mismas; h) El incumplimiento de las sanciones impuestas”.

³⁷⁹ Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros, artículo 53.

³⁸⁰ Artículos 132 y 127 de la LOE, respectivamente.

³⁸¹ Artículo 43 RD 732/1995.

2.3. El artículo 27.4: Enseñanza básica obligatoria y gratuita

La Constitución, además de garantizar el derecho a acceder a la educación, establece, en el cuarto apartado de su artículo 27, que en relación con los niveles básicos ésta es un derecho-deber, al afirmar: “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita”.

Mediante este apartado se establecen dos sujetos de obligación: los educandos (o sus padres, que serán los que deban cumplir con la obligación de escolarizarles) y los poderes públicos. Éstos deberán, por un lado, tomar las medidas necesarias para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho, y por otro, adoptar mecanismos que permitan fiscalizar su cumplimiento³⁸².

La Constitución no dispone cuál es la “educación básica”³⁸³, sino que será el legislador el que determine qué edad comprende y cuál es el contenido de la enseñanza que recibe tal calificación³⁸⁴. Sin embargo, algunos autores sí han adelantado qué debe entenderse por ella, como DE LOS MOZOS, que mantiene que un “control razonable”

“obligaría al legislador a considerar como básico –en un determinado contexto social y cultural- aquel conjunto de conocimientos indispensable para acceder a niveles superiores de formación, o al aprendizaje de un oficio en condiciones tales que permitan adquirir los suficientes elementos de juicio ante las

³⁸² CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Libertad de cátedra...*, *op cit*, p. 221.

³⁸³ Esta necesidad de desarrollo legislativo no impide su reconocimiento como derecho fundamental.

³⁸⁴ Sí hubo una propuesta para incluir la edad de esta educación, en la enmienda del senador CORTE ZAPICO (enmienda núm. 235), que proponía que se fijara en el texto constitucional que la enseñanza básica comprendía de los 4 a los 16 años.

informaciones públicas y la participación en la vida social y política, en general”³⁸⁵

Al establecer la edad, el legislador debe atender a diversos parámetros. Por un lado, los fines que debe perseguir la educación establecidos en el artículo 27.2 CE, pues si el libre desarrollo de la personalidad es uno de ellos parece que la educación obligatoria deberá extenderse, al menos, hasta que comience a desarrollarse dicha personalidad. En segundo lugar y dado el gasto que implica para el Estado, el número de años durante los que queda asegurada esa gratuidad puede estar condicionado por su situación económica. Un último elemento a tener en cuenta será la edad fijada por los países de nuestro entorno³⁸⁶.

En la actualidad, la LOE³⁸⁷ fija que corresponden con la enseñanza básica los niveles de educación primaria y de educación secundaria obligatoria³⁸⁸, es decir, como señala la misma ley, se desarrollará entre los seis y los dieciséis años, aunque como ya hemos visto los alumnos tendrán derecho a cursar esta enseñanza hasta los dieciocho³⁸⁹. Ahora bien, el legislador podría modificar estos niveles y edades, dado que la Constitución nada establece al respecto (más allá del propio término)³⁹⁰.

³⁸⁵ MOZOS TOUYA, Isabel de: *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995, p. 150.

³⁸⁶ En los países europeos de nuestro entorno la educación obligatoria comienza entre los 5 y los 6 años y finaliza a los 15 o 16.

³⁸⁷ La determinación de los cursos académicos que comprenden la enseñanza obligatoria forma parte del desarrollo del derecho y, por tanto, es competencia del Estado.

³⁸⁸ Art. 3.3 LOE.

³⁸⁹ Art. 4.2 LOE.

³⁹⁰ De hecho, la LOE establece los mismos periodos y edades que los que ya se fijaron en la LOGSE, pero con anterioridad a ésta la LGE preveía que la Educación General Básica duraba ocho años, “entre los seis y trece años de edad” (art. 15.2).

A) Educación obligatoria

La primera característica que la Constitución liga a la enseñanza básica es su obligatoriedad, lo que según ODRIUZOLA es consecuencia de la calificación del Estado como social y de la libertad como valor fundamental,

“la justificación de esta obligación por parte de los poderes públicos, se basa en una presunción, según la cual, el niño no es un ser formado y las posibilidades de ser libre dependen del desarrollo de su personalidad, siendo la educación un instrumento esencial para alcanzarla”³⁹¹

El establecimiento de la obligatoriedad se debe fundamentalmente al sujeto al que va dirigida, pues con ella se impide que el disfrute del derecho dependa de la autonomía de la voluntad que, necesariamente, sería de terceros (generalmente de los padres), pues el menor³⁹² carece de la capacidad necesaria para adoptar estas decisiones (más aún en el momento de acceso al sistema). Así, la obligación de cursar la enseñanza básica se fundamentaría en el interés general de la sociedad de que sus miembros tengan una formación y en el propio fin de la educación: el pleno desarrollo de la personalidad (art. 27.2 CE).

El deber constitucional de la enseñanza básica supone que cuando un alumno de este nivel cometa una falta sancionada con la

³⁹¹ ODRIUZOLA IGUAL, Cristina: “El derecho a la educación como mecanismo de control en los conflictos entre ideario y libertad de cátedra”, en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 3, 2003, p. 288.

³⁹² Como ya vimos, la titularidad de este deber no se define por el objeto (la educación básica), sino por el sujeto: el menor comprendido entre los seis y los dieciséis años, por lo que al hablar de la obligación de cursar la enseñanza básica siempre nos estaremos refiriendo a un menor.

expulsión del centro, la administración deberá proporcionarle una nueva plaza en otro centro docente³⁹³.

En relación con la enseñanza obligatoria, cabe mencionar un último problema: si la obligación sólo puede satisfacerse mediante la escolarización de los menores o si sería suficiente con acreditar los conocimientos que se exigen en ella. Es decir, si los padres o tutores podrían optar por la educación en casa o en instituciones que no han sido reconocidas por los poderes públicos y que por tanto no están incluidas en las “enseñanzas regladas”.

Esta cuestión ha tenido menos eco en nuestro país que en otros del entorno, sin embargo, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre ella en su STC 133/2010³⁹⁴, en la que descarta que la no escolarización sea parte del contenido esencial del derecho a la educación:

“el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea prima facie, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado”³⁹⁵

Ahora bien, la escolarización obligatoria no es una obligación constitucional, sino que es una de las opciones que tiene el legislador³⁹⁶, de manera que éste podría establecer medidas alternativas

³⁹³ Artículo 53.3 RD 732/1995.

³⁹⁴ En la STC 260/1994 también se trató un caso en el que los padres habían optado por la no escolarización de sus hijos, pero el Tribunal se centró en la conformidad de la retirada de la custodia a los padres por ese motivo.

³⁹⁵ STC 133/2010, FJ 5.

³⁹⁶ El artículo 4.2 LOE dispone la escolarización obligatoria al establecer “la enseñanza básica comprende diez años de escolaridad”.

que garantizasen el derecho reconocido en el artículo 27.4 y que no implicasen la escolarización obligatoria. Aun así, no puede olvidarse que la transmisión de conocimientos

“no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización”³⁹⁷

En conclusión, el Tribunal Constitucional considera que, además de no ser contrario a la Constitución, la escolarización obligatoria responde mejor a los fines educativos que dispone el artículo 27.2 CE.

B) Educación gratuita

Al establecer que la enseñanza es obligatoria, necesariamente se debe prever que también sea gratuita, pues

“la gratuidad es condición esencial para el ejercicio efectivo y generalizado del derecho”³⁹⁸

Aunque la Constitución sólo establece como gratuita la educación básica, la legislación española ha disociado ambos términos, de modo

³⁹⁷ STC 133/2010, FJ 8.

³⁹⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 177.

que, además de la obligatoria, se prevé la gratuidad del segundo ciclo de la educación infantil³⁹⁹.

La gratuidad establecida en el artículo 27.4 CE se refiere exclusivamente a la enseñanza en sentido estricto⁴⁰⁰, es decir, de este precepto constitucional no puede deducirse un derecho a la gratuidad de los servicios conexos –como el comedor, el transporte escolar o los libros de texto–⁴⁰¹ con la excepción de aquellos casos en los que la prestación del servicio sea necesaria para la efectividad del derecho a la educación, lo que sucedería, por ejemplo, cuando la administración asigne un centro docente en otro municipio; para estos supuestos, la ley establece que

“las Administraciones educativas prestarán de forma gratuita los servicios escolares de transporte y, en su caso, comedor e internado”⁴⁰²

Esta previsión legal es exigencia del artículo 9.2 CE, pues de lo contrario en determinados casos se imposibilitaría el ejercicio del derecho. Aunque no esté recogido en la LOE, las Comunidades Autónomas (y algunos municipios) han establecido sistemas de becas y/o de bonificaciones para acceder al servicio de comedor o para adquirir los libros de texto, basados en las rentas de las familias y por

³⁹⁹ Artículo 15.2 LOE.

⁴⁰⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 178.

⁴⁰¹ Si bien, como ya se mencionó, alguna Comunidad Autónoma sí ha incluido estas prestaciones en su regulación del derecho a la educación, como Andalucía, cuyo Estatuto de Autonomía prevé la gratuidad de los libros de texto de los cursos relativos a la enseñanza básica y su posible extensión a otros cursos (art. 21.5).

⁴⁰² Artículo 82.2 LOE. Esta medida se prevé en el artículo dedicado a la “igualdad de oportunidades en el mundo rural”. La disposición adicional quinta de la LOMCE, sobre “sistema de préstamos de libros de texto” establece: “El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte promoverá el préstamo gratuito de libros de texto y otros materiales curriculares para la educación básica en los centros sostenidos con fondos públicos, en el seno de la Conferencia Sectorial de Educación”.

tanto también garantizando el ejercicio del derechos para aquellos que, por falta de recursos, podrían verlo muy comprometido.

Como vimos al tratar la naturaleza del derecho, la prestación a la que da lugar este apartado es directamente exigible, sin necesidad de desarrollo legislativo, ya que es perfectamente identificable quiénes son los sujetos beneficiarios de la prestación (todos⁴⁰³), quién debe sufragarla (los poderes públicos) y a qué sector de la enseñanza se alude, aunque en la Constitución, como ya hemos visto, no se defina qué es lo básico⁴⁰⁴. Por tanto, los poderes públicos están obligados a destinar partidas presupuestarias a la educación, pues si no se pudiera acceder a una plaza gratuita, aunque ello se debiera a la falta de recursos presupuestarios, supondría la vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 27 de la Constitución.

Ya adelantamos que la Constitución sólo se refiere a la gratuidad en la educación básica, por lo que ésta será la única que se podrá exigir constitucionalmente⁴⁰⁵. Sin embargo, tratados internacionales suscritos por España disponen que la educación secundaria, e incluso la enseñanza superior, deberán tender a la gratuidad:

“Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: (...) b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en

⁴⁰³ Ya vimos que la titularidad del derecho a la gratuidad sí debe entenderse en relación con el objeto (enseñanza básica) y no con el sujeto, por lo que los adultos serán también titulares del derecho.

⁴⁰⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Libertad de cátedra...*, *op cit*, pp. 247-249.

⁴⁰⁵ La enmienda núm. 460 del Senado, de XIRINACS I DAMIANS, pretendía que se incluyese la gratuidad de la enseñanza media, incluida la profesional.

particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita (...)⁴⁰⁶

Por tanto, España deberá de tomar las medidas pertinentes para que el acceso a todo el sistema educativo sea generalizado y tendente a la gratuidad para cumplir con este compromiso internacional, pero el incumplimiento no supondrá la vulneración del derecho fundamental a la educación reconocido en nuestra Constitución⁴⁰⁷.

III. LIBERTAD DE ENSEÑANZA

El artículo 27.1, tras el derecho a la educación, dispone “se reconoce la libertad de enseñanza”, lo que no había sido inicialmente previsto por la ponencia⁴⁰⁸, aunque sí se incluyó desde el primer momento el derecho a crear centros escolares, por lo que podemos decir que la libertad de enseñanza estuvo presente en toda la tramitación del texto constitucional.

Como ya se adelantó, la mayor parte de la doctrina, el Tribunal Constitucional y el legislador han optado por una interpretación amplia de la libertad de enseñanza, en la que se incluiría, junto con la creación de centros, la libertad de cátedra de los docentes y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Artículo 13.2 PIDESC.

⁴⁰⁷ Como sucede con todos los derechos prestacionales, una situación económica desfavorable puede incidir en el alcance del derecho, y podría repercutir en el número de cursos que comprendiese la educación obligatoria (y por tanto gratuita).

⁴⁰⁸ Los distintos textos que se proponían por la ponencia giraban exclusivamente en torno al derecho a la educación. Así, el texto del borrador disponía: “todos tienen derecho a la educación”, la ponencia proponía “todos tienen el derecho y el deber a la educación”, mientras que el texto de UCD era “todos los españoles tienen el derecho a la educación”.

⁴⁰⁹ STC 5/1981, FJ 7. Un contenido similar le da la LODE, que en la exposición de motivos añade a estos aspectos el de la libertad de conciencia de los alumnos.

Otros autores, en cambio, mantienen que es más acertado utilizar una concepción estricta, al considerar que

“la amplitud de contenidos que pretenden ampararse en la noción de libertad de enseñanza hace poco útil esta noción, e incluso, puede llevar a problemas de interpretación”⁴¹⁰

El presente epígrafe lo dedicaremos fundamentalmente a la libertad de creación de centros, aunque también haremos una referencia final a los derechos educativos paternos. En cambio, la libertad de cátedra se analizará en el siguiente apartado.

1. TITULARIDAD DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES

La libertad de creación de centros se reconoce tanto a personas físicas como jurídicas por expreso mandato constitucional (art. 27.6), si bien en relación con las personas jurídicas se refiere exclusivamente a las de carácter privado, como establece la LODE, cuyo artículo 21 dispone al respecto en su primer apartado:

“Toda persona física o jurídica de carácter privado y de nacionalidad española tiene libertad para la creación y dirección de centros docentes privados (...)”

Esta regulación es muy similar a la que contenía el artículo 32 de la LOECE, si bien en éste no se excluía expresamente a las personas de carácter público de esta titularidad⁴¹¹.

⁴¹⁰ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 228. También se muestra más favorable a una interpretación estricta Miguel SATRÚSTEGUI (*op cit*, p. 370).

⁴¹¹ En el artículo 32.1 LOECE se incluía entre las potestades de los centros privados, además de crear y dirigir, la de “gestionar”, aspecto que desapareció en la LODE, sin embargo, no parece que esto deba interpretarse como que la ley haya reducido el contenido del derecho sino más bien parece que se ha entendido que ya quedaba incluida en las otras expresiones.

Para poder ejercer esta libertad, la ley no requiere ninguna titulación. Por otro lado, debe destacarse que la titularidad que establece la ley es tanto para crear, como hacía la Constitución, como para dirigir los centros de enseñanza privados. Esto no podría ser de otro modo pues, como veremos al hablar del contenido del derecho, una faceta queda vacía sin la otra y, por tanto, es lógico que la ley reconozca ambos aspectos. Ahora bien, en los centros sostenidos con fondos públicos dicha dirección puede verse condicionada por la participación de la comunidad escolar que establece el artículo 27.7 CE, asunto que abordaremos al tratar este tipo de centros.

En relación con los extranjeros, la Constitución no establece de modo expreso ninguna limitación por nacionalidad⁴¹², sin embargo, la ley los excluye como titulares, pues la LODE se refiere a las personas con “nacionalidad española”⁴¹³, sin embargo, algunos autores han mantenido que, “desde un punto de vista constitucional, puede ser ejercido por los extranjeros «en los términos que establezcan los tratados y la ley» (art. 13.1 CE)”⁴¹⁴, por tanto, habrá que atender a las condiciones de reciprocidad y a lo que establezcan los tratados internacionales.

Por otro lado, la propia LODE, en su artículo 12.2 parece abrir la vía a esta interpretación, pues prevé la existencia de centros extranjeros en España, por lo que reconocería dicha titularidad, al menos en caso de reciprocidad y en lo previsto por tratados internacionales⁴¹⁵.

⁴¹² En la discusión de este apartado en el Senado hubo dos enmiendas que proponían introducir la exigencia de la nacionalidad española (enmiendas núm. 194 y 217).

⁴¹³ El artículo 32 de la LOECE no hacía referencia alguna a la nacionalidad de los titulares, pero ésta quedaba también reservada a los españoles según el artículo 7 de la misma ley.

⁴¹⁴ DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 81.

⁴¹⁵ Este es el caso de los centros que se sitúan en España pero que dependen de un tercer Estado, como el colegio alemán, que no siguen el sistema educativo español

Respecto a su titularidad para crear centros españoles, esta se reconoce necesariamente a todos los extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea conforme al TFUE, que establece la libertad de circulación, de establecimiento y de prestación de servicios en el territorio de la Unión Europea, sin que puedan establecerse cláusulas discriminatorias por razón de nacionalidad⁴¹⁶.

En relación con los extranjeros de terceros Estados, la Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma operada por la LO 8/2000, incluía un apartado en el artículo sobre el derecho a la educación que disponía:

“5. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes”⁴¹⁷

Sin embargo, dicho apartado fue suprimido con la reforma operada por la LO 2/2009, sin que ni siquiera se hiciese alusión a dicha supresión ni se planteasen enmiendas al respecto. Cabría plantearse si esto les excluye como titulares de la libertad que ahora analizamos, sin embargo, no creemos que sea así, pues no parece proporcionada una limitación absoluta a dicha titularidad⁴¹⁸. En cualquier caso, los centros creados al amparo de la legislación anterior a esta última reforma mantendrían sus derechos, de conformidad con el principio de irretroactividad de las leyes.

sino el del Estado al que pertenecen, regulados en el RD 806/1993, sobre el régimen de los centros extranjeros en España.

⁴¹⁶ Artículos 49 a 62. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de 15 de marzo de 1988 (asunto 147/86) se pronunció en relación con la libertad de enseñanza, condenando a Grecia por prohibir a los nacionales de Estados miembros crear centros de enseñanza.

⁴¹⁷ Artículo 9.

⁴¹⁸ Aunque sí podrían introducirse condiciones de ejercicio diversas a las exigidas a los nacionales.

En el desarrollo que hace la LODE de esta libertad, a pesar del reconocimiento general que hace la Constitución sobre su titularidad, establece una serie de limitaciones en el segundo apartado de su artículo 21, que dispone:

“No podrán ser titulares de centros privados:

- a) Las personas que presten servicios en la Administración educativa estatal, autonómica o local
- b) Quienes tengan antecedentes penales por delitos dolosos
- c) Las personas físicas o jurídicas expresamente privadas del ejercicio de este derecho por sentencia judicial firme
- d) Las personas jurídicas en las que las personas incluidas en los apartados anteriores desempeñen cargos rectores o sean titulares del 20 por 100 o más del capital social”⁴¹⁹

La doctrina discute si estas limitaciones se refieren a la titularidad del derecho o a su ejercicio. DÍAZ REVORIO mantiene que se limita el ejercicio porque podría ejercerse si desapareciera el elemento que impide dicho ejercicio⁴²⁰. En cambio, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO, a nuestro modo de ver de forma más acertada, diferencian entre los supuestos que recogen los apartados b) y c), que establecen una incapacidad y por tanto la “privación de la titularidad subjetiva”, y el apartado a), que contiene una incompatibilidad y por tanto un límite al ejercicio mientras se esté en el cargo que implica dicha incompatibilidad, pero que desaparece con la renuncia al mismo⁴²¹.

Este precepto fue uno de los que se recurrieron ante el Tribunal Constitucional, por considerar que en el apartado a) se incluía una

⁴¹⁹ La LOECE establecía una limitación similar en su artículo 32.2, con la salvedad del apartado c), en el que incluía también como resolución que podía privar de esta libertad las sanciones administrativas. La actual regulación, que lo limita a las resoluciones judiciales firmes, es sin duda más acorde con nuestro sistema de garantías de derechos fundamentales y libertades públicas.

⁴²⁰ DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 81.

⁴²¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 191.

causa de incompatibilidad que dejaba una amplia discrecionalidad al legislador y los apartados b) y c) establecían una incapacidad carente de cobertura constitucional y que además vulneraría el principio de legalidad penal, la presunción de inocencia y el objetivo de la reinserción social.

El Tribunal Constitucional declaró su constitucionalidad en la STC 77/1985 al considerar que el apartado a) se justifica sobradamente con el principio de neutralidad de la Administración previsto en el artículo 103.1 CE, ya que en 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”⁴²²

En relación con el apartado b), considera que es consecuencia directa de la aplicación del principio de protección a la infancia establecido en el art. 20.4 CE y de los fines de la educación establecidos en el art. 27.2. Por otro lado, no puede considerarse una pena adicional, ni lo considera incompatible con el principio de reinserción del delincuente.

Respecto al apartado c), el Tribunal considera que éste no establece ninguna prohibición, sino que se limita a apuntar lo obvio: que no podrán ser titulares los que hayan sido privados de esta posibilidad.

Por último, el apartado d) es igualmente considerado constitucional, en primer lugar, por las consideraciones anteriores en relación con los tres primeros apartados, pero asimismo dispone que el hecho de que se prevea una participación del 20% y no mayoritaria

⁴²² FJ 29.

trata de evitar que esas personas puedan tener una capacidad de decisión real, que podría tener con dicho porcentaje.

Así pues, en lo que a los españoles y ciudadanos de la Unión Europea se refiere, la titularidad de esta libertad es amplia y las limitaciones previstas en la ley son, además de razonables, consecuencia de otros preceptos constitucionales.

2. CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES

A pesar de que lo único que se reconoce expresamente en la Constitución es la libertad de creación de centros, la doctrina ha entendido que ésta incluye también el derecho de dirección y el derecho a establecer un ideario. Así lo entendía también el constituyente pues, ante las enmiendas que proponían la inclusión de las palabras “y dirección”⁴²³ representantes de los partidos políticos que apoyaban el texto propuesto por la ponencia dijeron que esto ya estaba incluido en el apartado sexto⁴²⁴.

2.1. Derecho a crear centros escolares

La libertad de creación de centros docentes está reconocida en el apartado 6 del artículo 27 y en el ámbito de la Unión Europea en el artículo 14.3 CDFUE, supone la imposibilidad de monopolio del Estado (o de los poderes públicos) en la enseñanza, de modo que se podrán crear otros de naturaleza privada.

El objeto de este derecho no se ciñe a los que imparten enseñanzas regladas, sino que se referiría a todas las instituciones en

⁴²³ Esta propuesta se hacía en un total de tres enmiendas en el Congreso (núm. 41, 74 y 779) y ocho en el Senado (núm. 6, 174, 194, 217, 229, 425, 842 y 844).

⁴²⁴ Así lo hicieron Sr. ALZAGA VILLAAMIL (*DSCD*, núm. 72, de 23 de mayo de 1978, p. 2601), Sr. ROCA JUNYENT (*DSCD*, núm. 72, de 23 de mayo de 1978, p. 2608) o el Sr. CAMACHO ZANCADA (*DSCD*, núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 4027).

las que se instruya a los alumnos de manera continua y sistemática, por lo que se incluyen también aquellos de enseñanzas no regladas⁴²⁵. Ahora bien, como en seguida veremos, la naturaleza de una y otra educación supondrá que los requisitos establecidos por el Estado sean distintos.

Aunque la mayoría de la doctrina, y el Tribunal Constitucional, consideran que ésta es la manifestación más elemental de la libertad de enseñanza⁴²⁶, otros han mantenido que esto no es así, ya que

“La libertad de creación es (...) una libertad auxiliar de la enseñanza, pero perfectamente distinguible de ésta (...) [puesto que puede haber] centros docentes sin un propio ideario expreso de tal forma que en este caso no podría hablarse de que sus titulares hubieran ejercitado la libertad de enseñanza, sino, solamente, la de creación”⁴²⁷

A pesar de ello, aquí se defenderá que sí forma parte de la libertad de enseñanza, al igual que la creación de un ideario, a lo que EMBID parece limitar esta libertad.

La ley ha previsto la necesidad de una autorización administrativa previa para la apertura y funcionamiento de centros que impartan enseñanzas regladas, además de haber establecido una serie de requisitos⁴²⁸. Esta autorización previa para el ejercicio del derecho está perfectamente justificada por la naturaleza de la actividad que se va a desarrollar en los centros (educación) y los sujetos a los que va dirigida

⁴²⁵ STC 5/1981, FJ 7.

⁴²⁶ Entre otros: FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 190; DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 82; BARNES VÁZQUEZ, Javier: “La educación en la Constitución de 1978. (Una reflexión conciliadora)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984, p. 50.

⁴²⁷ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*, *op cit*, p. 314.

⁴²⁸ Art. 23 LODE.

(en su gran mayoría menores), además de responder a otros principios o garantías aplicables en esta materia, como las facultades del Estado en la homologación y programación general de la enseñanza.

Ahora bien, y como no podría ser de otra manera para el respeto del derecho fundamental, esta autorización no puede entenderse como una actuación discrecional de la administración, sino reglada, es decir, deberá concederse siempre que se cumplan los requisitos previstos reglamentariamente, y que se referirán a “titulación académica del profesorado, relación numérica alumno-profesor, instalaciones docentes y deportivas y número de puestos escolares”⁴²⁹. La inclusión de estos elementos dentro de los requisitos mínimos exigibles a los centros son razonables y respetuosos con el contenido esencial de la libertad de creación de centros docentes, y tampoco cuestiona esta conclusión la habilitación al Gobierno para su desarrollo reglamentario, pues por un lado el aspecto técnico de la materia recomienda que se desarrolle mediante reglamento y, por otro lado, su margen de actuación está constreñido a los elementos establecidos en la LODE, sin que pueda introducir parámetros nuevos. Por último, no debemos olvidar que estos requisitos se establecen para todo tipo de centros, tanto de titularidad pública como privada⁴³⁰.

En cambio, con relación a la apertura y funcionamiento de los centros de enseñanzas no regladas la LODE hace una remisión al derecho común para su apertura y funcionamiento, salvo los destinados a niños de educación infantil (guarderías privadas), que quedarán también sometidos al régimen ya explicado para los centros de enseñanzas regladas⁴³¹.

⁴²⁹ Art. 14 LODE. Se encuentra regulado en el RD 332/1991.

⁴³⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 193.

⁴³¹ Art. 24 LODE.

Para finalizar con el contenido de este derecho debe señalarse que éste no se agota con la creación del centro, sino que incluye también la permanencia y funcionamiento de éste. De este modo se evita dejar sin contenido al derecho de creación⁴³², lo que sucedería si no se protegiese igualmente la continuidad de esos centros, pero también permite comprobar el cumplimiento de la normativa establecida por los poderes públicos con posterioridad a la creación.

2.2. Derecho de dirección

El derecho de dirección no tiene un reconocimiento explícito en la Constitución, sin embargo, nadie ha dudado en reconocerlo vinculado a la creación de centros y como “corolario lógico” del mismo⁴³³, incluso con un rango constitucional.

Esta ausencia de mención no se debe a que no se discutiera en el constituyente, antes al contrario, hubo numerosas propuestas al respecto, que finalmente fueron desechadas. Sin embargo, debemos considerarla implícita, así lo ha hecho el propio Tribunal Constitucional que ha reconocido el derecho de dirección como parte de la libertad de enseñanza.

FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO⁴³⁴ sostienen que debe entenderse implícito el derecho de dirección en el artículo 27.6 por cuatro razones: en primer lugar, porque lo contrario desnaturalizaría el derecho de creación de centros; en segundo lugar, porque se puede

⁴³² Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 18 y 20 de marzo de 1985. Para un análisis de las sentencias del Tribunal Supremo sobre la autorización de creación de centros escolares y la revocación la de la misma, véase GARCÍA-PARDO, David: *op cit*, pp. 91-108.

⁴³³ BARNES VÁZQUEZ, Javier: *op cit*, p. 50.

⁴³⁴ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 256.

deducir *a contrario* del 27.7⁴³⁵; en tercer lugar, porque entiende que el constituyente tenía esta intención, a pesar de que no lo incluyese de manera expresa; por último, porque el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo reconoce en su artículo 13.4 y, conforme al artículo 10.2 de nuestra Constitución éste debe utilizarse como parámetro interpretativo del 27.6 CE⁴³⁶.

En este último argumento –la interpretación conforme a los tratados internacionales– es en el que se centra la mayor parte de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional⁴³⁷, aunque también en la propia lógica del derecho de creación de centros que, como se apuntó, no se agota con el acto de constitución.

En cuanto al contenido esencial del derecho de dirección, el Tribunal Constitucional señaló que tiene una perspectiva positiva y una negativa,

“desde la primera perspectiva [positiva], implica el derecho a garantizar el 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”⁴³⁸

⁴³⁵ El artículo 27.7 CE establece que la comunidad educativa participará en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, por lo que, según el razonamiento de estos autores, el constituyente entendería que en los demás casos no intervendrán.

⁴³⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO señalan que, de hecho, este fue el motivo por el que se introdujo este art. 10.2 en el Senado, “a fin de disipar toda clase de dudas” (*op cit*, p. 256).

⁴³⁷ STC 77/1985, FJ 20.

⁴³⁸ *Ibidem*.

Todas las regulaciones que limiten este derecho de dirección deberán respetar el contenido esencial establecido por el Tribunal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, como veremos al hablar de los centros concertados⁴³⁹, el artículo 27.7 de la Constitución impone que, en este tipo de centros, el poder de dirección del titular se vea limitado por el derecho de participación de profesores, padres y alumnos.

Por último, debemos hacer una precisión en relación al ejercicio de este derecho. El titular del centro es quien tiene este derecho de dirección, sin embargo, ello no implica que deba desempeñar él personalmente el cargo de director, pues podrá designar a quien considere conveniente.

2.3. El establecimiento de un ideario o carácter propio del centro

El derecho a establecer un ideario tampoco está expresamente previsto por la Constitución, pero al igual que en el caso de la dirección de los centros, el reconocimiento ha sido unánime en la doctrina. Lo incluyó la legislación de desarrollo del artículo 27 CE, pero como señalan FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO

“pese a tal falta de reconocimiento constitucional expreso no nos encontramos ante un derecho introducido por la Ley, sino ante un derecho con directa cobertura constitucional”⁴⁴⁰

ORTIZ DÍAZ incluso sostiene que

“sin ideario carece de sentido la libertad de establecer centros docentes por los grupos sociales y particulares”⁴⁴¹

⁴³⁹ Epígrafe IV.3.5 de este capítulo.

⁴⁴⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 196.

⁴⁴¹ ORTIZ DÍAZ, José: *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, Málaga, 1980, p. 204.

La constitucionalidad de la previsión del ideario en la ley fue corroborada por el Tribunal Constitucional, que mantuvo que establecer un ideario educativo

“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. 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 (art. 38) consagra”⁴⁴²

Por tanto, no sólo le concede rango constitucional al considerarlo directamente vinculado con el derecho de creación de centros, sino que además le considera el elemento diferenciador entre el derecho reconocido en el artículo 27.6 y la libertad de empresa, que sería a lo que quedaría reducida la creación de centros si no se les reconociese la posibilidad de establecer idearios educativos.

Otros autores, en cambio, reconociendo el rango constitucional de este derecho, lo vinculan con el derecho a la libertad religiosa e ideológica reconocido en el artículo 16 de la Constitución⁴⁴³, o al derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos⁴⁴⁴.

ORTIZ DÍAZ define el ideario como

⁴⁴² STC 5/1981, FJ 8.

⁴⁴³ Así parece entenderlo IBÁN, Iván C. (“Enseñanza”, en IBÁN, Iván C.; PRIETO SANCHÍS, Luís; MOTILLA, Agustín: *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004, p. 311).

⁴⁴⁴ Compartía esta postura el Magistrado TOMÁS Y VALIENTE, que en el voto particular a la STC 5/1981, en su punto 7 afirma: “Puesto que los padres tienen el derecho fundamental recogido en el art. 27.3 de la Constitución, el ideario de cada centro docente privado cumple una función instrumental en relación con tal derecho”.

“el signo mediante el que cada escuela manifiesta su identidad, su espíritu educativo propio (...) la pequeña Constitución del centro escolar, que obliga a todos los estamentos de esa comunidad”⁴⁴⁵

El fin que se persigue con el establecimiento de un ideario educativo en un centro es preservar la autonomía del centro, al funcionar como límite de la libertad de cátedra de los profesores, de la actuación de los padres o de los alumnos, o de injerencias de los poderes públicos⁴⁴⁶ (dimensión negativa). Pero con él también se pretende que inspire o rija la actividad educativa del centro (dimensión positiva)⁴⁴⁷.

En cuanto al término “ideario”, éste se usaba en la LOECE, sin embargo la LODE no utiliza esta expresión, sino la de “carácter propio del centro”, aunque el Tribunal Constitucional consideró que el uso de una u otra expresión era indiferente y que ambas tenían el mismo contenido⁴⁴⁸.

Respecto a lo que pueda o deba contenerse en el ideario, el Tribunal Constitucional dispuso que

“el derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa (...) puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad”⁴⁴⁹

Opta por tanto el Tribunal por una concepción amplia del ideario, en el que podrían incluirse aspectos pedagógicos y organizativos de los centros docentes, y por tanto no limitada a aspectos morales y

⁴⁴⁵ ORTIZ DÍAZ, José: *op cit*, pp. 201 y 204.

⁴⁴⁶ ODRIÓZOLA IGUAL, Cristina: *op cit*, pp. 289-290.

⁴⁴⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 257.

⁴⁴⁸ STC 77/1985, FJ 8.

⁴⁴⁹ STC 5/1981, FJ 8.

religiosos, como proponía el Magistrado Tomás y Valiente en su voto particular, defensor de un concepto estricto de ideario.

El ideario de los centros educativos, en cuanto a la naturaleza jurídica, es un documento que goza de carácter normativo⁴⁵⁰ y su respeto es obligatorio dentro del centro docente⁴⁵¹. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el ideario de los centros escolares no es comparable a las formulaciones que pueda haber en otro tipo de empresas ideológicas, señalando que la doctrina entorno a los mismos no es trasladable a ningún otro tipo de empresas⁴⁵², con lo que se configura a los centros docentes con ideario como “empresas ideológicas especiales o cualificadas en relación con su actividad”⁴⁵³.

El carácter normativo y la obligatoriedad de su contenido imponen que el Tribunal Constitucional y la doctrina hayan establecido una serie de características que debe reunir un ideario para ser considerado como tal:

“La formulación del ideario debe ser pública, sintética e inequívoca, para que pueda ser conocida y comprendida por los padres de alumnos y por cualquier otra persona eventualmente interesada”⁴⁵⁴

Es decir, debe ser público, sintético e inequívoco, a lo que debemos añadir la estabilidad.

En relación con su publicidad, única de las características que está expresamente prevista en la ley, es consecuencia directa de su

⁴⁵⁰ MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, Marina: *Análisis jurídico de la libertad de enseñanza a través de la realidad educativa de los centros docentes de gestión privada*, Universidad de Málaga-Servicio de Publicaciones, Málaga, 2005, p. 48.

⁴⁵¹ Artículo 115.2 LOE.

⁴⁵² STC 106/1996, FFJJ 3 y 4.

⁴⁵³ MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, Marina: *op cit*, p. 49.

⁴⁵⁴ STC 5/1981, Voto particular de Francisco TOMÁS Y VALIENTE, punto 8.

carácter normativo, pues si sirve como límite al ejercicio de derechos de padres, profesores y alumnos⁴⁵⁵, debe de habersele dado una correcta publicidad. Así lo entiende el propio Tribunal Constitucional:

“Dado que el carácter propio ni es secreto (...) ni podría serlo [es necesario que] se arbitren los medios legales de publicidad (...) que se consideren oportunos para que ese carácter propio pueda ser conocido por las autoridades del Estado (y no sólo por los miembros de la comunidad educativa) (...) para que aquéllas puedan velar por la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales”⁴⁵⁶

Respecto a su carácter sintético, se refiere a la necesidad de que sean principios básicos que marquen su actuación, formulados de forma esquemática.

Igualmente debe ser inequívoco, es decir, “que esté redactado de forma clara y concisa”⁴⁵⁷, de modo que no pueda haber lugar a dudas en su interpretación. Por otro lado, no debe tener que deducirse de otros documentos en los que la misma empresa haya plasmado su ideología, sino que debe estar formulado como ideario para el centro docente⁴⁵⁸.

Por último, se exige que sea estable, lo que no implica su invariabilidad, pero sí que tenga vocación de ser duradero en el tiempo, pues de lo contrario se estarían defraudando las expectativas de los padres que escogen uno u otro centro por su ideario.

⁴⁵⁵ A su vez, se reconoce como derecho de los alumnos el conocer el ideario del centro (art. 16.2^a del RD 732/1995, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros).

⁴⁵⁶ STC 77/1985, FJ 10.

⁴⁵⁷ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*, *op cit*, p. 269.

⁴⁵⁸ MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, Marina: *op cit*, pp. 52 y 54.

Un requisito adicional, explícitamente recogido en la ley –a pesar de que no sería necesario conforme al Estado constitucional–, es el de que los idearios de los centros deberán respetar la Constitución y las leyes, especialmente en aquello a lo que hace referencia el artículo 27.2 CE.

Precisamente la limitación al contenido del ideario que podría implicar el artículo 27.2 CE supuso que el Tribunal Constitucional admitiese que éstos estaban también sometidos al régimen de autorización reglada dispuesto para la creación de centros, pues forma parte del acto de creación del centro⁴⁵⁹. Sin embargo, el procedimiento de autorización que establecía la LODE fue declarado contrario a la Constitución, pues, se segregaban las autorizaciones, de modo que, además de la autorización para crear centros, se establecía otra para los idearios, autorización esta última que se definía como reglada y que se concedería “siempre que aquél respete lo dispuesto en el apartado anterior” (que se refería no sólo al artículo 27.2 CE, sino a la forma en que se articulan el respeto a los derechos de padres, profesores y alumnos)⁴⁶⁰, el motivo de que esta regulación no prosperase se debió no al hecho de establecer una autorización diferenciada, sino al parámetro que debía de usar la Administración, pues planteaba serias dudas sobre su carácter reglado

“no aparece que la autorización recaiga exclusivamente sobre la adecuación del carácter propio del Centro a los principios que deben inspirar la educación según el art. 27.2 de la 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

⁴⁵⁹ STC 5/1981, FJ 8.

⁴⁶⁰ Artículo 22.2 del Proyecto de LODE.

derechos, no puede tratarse de una actuación estrictamente reglada (...)⁴⁶¹

La ley establece que es el titular del centro quien puede establecer un ideario, y por titular se entiende al que figure como tal en el Registro de centros de la Administración educativa⁴⁶². Por tanto, en caso de que el titular no fuese quien dirigiera el centro, el director no tiene potestad para establecer el ideario, aunque sí debe garantizar su aplicación⁴⁶³. Ahora bien, éste es un derecho potestativo, es decir, el titular del centro podrá optar por que se trate de un centro educativo sin ideario.

El ejercicio del derecho sí presenta algún problema cuando se pretende hacer con posterioridad a la creación del centro. El derecho a establecer un ideario puede realizarse en cualquier momento, tanto cuando se crea el centro como con posterioridad, ahora bien, la ley establece algunas limitaciones en este segundo caso para preservar los derechos de la comunidad educativa, al prever que no podrá surtir efectos hasta el siguiente curso:

“Artículo 115.3 LOE: Cualquier modificación en el carácter propio de un centro privado, por cambio de titularidad o por cualquier otra circunstancia, deberá ponerse en conocimiento de la comunidad educativa con antelación suficiente. En cualquier caso, la modificación del carácter propio, una vez iniciado el curso, no podrá surtir efectos antes de finalizado el proceso de admisión y matriculación de los alumnos para el siguiente curso”

Con esta disposición se acaba con la discusión sobre si el titular del centro puede o no modificar el ideario una vez comenzado el curso y que eficacia debe tener dicha modificación, problema que, en la

⁴⁶¹ STC 77/1985, FJ 10.

⁴⁶² Art. 108.3 LOE.

⁴⁶³ MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, Marina: *op cit*, pp. 43-44.

práctica, se ha planteado fundamentalmente por cambios en la titularidad del centro en periodos en que el proceso de matriculación de alumnos estaba ya cerrado.

3. LÍMITES A LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES

Los límites que a continuación analizaremos se aplican tanto a los centros privados como a los privados sostenidos con fondos públicos, aunque estos últimos están sujetos a otra serie de límites adicionales que se verán más adelante. En cualquier caso, deberemos de tener siempre presente que la aplicación de estos límites debe de hacerse con respeto al contenido esencial de los derechos.

3.1. Límites a la creación de centros escolares

Los límites a la libertad de creación de centros docentes vienen dados, en primer lugar, por el artículo 27.2 CE, pues, como ya vimos, los fines de la enseñanza que en él se establecen sirven de inspiración a todo el contenido del artículo 27. Dicho límite operaría, por un lado, como una vertiente negativa, en cuanto impedirían la creación de centros que fuesen en contra de tales principios; por otro lado, implica una obligación positiva de perseguir tales fines con la enseñanza, con lo que también se limita la actuación del titular del centro, al imponer un contenido mínimo (los valores constitucionales) en la educación que se imparta.

En segundo lugar, al encontrarnos en situaciones en las que coinciden necesariamente distintas personas, con intereses no siempre coincidentes (alumnos, padres, profesores), también operará como límite el respeto a los derechos de los demás. Esto no supone que siempre sea el derecho que ahora analizamos el que deba de ceder en caso de conflicto, sino que habrá que realizar una ponderación de cada caso.

El tercer límite que señala la doctrina es el de las competencias del Estado en materia educativa, a lo que EMBID⁴⁶⁴ denomina “límite genérico” y que se refiere fundamentalmente a las potestades de control y gestión de los centros o a la programación general de la enseñanza. El Estado, a través de estas facultades, velará por que todos los centros cumplan con los requisitos mínimos por él establecidos, y podrá negar la apertura, o imponer el cierre, de aquéllos que no los cumplan.

Este último autor hace referencia también a “límites organizativos” que serían, de un lado, el deber de establecer una estructura y funcionamiento acorde con las exigencias establecidas para el nivel educativo que se imparta, por otro lado, la exigencia de reunir los “requisitos mínimos” establecidos en el artículo 14.2 LODE a los que ya hicimos referencia⁴⁶⁵.

Estos últimos límites, vinculados con la función del Estado en la enseñanza, se justifican en el valor que tiene la educación para la sociedad, y para la formación de la ciudadanía⁴⁶⁶. Así, el Estado no puede mantenerse al margen de los valores que se inculquen en los más jóvenes, por lo que deberá siempre conservar ese poder de supervisión en materia educativa.

3.2. Límites al establecimiento de un ideario

El Tribunal Constitucional consideró que, puesto que el derecho a establecer un ideario deriva del derecho de creación de centros docentes, son aplicables los límites para él establecidos, y así establece que el ideario debe de estar

⁴⁶⁴ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*, *op cit*, p. 327.

⁴⁶⁵ A este límite también hace referencia el art. 13.4 PIDESC.

⁴⁶⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 195.

“dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el artículo 27.2 de la Constitución y en el art. 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en cuanto 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 distintas materias, números de horas lectivas, etc.”⁴⁶⁷

Por tanto, el Tribunal identifica cinco límites al derecho a crear un ideario. El primero de ellos se refiere a los principios constitucionales, límite que estaba expresamente recogido en el art. 34.1 de la LOECE (ley que analizaba la citada sentencia) y que posteriormente fue también recogido en la LODE (art. 22) y en la LOCE (art. 73.1). Aunque no está recogido en la actual LOE, esto no impide su actual virtualidad, pues el señalar que el ideario estaba sujeto a la Constitución no se hacía sino reiterar lo obvio.

El respeto a los derechos fundamentales tiene especial relevancia en relación con los derechos de los padres, los derechos de los alumnos (especialmente su derecho a la educación y a la libertad de conciencia) y la libertad de cátedra de los docentes que impartan clases en ese centro.

Respecto a los derechos de los padres, y omitiendo ahora la problemática que podría producirse en relación con centros concertados, el Tribunal Constitucional reconoció que

“al haber elegido libremente para sus hijos un centro con un ideario determinado están obligados a no pretender que el mismo siga

⁴⁶⁷ STC 5/1981, FJ 8.

orientaciones o lleve a cabo actividades contradictorias con tal ideario”⁴⁶⁸

Por tanto, parece que *a priori*, y salvo que estemos ante una reforma del ideario, en caso de conflicto entre el ideario del centro y los derechos educativos paternos prevalecerá el primero de ellos.

En relación con los derechos de los alumnos, el ideario del centro debe respetar el contenido esencial de los mismos, fundamentalmente, el de su libertad religiosa e ideológica. Es importante en este punto recordar la especial protección a la que deben estar sujetos los menores, como seres en formación, y que el derecho de elección del centro educativo se reserva a los padres, por lo que, así como en el caso de conflicto entre los derechos de los padres y el ideario se mantenía que debía de primar éste, en el caso de los alumnos no podemos llegar a tal afirmación (lo que no impide que también los alumnos deban de respetar el carácter propio del centro). La enseñanza que se imparta no puede ser dogmática, ni puede coaccionarse a los alumnos por sus creencias personales⁴⁶⁹. Así, coincidimos con ODRIOZOLA en que la prohibición que la ley establece para los centros concertados de imponer prácticas confesionales⁴⁷⁰, es igualmente aplicable a los centros privados⁴⁷¹.

Los conflictos entre la libertad de cátedra y los idearios de centros escolares han sido abordados tanto por la doctrina como por el Tribunal Constitucional, ya ellos nos referiremos al analizar dicha libertad⁴⁷².

⁴⁶⁸ STC 5/1981, FJ 12.

⁴⁶⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SANCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 203.

⁴⁷⁰ Art. 52.3 LODE.

⁴⁷¹ ODRIOZOLA IGUAL, Cristina: *op cit*, p. 293.

⁴⁷² Epígrafe IV.1 de este capítulo.

Respecto al límite que establece el Tribunal Constitucional sobre el respeto a la verdad y a las exigencias de la ciencia, no está previsto en la Constitución, pero deriva del propio fin de la educación, la transmisión de conocimientos verdaderos. EMBID considera que, junto con el respeto a la Constitución, este límite es el más importante, ya que supone que

“un ideario no podrá ser nunca, pues, una explicación monolítica, excluyente, de los problemas de 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”⁴⁷³

Es decir, estaría íntimamente vinculado con la prohibición de adoctrinamiento de los alumnos y, según este autor, este límite impediría la explicación (y defensa) del creacionismo, pues no se podría privar a los alumnos de las evidencias científicas que destierran esta teoría.

En cuanto a los fines de la educación previstos en el artículo 27.2 CE, es reproducible aquí todo lo que se apuntó sobre este mismo límite en relación con la creación de centros docentes. Baste insistir en que tales fines impiden que el ideario sea un instrumento para el adoctrinamiento dogmático y que, al contrario, deberá incluir los principios constitucionales entre los valores perseguidos con la educación.

El último límite al que alude el Tribunal se aplica exclusivamente a los centros que imparten enseñanzas regladas, relativo al respeto a los parámetros establecidos por los poderes públicos, en virtud de su potestad para establecer las enseñanzas mínimas, el contenido de las materias, etc. Como señalan FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO en

⁴⁷³ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*, op cit, p. 325.

la práctica no es probable que se produzcan demasiados conflictos en este ámbito⁴⁷⁴.

Para finalizar, es destacable la postura de ODRIOZOLA, que considera que puede aplicarse al derecho a establecer un ideario la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la libertad de cátedra que defiende que ésta aumentará o disminuirá según la edad de los alumnos⁴⁷⁵, es decir, que cuanto menor sea el alumno menor componente ideológico debe tener el ideario, o las actividades que él recoja, precisamente para asegurar el respeto a la libertad religiosa e ideológica del menor y el libre desarrollo de su personalidad.

4. LOS DERECHOS EDUCATIVOS PTERNOS

La doctrina incluye en el contenido del derecho a la educación (en sentido amplio) lo que se ha denominado “derechos educativos paternos”, que son los derechos que se atribuyen a los padres (o quienes tengan atribuida la guardia y custodia del menor) para decidir determinados aspectos de la educación de sus hijos. Dentro de éstos encontramos un enunciado más amplio, que se refiere a la elección del tipo de educación, y otro más específico, que se limita a la elección de la formación religiosa y moral.

4.1. Elección del tipo de educación

Lo primero que debe señalarse en relación con el derecho de los padres a la elección del tipo de educación que deban recibir sus hijos es

⁴⁷⁴ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SANCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 202.

⁴⁷⁵ ODRIOZOLA IGUAL, Cristina: *op cit*, p. 294. La doctrina del Tribunal Constitucional a la que hace referencia la autora se analizará más detenidamente en el epígrafe IV.1 de este capítulo.

que, como tal, no viene recogido en la Constitución⁴⁷⁶, aunque sí en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁷⁷, cuyo artículo 26 dispone en su tercer apartado:

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

La combinación de este precepto con el artículo 10.2 de nuestra Constitución ha hecho que algunos autores mantengan el carácter constitucional de este derecho. Ahora bien, el valor de esta cláusula interpretativa ha sido precisado por el Tribunal Constitucional, que ha afirmado que sólo es aplicable a los derechos ya recogidos en la Constitución y no es, por tanto, un instrumento que permita la creación de nuevos derechos fundamentales a través de tratados internacionales.

“[El artículo 10.2] no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ Aunque algún autor ha manifestado que se encuentra recogido en el artículo 27.3 CE (MORENO BOTELLA, Gloria: “Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro”, en MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Marcos (coords.): *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio fundamental de la libertad religiosa en España*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, pp. 395-396), es claro que este precepto se limita al contenido más específico de elección de la formación religiosa y moral.

⁴⁷⁷ Los textos internacionales posteriores abandonaron esa referencia al “tipo de educación”, limitándola a la educación religiosa y moral (PIDCP, art. 18.4; PIDESC, art. 13.3; Protocolo Adicional Primero del CEDH, art. 2; CDFUE, art. 14).

⁴⁷⁸ STC 36/1991, FJ 5.

Parte de la doctrina ha sostenido⁴⁷⁹ que este derecho paterno forma parte del contenido esencial del derecho a la educación y, en consecuencia, debe aplicarse la cláusula interpretativa⁴⁸⁰ y reconocerle rango constitucional. Así lo defiende de forma clara DE LOS MOZOS:

“El derecho a elegir el tipo de educación es esencial al derecho a la educación y tiene, por lo mismo, rango constitucional, en aplicación del artículo 10.2 de la Constitución”⁴⁸¹

Otros autores, en cambio, niegan dicho carácter constitucional a este derecho⁴⁸².

Antes de continuar creemos conveniente realizar una puntualización: hemos dicho que el constituyente optó por no introducir este derecho expresamente en el artículo 27.3 CE, por lo que debe señalarse en qué consisten uno y otro. Mientras el primero se refiere, específicamente, a la “formación religiosa y moral” (y sólo a ella), el derecho que aquí analizamos abarca toda la educación, es decir, no sólo se refiere a una hipotética enseñanza religiosa (o moral), sino que entendemos que se refiere al proceso educativo en su conjunto, de modo que los padres pudiesen optar por una educación orientada ideológicamente –siempre y cuando sea respetuosa con el artículo 27.2

⁴⁷⁹ Véase, entre otros: FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 205; MOZOS TOUYA, Isabel de: *op cit*, p. 159.

⁴⁸⁰ Según señala MARTÍNEZ BLANCO, precisamente incluir este derecho sin necesidad de introducirlo en el artículo 27 (cerrado ya por el consenso al que hicimos referencia al comienzo de este capítulo) sería el objetivo perseguido por UCD al introducir este segundo apartado al artículo 10 en el Senado (MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La interpretación...*, *op cit*, p. 107).

⁴⁸¹ MOZOS TOUYA, Isabel de: *op cit*, p. 159. En el mismo sentido, MORENO BOTELLA, Gloria: *op cit*, p. 404.

⁴⁸² Entre otros, EMBID IRUJO, Antonio: “El contenido del derecho...”, *op cit*, p. 672.

CE y el ordenamiento en su conjunto⁴⁸³, o bien por métodos pedagógicos concretos.

Por ello, entendemos que el derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos tiene un carácter instrumental en relación con la libertad de enseñanza, pues de nada serviría reconocer el derecho a crear centros con un ideario (ideológico y/o pedagógico) si posteriormente no se reconociese la posibilidad de que los padres optasen por ellos.

A pesar de que, como hemos señalado, este derecho no se reconozca de forma expresa en la Constitución, sí ha tenido reflejo en la normativa infraconstitucional, al disponer la LODE en su artículo 4:

- “1. Los padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tienen los siguientes derechos: (...)
- b) A escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos”

Aunque no se refiere explícitamente a la elección del tipo de educación, entendemos que debe interpretarse así el poder optar por centros distintos a los públicos.

Según se ha dicho ya, este derecho se reconoce a los padres y por tanto, ellos serán sus titulares, y podrán ejercerlo hasta que sus hijos alcancen la mayoría de edad⁴⁸⁴. GARCÍA-PARDO, en cambio, mantiene que

⁴⁸³ Así, entendemos que no se referiría a recibir una asignatura de religión católica o islámica, sino a la posibilidad de matricular a los hijos en centros que impartan la educación desde las premisas de una religión o ideologías concretas.

⁴⁸⁴ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 207.

“la titularidad del derecho a la elección de centro docente se traslada a los hijos cuando estos hayan alcanzado el grado de madurez suficiente”⁴⁸⁵

Es decir, según este autor dicha titularidad se ostenta sólo hasta que el hijo pueda ejercer el derecho por sí mismo, cuando alcance una madurez suficiente, momento a partir del cual sería el propio menor el titular del derecho. No obstante, no podemos estar de acuerdo con este cambio de titularidad, que iría en contra de la propia literalidad del precepto. Puesto que hablamos de derechos paternos (y no de derechos de los hijos ejercidos por los padres), parece más correcta la primera interpretación, de manera que serán titulares los padres y podrán ejercerlo mientras su opinión sea relevante jurídicamente hablando, por no tener los menores la capacidad plena para obrar.

Ahora bien, esto no significa que las opiniones del menor sean irrelevantes, si bien no como ejercicio de este derecho, sino como manifestación de su propio derecho a la libertad ideológica, religiosa o de expresión, derechos fundamentales del menor que deberán compaginarse con los derechos paternos. Así, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO sostienen:

“El derecho a la elección del «tipo de educación» se hace tanto más relevante cuanto menor es la edad del alumno y, por tanto, menor la afirmación de su personalidad y su espíritu crítico”⁴⁸⁶

Por tanto, este derecho paterno podría verse limitado cuando colisiones con la libertad de conciencia del menor. También están limitados los padres en las decisiones que puedan adoptar en el ejercicio de este derecho por el interés superior del menor, –por ejemplo, por pretender no escolarizar a su hijo o hacerlo en un centro no

⁴⁸⁵ GARCÍA-PARDO, David: *op cit*, p. 142.

⁴⁸⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 207.

reconocido como enseñanza reglada, que conllevaría la no obtención de un título académico por el menor, o incluso su falta de adquisición de las competencias educativas establecidas– así como por el respeto a los fines de la educación establecidos en el artículo 27.2 CE.

En relación con la naturaleza de este derecho, la mayor parte de la doctrina ha considerado que estamos ante un derecho de libertad más aún si, como hemos mantenido, este derecho trae causa del reconocimiento de la libertad de enseñanza. Sin embargo, no ha faltado quien –desde nuestro punto de vista de forma desacertada– ha otorgado a este derecho un contenido prestacional, al considerar que el mismo implica que

“los poderes públicos deben garantizar el derecho a la educación que se elija, promoviendo las condiciones necesarias para que dicha elección pueda ser ejercida por todos, garantizando así, la igualdad de oportunidades”⁴⁸⁷

Es decir, conforme a esta interpretación el Estado debería soportar los gastos que implique este derecho de elección, pues lo contrario impediría su ejercicio por todos.

A nuestro juicio, esta interpretación hace primar la libertad de enseñanza frente al derecho a la educación en sentido estricto y desconoce la imposibilidad material para cualquier Estado de garantizar tal derecho, pues podríamos encontrarnos con tantos “tipos de educación” como familias con hijos en edad escolar lo que, sin duda, sería inviable. Por ello, compartimos la postura mayoritaria, que entiende este derecho como un derecho de libertad⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ MOZOS TOUYA, Isabel de: *op cit*, p. 161.

⁴⁸⁸ Entre otros, véase FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 207; EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza, op cit*, pp. 277-279.

Conforme a esta doctrina, el contenido de este derecho es la salvaguarda de las intromisiones estatales que pretendiesen imponer un tipo de educación único, excluyendo la capacidad de elección de los padres por centros educativos distintos a los públicos.

FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO⁴⁸⁹ derivan tres facultades de este derecho. En primer lugar, la de poder optar por centros distintos a los creados por los poderes públicos, lo que en nuestro texto constitucional se garantiza a través de la libre creación de centros docentes que, como ya se vio, incluye la creación de un ideario en el que se podrá definir el tipo de educación del centro concreto⁴⁹⁰. En segundo lugar, sostienen que este derecho conlleva la imposibilidad de adoctrinamiento en los centros de titularidad pública, el deber de neutralidad⁴⁹¹. El último elemento que destacan estos autores es la posibilidad de exigir que la finalidad de la educación respete lo establecido en el artículo 27.2 de la Constitución, tanto en los centros públicos como en los privados⁴⁹².

Para finalizar, debemos tener presente que cuando se trate de centros de titularidad privada pero sostenidos con fondos públicos esta elección puede verse limitada cuando exista un exceso de demanda de plazas, pues la atribución de los puestos escolares se hará conforme a

⁴⁸⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 207.

⁴⁹⁰ En este sentido, ORTIZ DÍAZ sostiene que el ideario del centro educativo “constituye pieza insustituible para que la libertad de elección de centro se realice consciente y responsablemente” (*op cit*, pp. 204-205).

⁴⁹¹ Este deber de neutralidad de los centros de titularidad pública se analiza en el epígrafe IV.3.3 de este capítulo.

⁴⁹² En nuestra opinión, este último aspecto no es parte del contenido del derecho paterno a la elección del tipo de educación, pues el respeto a los fines educativos es exigible con independencia del reconocimiento de tal derecho.

los criterios establecidos en la normativa⁴⁹³ y no a la mayor o menor identificación de los padres con el ideario del centro escolar.

4.2. Elección de la formación religiosa y moral de acuerdo con las propias convicciones (remisión)

Este derecho sí se encuentra expresamente recogido en nuestro texto constitucional, en el tercer apartado del artículo 27, que dispone:

“Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”

La doctrina diferencia un doble contenido de este derecho. Por un lado, uno negativo, que impediría el adoctrinamiento de los menores en contra de las creencias de los padres, y un contenido positivo, conforme al cual los padres podrán elegir una formación religiosa y/o moral que recibirán sus hijos. De este segundo elemento numerosos autores han sostenido que este derecho obliga a que los poderes públicos introduzcan una asignatura de religión confesional en el currículo académico⁴⁹⁴.

Este precepto suscita múltiples cuestiones, como su naturaleza – derecho de libertad o prestacional–, su significado –a qué se refiere con “formación religiosa y moral”–, o su contenido –con las dos vertientes a las que hemos hecho referencia–, así como lo vinculado al ejercicio del derecho –hasta qué edad de los hijos podrá ejercerse–. Puesto que, como hemos adelantado, la mayor parte de los autores entienden que de este precepto deriva la enseñanza de religión en el sistema educativo

⁴⁹³ La LOE establece, en su artículo 84.2, “criterios prioritarios”, pero son las Comunidades Autónomas las encargadas de fijar esos criterios y su baremación.

⁴⁹⁴ Véase, entre otros, GARRIDO FALLA, Fernando: *op cit*, p. 638.

y éste será el objeto de estudio del tercer capítulo de este trabajo, a él remitimos el análisis pormenorizado de este precepto⁴⁹⁵.

IV. OTROS ELEMENTOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA ENSEÑANZA

Para finalizar el estudio de los derechos del ámbito educativo analizaremos en este apartado la libertad de cátedra, los derechos de participación de profesores, padres y alumnos reconocidos en el artículo 27.7 CE, y las garantías específicas del derecho a la educación.

1. LIBERTAD DE CÁTEDRA

La libertad de cátedra está muy relacionada con otras libertades recogidas en nuestro texto constitucional. Históricamente nace vinculada a la libertad de expresión, con la especificidad del grupo al que se reconocía como titular de la misma: los docentes⁴⁹⁶. También se ha destacado la estrecha relación que existe entre esta libertad y la libertad ideológica y de conciencia, dado que a través de ella pueden expresarse creencias o ideologías (aunque siempre con un componente científico)⁴⁹⁷. En la actualidad, se pone especial énfasis en la relación de la libertad de cátedra con la libertad de enseñanza, de hecho, como ya se ha apuntado, algunos autores consideran que la libertad de cátedra es uno de los contenidos de la libertad de enseñanza, entendida en

⁴⁹⁵ Concretamente, se analizará en el epígrafe II.2 del capítulo III.

⁴⁹⁶ PALACIOS, Máximo; CASTILLO, Javier; CALLE, Natalia de la: “El derecho a la educación en la Constitución Española de 1978”, en *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 12, 2005, p. 440.

⁴⁹⁷ RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: *op cit*, p. 188.

sentido amplio⁴⁹⁸. También la legislación y el Tribunal Constitucional comparten esta postura, pues la STC 5/1981, estableció:

“La libertad de enseñanza, reconocida en el art. 27.1 de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6) 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 ocupan (art. 20.1 c)”⁴⁹⁹

Ahora bien, nosotros, al igual que un amplio sector de la doctrina, consideramos que si bien en su origen la libertad de cátedra era un contenido de estas otras libertades, hoy debe entenderse como un derecho autónomo⁵⁰⁰.

En España, los primeros reconocimientos de esta libertad los encontramos en la segunda mitad del siglo XIX⁵⁰¹, fundamentalmente, con el Decreto de Ruiz Zorrilla, de 1868, en el que se proclamaba una libertad de enseñanza que incluía la libertad de los profesores de manifestar sus opiniones y la elección de los métodos de enseñanza, y con la Real Orden Circular del ministro Albareda de 3 de marzo de 1881, que, a diferencia del anterior, se refería exclusivamente al profesorado universitario, aunque el reconocimiento de la libertad de cátedra en cierta medida “indirecto”, dado que su objetivo era anular las

⁴⁹⁸ SALGUERO, Manuel: *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 75; DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 76.

⁴⁹⁹ STC 5/1981, FJ 7. Por su parte, el artículo 15 de la LOECE, en clara referencia a la libertad de cátedra, establecía: “Los profesores (...) tienen garantizada la libertad de enseñanza”.

⁵⁰⁰ Así se ha interpretado también por otros autores como EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*, *op cit*, p. 225.

⁵⁰¹ EXPÓSITO señala otra normativa que, si bien de corta duración y con carácter parcial, también apuntaba algún aspecto de los que hoy conocemos como libertad de cátedra (*La libertad de cátedra*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 31-55).

consecuencias de una orden anterior⁵⁰². La Constitución de 1931 es el primer texto constitucional que la recoge entre su articulado⁵⁰³, reconociendo como titulares de la libertad de cátedra a todos los profesores de la enseñanza pública (art. 48.3).

Con relación ya a la Constitución de 1978, la vinculación originaria con la libertad de expresión puede ayudar a comprender por qué la libertad de cátedra es la única libertad del ámbito educativo que no aparece recogida en su artículo 27, sino en el 20, precisamente junto a la libertad de expresión y derechos afines. Concretamente, la libertad de cátedra se reconoce en el art. 20.1c), que dispone “se reconocen y protegen los derechos... a la libertad de cátedra”.

A pesar de que en el borrador inicial de Constitución no se recogía esta libertad⁵⁰⁴, una vez se introdujo en el Anteproyecto, en el artículo 23.2, apenas sufrió modificaciones, aprobándose ya el texto actual en el informe de la Ponencia⁵⁰⁵. Lo más discutido en relación con este precepto en las Cortes constituyentes fue la terminología utilizada, salvo alguna enmienda dirigida a su supresión por entender que ésta ya estaba “tácitamente reconocida” con la libertad de expresión⁵⁰⁶.

⁵⁰² Dicha Orden tenía por objeto reintegrar en su cátedra a los profesores que habían sido destituidos en virtud de la “Circular de Orovio”, de 26 de febrero de 1875, en la que se pedía a los rectores de las universidades que se expedientara a los profesores que enseñasen algo contrario “al dogma católico y a la sana moral”, que atacasen “directa o indirectamente a la Monarquía constitucional” o “al orden político”, así como a aquéllos que no explicasen todo el programa de la asignatura o pretendieran ampliarlo.

⁵⁰³ La Constitución de Cádiz de 1812 contiene alguna referencia que indica que ya comenzaba a haber cierta sensibilidad hacia esta libertad, pues, aunque no reconocía la libertad de cátedra como tal, sí se contiene una referencia a la libertad de expresión en el Título dedicado a la Instrucción Pública (art. 371).

⁵⁰⁴ En realidad, y según el borrador que se filtró a *Cuadernos para el Diálogo*, en el Acta del 8 de septiembre de 1977 sí aparecía esta libertad, pero no en la del 15 de septiembre, que fue la que se aprobó finalmente como borrador.

⁵⁰⁵ BOCG, núm. 82, de 17 de abril de 1978, p. 1534.

⁵⁰⁶ Así lo defendió Mendizábal Uriarte, *DSCD*, núm. 70, de 19 de mayo de 1978, p. 2533.

Fundamentalmente, se proponía modificar la expresión “libertad de cátedra” por “libertad docente” o “libertad de expresión docente”, como proponía BRABO CASTELLS, y ello porque:

“Es evidente que la expresión “libertad de cátedra” tiene en nuestro país una tradición muy clara, muy digna, en estrecha relación con las luchas desarrolladas por la libertad de expresión docente en la universidad a finales del siglo XIX y principios del XX. Pero la realidad actual exige la puesta al día de esta expresión”⁵⁰⁷

También el partido socialista presentó inicialmente una enmienda en este mismo sentido, aunque la retiró por el valor de la expresión “libertad de cátedra”⁵⁰⁸, valor que también fue destacado por otros constituyentes⁵⁰⁹.

Tampoco salieron adelante otras enmiendas que proponían, manteniendo la expresión tradicional, aclarar la aplicación de esta libertad también en los centros privados⁵¹⁰. Sin embargo, lo que no se cuestionó en ningún momento fue la ubicación de la libertad de cátedra al margen de las demás “libertades educativas”. En general, esta

⁵⁰⁷ *DSCD*, núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 4004.

⁵⁰⁸ Así, PECES-BARBA sostuvo: “La «libertad de cátedra», es un término respecto al cual, como veremos, nosotros teníamos un voto particular de sustitución por «libertad de expresión docente», pero que retiramos porque nos parece 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” (*DSCD*, núm. 70, de 19 de mayo de 1978, p. 2534). En el Senado, el grupo socialista volvió a proponer un cambio en el que desaparecía la expresión “libertad de cátedra” (*DSS*, núm. 43, de 24 de agosto de 1978, p. 1850).

⁵⁰⁹ Así lo hizo AZCÁRATE, que consideraba que con la expresión “libertad docente” “se disminuye la auténtica significación que tiene la expresión de «libertad de cátedra», que va obligadamente requiriendo unas responsabilidades, en uso de esa libertad, distintas de las que hace uso el creador de arte o de la ciencia libremente. Por eso, yo me muestro partidario de que persista el concepto libertad de cátedra, como una de las libertades autónomas, actualizando esa vieja expresión, dándole todo su valor actual” (*DSS*, núm. 43, de 24 de agosto de 1978, p. 1856).

⁵¹⁰ Así lo proponía el grupo de senadores vascos (*DSS*, núm. 43, de 24 de agosto de 1978, p. 1857).

ubicación de la libertad de cátedra junto con la libertad de expresión también ha sido apoyada por la doctrina, como EXPÓSITO, quién sostiene:

“Por su propia naturaleza, considero que el artículo 20 de la Constitución es la correcta ubicación del derecho el cual constituye, esencialmente y ante todo, un derecho de libre expresión ejercido en un ámbito muy determinado como es el de la enseñanza”⁵¹¹

En relación con la naturaleza del derecho, algunos autores han considerado que, dado el ámbito de aplicación de la libertad de cátedra y las consecuencias de la misma, ésta no puede definirse como un derecho subjetivo del profesor, sino como

“una garantía institucional en beneficio del mismo profesor, de sus alumnos y de la sociedad en general”⁵¹²

Siguiendo esta línea, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO proponen diferenciar la “libertad de cátedra” (que se identificaría fundamentalmente con la vertiente de garantía institucional), de la “libertad de expresión docente” (que sería el derecho subjetivo del profesor), diferenciando los titulares de ambas libertades, pues los profesores de enseñanza privada sólo podrán ser titulares de esta última⁵¹³.

⁵¹¹ EXPÓSITO, Enriqueta: *op cit*, p. 101. Entre los autores que se han mostrado contrarios a esta ubicación, se encuentran ÁLVAREZ CONDE, que considera que hubiese sido más oportuno incluirla en el artículo 27 CE (*Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2008, p. 496). También DíEZ-PICAZO, quien mantiene que la inclusión de la libertad de cátedra en el art. 20 CE respondería a que ésta fue concebida por el constituyente como un “complemento indispensable de la libertad de investigación científica” (*Sistema de derechos fundamentales*, *op cit*, p. 506).

⁵¹² LUCAS VERDÚ, Pablo: “Libertad de cátedra”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XV, Seix, Barcelona, 1974, p. 341. Así se entendía también por algunos constituyentes (*DSS*, núm. 43, de 24 de agosto de 1978, p. 1857).

⁵¹³ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, pp. 238-239.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina coincide en que esta libertad contiene tanto la perspectiva subjetiva de la libertad personal como la objetiva de la garantía institucional⁵¹⁴, al igual que los demás derechos fundamentales, ya que ésta es una consecuencia de la consideración del Estado como social y democrático, que conlleva las notas de prestacional y participativo⁵¹⁵. Así fue expresamente mantenido por el Magistrado Francisco TOMÁS Y VALIENTE en el apartado 12 de su voto particular a la STC 5/1981:

“Pero, además, y aun antes, según algunos autores, la libertad de cátedra es una garantía institucional en el sentido que dio a este concepto Carl 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. (...) Es este aspecto institucional de la libertad de cátedra el que la configura no sólo 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”⁵¹⁶

Por último, y antes de pasar a analizar cada uno de los elementos que constituyen esta libertad, debemos decir que, en la legislación educativa no universitaria, ha sido reconocida tanto en el artículo 15 de la derogada LOECE como en el artículo 3 de la LODE:

“Los profesores, en el marco de la Constitución, tienen garantizada la libertad de cátedra. Su ejercicio se orientará a la

⁵¹⁴ También algún autor ha sostenido que el hecho de que la libertad de cátedra sea un derecho “marcadamente público” no equivale a la garantía institucional (BARNES VÁZQUEZ, Javier: *op cit*, p. 54).

⁵¹⁵ SALGUERO, Manuel: *op cit*, p. 47.

⁵¹⁶ Por el contrario, en la Sentencia a la que se añade este voto sólo se había hecho referencia a la dimensión de derecho subjetivo de la libertad de cátedra (STC 5/1981, FJ 9).

realización de los fines educativos, de conformidad con los principios establecidos en esta ley”⁵¹⁷

En los siguientes apartados se analizará titularidad, contenido y límites de esta libertad.

1.1. Titularidad

Como ya vimos, en nuestro país se reconoció en primer lugar la libertad de cátedra a los docentes universitarios, como invita a pensar ya el propio nombre de esta libertad, si bien desde la primera formulación constitucional se extendió dicha titularidad, al establecer la Constitución de 1931 en su artículo 48.3:

“Los profesores, maestros y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada”

Por tanto, se reconocía a todos los docentes, independientemente del nivel educativo en el que impartiesen dicha docencia. Ahora bien, dado que la primera parte del apartado se refiere a los funcionarios, se entendía que la libertad de cátedra sólo era predicable respecto a los profesores del sistema público.

Por su parte, la Constitución de 1978 recoge esta libertad con una expresión impersonal (“se reconoce”), lo que no ayuda a establecer cuál es el ámbito de aplicación de esta libertad ni en relación con el nivel de enseñanza ni con la naturaleza del centro en el que el profesor la imparta. La doctrina no se ha mantenido unánime, pudiendo

⁵¹⁷ Ambos artículos son similares, aunque el de la LODE algo simplificado respecto a su antecesor. Por otro lado, como ya dijimos, en la LOECE se reconocía la “libertad de enseñanza” de los profesores, aunque con el mismo sentido que se da en la LODE a la libertad de cátedra.

diferenciarse dos interpretaciones al respecto: una restrictiva y otra extensiva.

La interpretación restrictiva supone delimitar la libertad de cátedra al ámbito universitario, reconociéndola en general a todos los profesores que impartan allí su docencia, aunque otros autores mantienen que, además de ser profesor universitario, el ámbito de aplicación de esta libertad es la enseñanza pública y el profesor funcionario⁵¹⁸. La doctrina que defiende esta postura, además de apoyarse en la propia denominación de la libertad, parte de que, al estar regulada en el artículo 20, debe tenerse en cuenta el apartado b) de este artículo, que reconoce el derecho “a la producción y creación (...) científica”, por lo que la libertad de cátedra consistiría en la “transmisión por la docencia de los resultados de la propia investigación”⁵¹⁹, lo que obviamente sólo podrán hacer los docentes universitarios. Esta teoría también se apoya en otros elementos como la tradición histórica, el derecho comparado, la interpretación sistemática y la intención de los constituyentes⁵²⁰.

Sin embargo, no puede olvidarse que el profesor universitario no sólo explica aquello que ha sido objeto de una investigación propia, sino que, en general, tendrá que explicar un programa sobre el que no necesariamente habrá versado su actividad investigadora. Respecto al argumento relativo a la tradición histórica a la que se hace alusión, esta doctrina omite la referencia a la Constitución española de 1931, que

⁵¹⁸ Se limita así la libertad de cátedra a los profesores catedráticos y titulares de universidades públicas. F FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad de enseñanza...*, *op cit*, p. 131; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 236.

⁵¹⁹ SALGUERO, Manuel: *op cit*, p. 61.

⁵²⁰ Como ya vimos, a pesar de haberse presentado enmiendas para el cambio de denominación, precisamente por la restricción que podría suponer la literalidad de la expresión, ninguna fue aprobada, de lo que estos autores deducen el rechazo a una interpretación extensiva del término (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 237).

como ya dijimos extendía la titularidad a todos los profesores de la enseñanza pública. Además, como ha destacado SALGUERO⁵²¹, en el siglo XIX los términos “cátedra” y “catedrático” no se referían exclusivamente a la enseñanza universitaria, sino que también existía esta figura en los institutos de segunda enseñanza, y a ambos se refería la Circular de Albareda de 1881, por lo que cuando ésta hace referencia a la “libertad del profesor” se refiere tanto a los de universidad como a los de instituto.

La interpretación extensiva, en cambio, considera que son titulares del derecho a la libertad de cátedra todos los docentes, independientemente del nivel educativo en el que imparten docencia y de la naturaleza del centro, pública o privada, en la que lo hagan. De este modo, por un lado, se desvincula la labor investigadora de la función docente y por otro se equipara la titularidad a todo aquel que “ejerce la función docente”.

Algunos de los autores⁵²² que defienden esta interpretación, consideran que el hecho de que no saliesen adelante las enmiendas propuestas en el proceso constituyente no impide la extensión de la titularidad, pues, como ya adelantamos, algunos diputados y senadores defendieron esta terminología por el valor “consagrado y omnicomprendido” de la libertad de cátedra, pero entendiendo que no se debía hacer una interpretación restrictiva del término, sino “actualizando la expresión”⁵²³.

También el Tribunal Constitucional se ha decantado por esta interpretación extensiva desde su sentencia 5/1981, a pesar de que, como él mismo señala, tradicionalmente esta libertad se reserva para

⁵²¹ SALGUERO, Manuel: *op cit*, p. 65-67.

⁵²² *Idem*, p. 90.

⁵²³ DSS, núm. 43, de 24 de agosto de 1978, p. 1857; DSCD, núm. 70, de 19 de mayo, p. 2534.

los docentes de enseñanza superior, y de hecho, así sigue siendo en países como Alemania. Así, de manera tajante afirma:

“El constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad [de cátedra] 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”⁵²⁴

Por tanto, el artículo 20.1 c) se ha interpretado de modo que la titularidad de esta libertad va más allá de lo establecido en la Constitución de 1931, pues también quedan incluidos los profesores que imparten su docencia en centros privados⁵²⁵ y de disocia claramente de la actividad científica o investigadora del docente.

La STC 5/1981 declaraba así la constitucionalidad del artículo 15 de la LOECE, que extendía a todos los docentes la “libertad de enseñanza” (entendida como libertad de cátedra).

Ahora bien, como también ha destacado el Tribunal Constitucional en esta sentencia, el que todos los docentes sean titulares del derecho a la libertad de cátedra no quiere decir que en todos los casos éste tenga el mismo contenido. Antes al contrario, como veremos en el próximo apartado, el contenido y alcance de esta libertad viene condicionado por las características del puesto docente, en atención a dos factores: la naturaleza pública o privada del centro y el nivel educativo al que corresponde⁵²⁶. Así, el ámbito de aplicación personal de la libertad de cátedra condiciona el contenido que podemos atribuir a esa libertad.

⁵²⁴ STC 5/1981, FJ 9.

⁵²⁵ De hecho, la sentencia ya citada dedica su FJ 10 al análisis de esta libertad en los centros de titularidad privada.

⁵²⁶ STC 5/1981, FJ 9.

Por último, en relación con la titularidad por parte de extranjeros debemos señalar que, dado que es un derecho vinculado con un puesto laboral, serán titulares del mismo sólo aquellos que puedan desempeñar ese trabajo. Por tanto, en el caso de la enseñanza pública, sólo podrán ser titulares del derecho los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea⁵²⁷, y en el caso de la enseñanza en centros escolares de titularidad privada será necesario que se tenga autorización de estancia y trabajo de modo que, además de ser titulares los españoles y ciudadanos comunitarios, podrán serlo también los nacionales de terceros Estados⁵²⁸. Por tanto, la titularidad de este derecho por lo extranjeros dependerá de la posibilidad de desempeñar la actividad docente.

En el caso de las universidades, se dispone que los investigadores extranjeros podrán impartir clases⁵²⁹, por lo que éstos también estarían amparados por la libertad de cátedra si realizasen tareas docentes, e igualmente deberá de entenderse incluidos a aquellos que estén en la universidad por un periodo breve, aunque no llegue a existir una relación laboral entre el profesor y la Universidad española.

1.2. Contenido

Al igual que en el caso de la titularidad, tampoco en lo relativo al contenido es explícita la Constitución, ya que sólo establece el reconocimiento del derecho sin señalar qué queda comprendido en el mismo. SALGUERO mantiene que

“la libertad de cátedra toma como contenido específico la protección de los profesores en su actividad cuando ésta es ejercida de forma

⁵²⁷ Art. 57 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁵²⁸ Art. 36 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁵²⁹ Art. 38 bis apartado 5.

sistemática y organizada, y en relación con una disciplina académica institucionalizada”⁵³⁰

Por tanto, lo que singulariza a esta libertad de otras afines es, en primer lugar, que pertenece sólo al profesor, y además sólo con relación a su actividad docente, dentro de una estructura organizada. Por tanto, el fin perseguido por el titular de la libertad no será la difusión de sus ideas o pensamientos, o no sólo, sino la transmisión de un conocimiento, relacionado con el contenido de la asignatura que imparte⁵³¹ y sólo dentro de este fin tendrá virtualidad la libertad de cátedra.

Con relación al contenido concreto del derecho, podemos comenzar haciendo una aproximación negativa, indicando aspectos que no quedan comprendidos en la libertad de cátedra. Así, en primer lugar, no puede deducirse de ésta una “libertad de no enseñar”, dado que esta protege, precisamente, en relación con la “actividad” del profesor, y no con la ausencia de la misma. Por otro lado, tampoco supone un derecho a autorregular todos los aspectos de la actividad docente⁵³², dado que esta actividad se inserta en un conjunto “organizado e institucionalizado” el profesor deberá asumir la organización de la docencia realizada por la institución en la que desarrolle sus funciones⁵³³. Por último, tampoco quedará protegida por esta libertad la emisión de opiniones sobre materias totalmente ajenas a su disciplina y

⁵³⁰ SALGUERO, Manuel: *op cit*, p. 75.

⁵³¹ El contenido de las asignaturas de educación primaria y secundaria se fija en los Reales Decretos de enseñanzas mínimas.

⁵³² Así, la libertad de cátedra tampoco abarca un “derecho” a establecer sus propios horarios de clase, o los lugares en los que ésta tenga lugar, aunque esto no excluye que pueda haber cierta colaboración entre el profesor y el centro.

⁵³³ Aunque referido al ámbito de la universidad, el ATC 457/1989, FJ 3 es claro al respecto: “La libertad de cátedra no puede identificarse, obvio es decirlo, con el derecho de su titular a autorregular íntegramente y por sí mismo la función docente en todos sus aspectos, al margen y con total independencia de los criterios organizativos de la dirección del centro universitario”.

que estén vinculadas con convicciones ideológicas (o religiosas)⁵³⁴, dado que la libertad se predica en relación con la actividad concreta del profesor, es decir, con la disciplina que imparta.

Entrando ya en la delimitación positiva del contenido de la libertad, lo primero a destacar es que esta libertad se aplica sobre dos hechos diferenciados, aunque íntimamente relacionados, de la docencia: por un lado, sobre lo que se enseña, es decir, la materia que es objeto de explicación y la aproximación que el profesor hace de la misma; por otro lado, también se aplica la libertad de cátedra a cómo se enseña, al modo en el que el profesor desarrolla sus clases y transmite los conocimientos a los alumnos. Todo lo que digamos en relación al contenido de esta libertad se referirá a ambos aspectos.

Como ya adelantamos, el contenido de la libertad de cátedra viene delimitado por el puesto docente del profesor respecto al que se predica tal libertad, por lo que diferenciaremos entre centros públicos y centros de titularidad privada. En relación con los primeros, el Tribunal Constitucional ha destacado que pueden diferenciarse dos contenidos: uno negativo y otro positivo.

“La libertad de Cátedra, en cuanto libertad individual del docente, es en primer lugar y fundamentalmente, una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función. Consiste, por tanto, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza, presentando de este modo un contenido, no exclusivamente pero sí predominantemente negativo”⁵³⁵

⁵³⁴ ODRIOZOLA IGUAL, Cristina: *op cit*, p. 295.

⁵³⁵ STC 212/1993, FJ 4.

Con relación a este contenido negativo, el Tribunal señala su contenido en la STC 5/1981:

“En los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme en cuanto que habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, 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. Libertad de cátedra es, en este sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales”⁵³⁶

De este modo, el contenido negativo, predicable de todos los niveles educativos, se concretaría en una manifestación de la libertad como “libertad-abstencionismo”, ya que supone la imposibilidad del Estado de establecer una orientación ideológica determinada, o el enfoque que deba dar el profesor a su materia así como decretar una “doctrina oficial”. Cualquier actuación en este sentido supondría la vulneración de la libertad de cátedra de los profesores. De este modo, podría entenderse que la libertad de cátedra supone una excepción para el profesor funcionario de la relación jerárquica de la Administración (principio general de la función pública), ya que éste impediría la “resistencia” que permite esta libertad⁵³⁷.

Respecto al contenido positivo de la libertad, que hace referencia a la autonomía del profesor, éste no es igual para todos los profesores de la enseñanza pública, sino que estará íntimamente relacionado con el nivel educativo al que pertenezca el puesto docente, de manera que sólo está reconocido en su grado máximo a los profesores de los niveles

⁵³⁶ STC 5/1981, FJ 9. En relación con la enseñanza universitaria, es igualmente relevante para la delimitación de esta libertad la STC 217/1992, que reitera y profundiza lo ya dispuesto en la STC 5/1981.

⁵³⁷ GARCÍA-PARDO, David: *op cit*, p. 160.

educativos superiores y va decreciendo según se desciende en el nivel educativo. En palabras del Tribunal Constitucional:

“La libertad de cátedra tiene también un amplio contenido positivo en el nivel educativo superior (...). En los niveles inferiores, por el contrario, y de modo, en alguna medida gradual, este contenido positivo de la libertad de enseñanza [cátedra] va disminuyendo”⁵³⁸

Esta disminución de las capacidades se debe a las facultades de los poderes públicos en los diversos niveles de enseñanza y a la edad de los alumnos a los que se dirige el docente. En los niveles inferiores, serán las autoridades públicas competentes, y no el profesor, las que establezcan los planes de estudio y el contenido mínimo de las diversas disciplinas e igualmente establecerán un elenco de medios pedagógicos, entre los que elegirá el profesor, en virtud de lo establecido en los apartados 5 y 8 del artículo 27 de la Constitución. Por otro lado, en estos niveles el profesor tampoco podrá “orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad”⁵³⁹, pues debe de tener una especial observancia de la libertad de conciencia de los alumnos, menores que aún se encuentran en el desarrollo de su personalidad, además de observar el principio de neutralidad que debe regir en los centros docentes públicos⁵⁴⁰.

Esto no quiere decir que se vacíe totalmente de contenido la dimensión positiva de la libertad de cátedra en los niveles no universitarios, dado que el profesor sí podrá, dentro de las directrices marcadas por las autoridades, optar por uno u otro enfoque de la disciplina que imparta o por uno u otro método pedagógico dentro de los establecidos –el Estado deberá proponer varios– pues lo contrario atentaría, como ya hemos visto, a la dimensión negativa del derecho.

⁵³⁸ STC 5/1981, FJ 9.

⁵³⁹ *Ibidem*.

⁵⁴⁰ A dicho principio nos referiremos en el apartado 3.3.

Así pues, aunque obviamente mermada, la dimensión positiva de la libertad de cátedra no desaparece en los niveles educativos inferiores.

Por tanto, el contenido de la libertad de cátedra en la enseñanza pública estaría conformado por la capacidad de resistencia de los mandatos ideológicos realizados por los poderes públicos y por la autonomía del profesor en relación con el contenido y el método de la función docente, eso sí, ésta con diferente grado según el nivel de enseñanza.

El Tribunal Constitucional también hizo en la STC 5/1981 referencia a la libertad de cátedra en los centros de titularidad privada:

“En los centros privados (...) cualquier intromisión de los poderes públicos en la libertad de cátedra del profesor sería así, al mismo tiempo, violación también de la libertad de enseñanza del propio titular del centro. La libertad de cátedra del profesorado de estos centros es tan plena como la de los profesores de los centros públicos”⁵⁴¹

Se reconoce así en este tipo de centros un contenido negativo similar al explicado en relación con los centros públicos, dado que implica la no injerencia del Estado en los contenidos y metodología de los docentes. Sí cabe destacar que, como señala el Tribunal, en estos casos la intromisión en la libertad de cátedra supondría una doble vulneración, pues además de ésta se vería afectada la libertad de enseñanza del titular del centro en el que desarrolle sus funciones el profesor.

Problema distinto es el vinculado con el contenido positivo de esta libertad en los docentes de centros privados, ya que, a pesar de que el Tribunal Constitucional mantiene que la libertad de cátedra de estos

⁵⁴¹ STC 5/1981, FJ 10.

profesores “es tan plena” como la de los docentes de centros públicos, la existencia de un ideario condiciona dicha libertad, pues ante la posible colisión del ejercicio de ambas libertades (la de cátedra del profesor y la de enseñanza del titular del centro), deberá realizarse una “articulación recíproca”⁵⁴².

Así pues, a las limitaciones derivadas del nivel educativo a las que hicimos referencia con anterioridad, deben sumarse las derivadas de la naturaleza (privada) del centro educativo del docente.

El ideario educativo, como vimos⁵⁴³, posibilita el derecho de los padres a elegir una educación distinta a la ofrecida por el Estado, elección que harán conforme al ideario ofrecido por cada uno de los centros. Por tanto, el profesor que desempeñe su labor en estos centros deberá respetar estas expectativas de los padres y los alumnos. Además, el ideario es conocido por el profesor cuando se incorpora al centro, por lo que su incorporación al mismo se entiende como una aceptación de respeto a dicho ideario. Sin embargo, esto no implica que el profesor deba hacer apología del mismo durante sus clases, ni que deba de dedicarlas al adoctrinamiento de los alumnos, pero tampoco podrá dirigir ataques contra el ideario, dado que ello vulneraría la libertad de enseñanza. En estos centros, la libertad del profesor le facultará

“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 él (ideario)”⁵⁴⁴

Por tanto, debe haber un equilibrio entre ambos derechos y en caso de conflicto deberá de acudir a la jurisdicción, que, de manera

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ Véase Epígrafe III.2.3 de este capítulo.

⁵⁴⁴ STC 5/1981, FJ 10.

casuística, ponderará las circunstancias del caso, ya que no es posible “el establecimiento apriorístico de una doctrina general”⁵⁴⁵. El Tribunal Constitucional zanja así la polémica sobre la titularidad del derecho a la libertad de cátedra de los profesores de centros privados.

El diverso contenido reconocido a la libertad de cátedra según el puesto docente del titular ha llevado a que algunos autores hayan mantenido que el contenido esencial de la libertad de cátedra está constituido sólo por el contenido negativo ya explicado⁵⁴⁶. DÍAZ REVORIO, en cambio, opta por diferenciar entre el “contenido esencial común”, que constaría de dicha dimensión negativa –la posibilidad de expresar ideas científicas relativas a la materia que se imparte y la elección del método de exposición– y el “contenido esencial variable”, que se graduaría según el nivel de enseñanza y la naturaleza del centro educativo y estaría formado por la posibilidad de establecer el contenido de la asignatura, el modo de desarrollarla y la posibilidad de expresar opciones ideológicas, siempre que estén vinculadas a la materia⁵⁴⁷. Nosotros compartimos esta postura que mantiene que tanto un contenido como otro forman parte del contenido esencial de la libertad de cátedra y por tanto, con las precisiones que ya se han ido indicando, deberá ser entendido como tal a los efectos de las garantías establecidas en el artículo 53 CE.

Queda por determinar si la libertad de cátedra incluye también la facultad de examinar, es decir, la verificación o control de los conocimientos adquiridos por los alumnos, o si ésta es una función ajena a la misma. Esta cuestión se resolvió por el Tribunal Constitucional en su sentencia 217/1992, en la que sostuvo que

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

⁵⁴⁶ RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: *op cit*, p. 212.

⁵⁴⁷ DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, pp. 93-95.

“la función examinadora entra cabalmente en esa facultad de autoorganización de los centros docentes, sin que con ello se vulnere la libertad de cátedra”⁵⁴⁸

Por tanto, el Tribunal entiende que la labor de examinar es una tarea administrativa, por lo que ambas funciones son deslindables. Ello no obsta para que, en la práctica, sea el profesor quien lleve a cabo esta función junto con la de enseñanza, pero ello no implica la confusión de términos y, por tanto, podrá no ser así sin que ello implique una intromisión en la libertad de cátedra⁵⁴⁹.

1.3. Límites

Los límites de la libertad de cátedra se derivan de los destinatarios directos de la educación (menores en formación)⁵⁵⁰ y del concreto puesto docente⁵⁵¹, pues, al igual que sucedía con el contenido, también aquí encontramos diferencias vinculadas con el nivel educativo y con la naturaleza del centro en el que el profesor desarrolla sus funciones. Así lo entendió también el Tribunal Constitucional en la STC 5/1981, FJ 7:

“[La libertad de cátedra es 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 (art. 20.1 c)”.

⁵⁴⁸ STC 217/1992, FJ 3. Aunque la sentencia se refiere al ámbito universitario, creemos que su doctrina es igualmente trasladable a la enseñanza no universitaria.

⁵⁴⁹ SALGUERO, Manuel: *op cit*, p. 89.

⁵⁵⁰ En relación con los destinatarios los límites son los derivados del art. 20.4 CE, del art. 27.2 CE y los derechos de los alumnos, fundamentalmente su libertad de conciencia.

⁵⁵¹ Los límites vinculados con el puesto docente son: la exigencia del rigor metodológico y la vinculación al área o disciplina.

A) Límites vinculados al puesto docente

En relación con el puesto docente, y conforme a la definición que hemos dado de libertad de cátedra, encontramos los límites derivados de la exigencia del rigor metodológico y del contenido de la concreta disciplina que se enseña.

A) Exigencia de rigor metodológico:

Conforme a este límite, el profesor no puede exponer doctrinas contrarias al saber científico ni elementos ajenos a éste. De esta manera, en el desarrollo de su función docente deberá atenerse a los “parámetros de un saber sistemáticamente organizado”⁵⁵².

Este límite trae causa del hecho de que, como dijimos, la libertad de cátedra tiene como ámbito la enseñanza institucionalizada, por lo que sólo la que respete los cánones estipulados en las distintas áreas o disciplinas podrán incluirse en dicha enseñanza.

B) Vinculación con el área o disciplina

Este límite, relacionado con el anterior, se refiere al contenido concreto que pueda transmitir el profesor y deriva de las competencias en materia educativa que concede la Constitución a los poderes públicos, fundamentalmente en lo relativo a la programación de la enseñanza (art. 27.5). En primer lugar, ello implica que las autoridades académicas serán las que decidan qué materia imparte el profesor y a qué nivel educativo (dentro de su disciplina de conocimiento) y a esta decisión deberá someterse el profesor, independientemente de sus preferencias personales.

Pero además, son los poderes públicos –en la enseñanza preuniversitaria– los que elaboran los programas de las asignaturas, de

⁵⁵² SALGUERO, Manuel: *op cit*, p. 95.

modo que el profesor no podrá explicar lo que quiera, sino que deberá desarrollar los contenidos que para su disciplina se han fijado. Del mismo modo, como ya vimos, se establecen una serie de métodos pedagógicos y el profesor, en el desarrollo de sus clases, deberá acogerse a ellos.

Este límite será más acusado cuanto menor sea el nivel educativo al que se dirigen las enseñanzas, dado que son los más regulados. Ahora bien, las directrices de los poderes públicos no podrán ser tan precisas que eliminen totalmente la libertad de los enseñantes, pues, como ya se dijo, en los niveles educativos inferiores también debe haber libertad de cátedra, eso sí, dentro del marco fijado por las autoridades educativas.

Por otro lado, como se adelantó, la capacidad organizativa de horarios, lugar de enseñanza o la facultad de examinar no están comprendidas dentro de la libertad de cátedra, por lo que ésta deberá articularse con las labores organizativas del centro educativo (o de la autoridad académica)⁵⁵³.

Como en el caso anterior, este límite proviene de la propia definición de la libertad de cátedra, que presupone la existencia de una enseñanza “sistemática y organizada”⁵⁵⁴, ya que es en el desarrollo de esta organización en el que aparecen los límites a los que hemos hecho referencia.

B) Límites que se derivan de los destinatarios directos de la educación

Como hemos visto, los destinatarios de la labor docente condicionan el contenido de la libertad de cátedra del profesor, siendo

⁵⁵³ RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: *op cit*, p. 230.

⁵⁵⁴ SALGUERO, Manuel: *op cit*, p. 75.

ésta menor cuanto menores sean sus alumnos. Así pues, encontramos límites vinculados a la edad y madurez de los alumnos.

A) Límites previstos en el artículo 20.4 CE

Dado que la libertad de cátedra no se regula en el artículo 27, sino en el 20, la mayor parte de la doctrina coincide en que son aplicables a ella los límites establecidos con carácter específico para las libertades reguladas en dicho artículo, si bien esto ha sido negado por algún autor, como CARRO, que mantiene:

“Bien es verdad que el apartado 4 del citado artículo 20 establece una serie de limitaciones a las libertades reconocidas en el mismo, pero estimo que muy difícilmente pueden afectar a la libertad de cátedra en concreto”⁵⁵⁵

Sin embargo, esta exclusión global es minoritaria en la doctrina, que en general coincide en la aplicación de este precepto, bien es cierto que con algunas limitaciones. El artículo 20.4 CE establece:

“4. Estas libertades [las reconocidas en el artículo 20 CE] tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en 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”

Por tanto, encontramos en este artículo tres tipos de límites: los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, los derechos de la personalidad reconocidos en el artículo 18.1 CE y la protección de la juventud y de la infancia.

La alusión a los derechos reconocidos en el Título I ha sido considerada por parte de la doctrina como innecesaria por reiterativa,

⁵⁵⁵ CARRO, José Luis: “Libertad de enseñanza y escuela privada”, en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 33, 1982, p. 211.

ya que todos los derechos deben ejercerse dentro del respeto a los otros derechos⁵⁵⁶. Sin embargo, algún sector doctrinal, con el que no podemos estar de acuerdo, ha resaltado la importancia de este enunciado porque supondría, a su juicio, la subordinación de las libertades de este artículo a los demás derechos del Título primero, entre ellos, a la libertad de enseñanza del artículo 27, de donde deducen que, en caso de conflicto entre la libertad de cátedra y esta otra, deberá de primar siempre la libertad de enseñanza por la aplicación del artículo 20.4 CE. Así lo interpreta DE LOS MOZOS:

“(…) En la relación entre los derechos derivados de la libertad de expresión y los demás derechos fundamentales, a los que se refiere el *número 4 del artículo 20 de la Constitución*, la definición de los primeros alude a una relación de pertenencia que se realiza de un modo residual, pues comienzan donde terminan los segundos. Por tanto, los derechos derivados de la libertad de expresión están esencialmente subordinados, se definen a partir de los demás, mientras que éstos no podrán definirse a partir de aquéllos, aun cuando se encuentren también limitados recíprocamente”⁵⁵⁷

No creemos que tal interpretación sea correcta, pues podría vaciar de contenido la libertad de cátedra; además, en ella no se tiene en cuenta que también el artículo 27.2, que actúa de límite a la libertad de enseñanza, hace referencia a los “derechos fundamentales”, entre ellos, a la libertad de cátedra. Tampoco comparte esta postura el Tribunal Constitucional, que en casos de conflicto entre una libertad del artículo 20 y otro derecho ha aplicado la técnica de la ponderación, no la subordinación, de hecho, puede decirse que en la jurisprudencia

⁵⁵⁶ También EMBID critica esta formulación por considerarla demasiado amplia, ya que “de forma difícil podrá la libertad de cátedra ser limitada por el derecho a la sindicación (art. 28) o a la propiedad privada (art. 33) por elegir dos ejemplos al azar”, aunque no deja claro si se inclina por una relación individualizada de cada uno de los derechos susceptible de entrar en conflicto con la libertad de cátedra (*Las libertades en la enseñanza, op cit*, p. 298).

⁵⁵⁷ MOZOS TOUYA, Isabel de: *op cit*, p. 295. Cursivas en el original.

constitucional los derechos del artículo 20 CE no están en absoluto subordinados a los demás derechos, como puede verse claramente en relación con la libertad de expresión o el derecho a la información.

Este límite del respeto a los demás derechos podría interpretarse como una precisión ante el enunciado explícito de algunos de ellos (los del 18.1), en el sentido de que la colisión con otros derechos no especificados no supone la prevalencia de las libertades del artículo 20, sino que también serán de aplicación los límites generales, aunque se incida especialmente en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

El límite específico de los derechos de la personalidad reconocidos en el artículo 18.1 CE será, *a priori*, difícilmente aplicable a la libertad de cátedra, ya que parece más dirigido a la articulación con las libertades de expresión en medios de comunicación, como ha destacado EMBID:

“El respeto a la propia imagen, el derecho al honor o a la intimidad parecen expuestos con referencia al ejercicio de la libertad de expresión que se lleva a cabo por los medios de comunicación social, la libertad de prensa en suma, pero no para la libertad de cátedra”⁵⁵⁸

En este sentido, LOZANO plantea que el límite establecido por el artículo 20.4 se ve “desplazado o modulado”, entre otros, en el caso de la libertad de cátedra

“como exigencia insoslayable para la realización de los fines de creación y transmisión cultural que amparan estas libertades”⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*, *op cit*, p. 298. En el mismo sentido SATRÚSTEGUI, Miguel: *op cit*, p. 372.

⁵⁵⁹ LOZANO, Blanca: *La libertad de cátedra*, UNED-Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 176.

Sin embargo, dado que el artículo 20.4 no lo excluye, no parece que pueda deducirse la inaplicabilidad del precepto en el hipotético caso de que se produjese un conflicto entre la libertad de cátedra y el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen⁵⁶⁰.

Por otro lado, esta mención expresa a algunos derechos también ha suscitado dudas entorno a si suponía una prevalencia absoluta de los derechos especificados, lo que ha sido descartado por la doctrina del Tribunal Constitucional⁵⁶¹, que en todos los casos ha ponderado los derechos en conflicto. Del mismo parecer es EXPÓSITO

“tampoco considero que al hablar de los derechos al honor, la intimidad, propia imagen, por más que el constituyente les haya dado una mención expresa en el apartado cuarto del artículo 20, puede concluirse que éstos sean objeto de una protección superior”⁵⁶²

El último inciso del artículo 20.4 CE se refiere a la protección de la juventud y de la infancia, por lo que será la previsión con mayor virtualidad en relación con la libertad de cátedra, dados los destinatarios de la enseñanza. Este precepto es precisamente el que justifica el diverso contenido positivo de la libertad que ha otorgado el Tribunal Constitucional según el nivel académico de los alumnos, en

⁵⁶⁰ RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: *op cit*, p. 226. Aunque consideramos que, efectivamente, se producirán menos supuestos de colisión entre la libertad de cátedra y los derechos de la personalidad que los que se producen entre éstos y otros derechos del artículo 20 CE, no es descartable que pudieran darse, por ejemplo, si un profesor, en uso de su libertad de cátedra, desacreditase la propuesta o metodología de otro, o cuestionase sus procedimientos o resultados, o si utilizase imágenes en el desarrollo de sus clases, susceptibles de vulnerar el derecho a la propia imagen.

⁵⁶¹ SSTC 171/1990 o 110/2000.

⁵⁶² EXPÓSITO, Enriqueta: *op cit*, p. 193.

ella se basa la prohibición de adoctrinamiento en la actividad docente⁵⁶³.

Dentro del concepto de protección de la juventud y de la infancia se incluye la noción de “moral pública”, a la que hacía alusión el Tribunal Constitucional en la STC 62/1982 a raíz de la prohibición de un libro sobre educación sexual⁵⁶⁴.

B) El artículo 27.2 de la Constitución

Como ya vimos⁵⁶⁵ este artículo establece la finalidad de la enseñanza, lo que tiene implicaciones en todo el sistema educativo, incluida la libertad de cátedra de los docentes. Por tanto, el pleno desarrollo de la personalidad, el respeto a los principios democráticos y a los derechos fundamentales actuarán de límites en el ejercicio de la libertad de cátedra.

Así se reconoce en la LODE, que en el segundo inciso de su artículo 3 establece:

“(…) Su ejercicio [de la libertad de cátedra] se orientará a la realización de los fines educativos, de conformidad con los principios establecidos en esta ley”

Se discute si este límite debe entenderse en sentido negativo o si debe deducirse también una virtualidad positiva. En su aspecto negativo el límite del artículo 27.2 CE significaría que el profesor en sus funciones docentes debe mantener una actitud de respeto a los

⁵⁶³ SALGUERO, Manuel: *op cit*, p. 99.

⁵⁶⁴ Así lo entiende SALGUERO (*op cit*, p. 100), aunque el Tribunal Constitucional parece sostener lo contrario: que la moral pública incluye la protección de la juventud y de la infancia, al disponer: “(…) La protección de la moral, *dentro de la cual se comprende* muy señaladamente –hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello– la protección de la juventud y de la infancia (…)” (STC 62/1982, FJ 3. Las cursivas son nuestras).

⁵⁶⁵ Epígrafe I.5 de este capítulo.

principios y valores constitucionales y a los derechos fundamentales. Esta faceta limitadora es aceptada mayoritariamente por la doctrina; más problemas plantea la dimensión positiva⁵⁶⁶.

En este sentido, se cuestiona si, además de esta actitud de respeto, es exigible a los profesores de enseñanza primaria y secundaria una actitud de defensa de esos valores y principios, que configurarían el “ideario constitucional”⁵⁶⁷. De esta premisa surge el interrogante de si los profesores están sometidos a un mayor deber de lealtad a la Constitución, defendiéndose por algunos un deber de defensa y fidelidad “activa”⁵⁶⁸. Contrario a estas conclusiones se muestra SALGUERO, que mantiene que el salto cualitativo que se produce en esta interpretación (del “respeto” a la “defensa activa”) no puede extraerse de la literalidad del artículo 27.2; además, nuestra Constitución no propugna un modelo de “democracia militante”⁵⁶⁹.

Especial referencia en relación con los “derechos y libertades fundamentales” merece lo relativo a los derechos de los alumnos, fundamentalmente su libertad de conciencia. El artículo 6.3 de la LODE establece:

“Se reconoce a los alumnos los siguientes derechos básicos: (...) e) A que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución”

De esta manera, en el desarrollo de las clases el profesor deberá observar dichos derechos, siendo éste otro elemento que veta una posición de apología o adoctrinamiento del profesor.

⁵⁶⁶ DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 97.

⁵⁶⁷ SALGUERO, Manuel: *op cit*, p. 104. El ideario constitucional se reflejaría, según este autor, en las actuaciones de los poderes públicos, fundamentalmente en el desarrollo normativo de la educación.

⁵⁶⁸ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*, *op cit*, p. 306.

⁵⁶⁹ SALGUERO, Manuel: *op cit*, p. 113.

C) Límites relacionados con la naturaleza del centro educativo

Igual que condiciona el contenido de la libertad, el centro docente en el que lleve a cabo su labor el profesor –público o privado– condiciona los límites a esta libertad. En el caso de los centros públicos, la labor debe estar presidida por la neutralidad; en el caso de los privados, la función educativa estará condicionada por el ideario del centro. Con respecto a los primeros, el aspecto de la neutralidad se estudia en otro apartado de este capítulo, por lo que aquí sólo insistiremos en que ésta conlleva para los docentes “una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico”⁵⁷⁰.

Respecto a la articulación de la libertad de cátedra con el ideario de los centros privados, lo primero que debemos precisar es que algunos autores mantienen que el ideario no es un límite a la libertad de cátedra porque éste carece de rango constitucional, por lo que, en su caso, el conflicto sería con la libertad de creación de centros docentes⁵⁷¹. Sin embargo, como ya se señaló cuando estudiamos la libertad de enseñanza, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el ideario forma parte de la libertad de creación de centros escolares⁵⁷² y, por tanto, sí tiene rango constitucional, por lo que en caso de conflicto deberán ponderarse ambos derechos.

Así, vimos en el apartado anterior que el Tribunal Constitucional ha establecido que los profesores de los centros con carácter propio deben tener una actitud de respeto al ideario. Esto supone que si en el ejercicio de la función docente el profesor realizara afirmaciones que supusieran un ataque al ideario, tales afirmaciones no podrían quedar

⁵⁷⁰ STC 5/1981, FJ 9.

⁵⁷¹ CARRO, José Luis: *op cit*, p. 213. Esta precisión es importante porque el autor afirma que “una enseñanza limitada por un “ideario” no puede considerarse como verdadera enseñanza”.

⁵⁷² STC 5/1981, FJ 8.

amparadas en la libertad de cátedra y, por tanto, podría ser sancionado, dado que

“la libertad del profesor no le faculta para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario”⁵⁷³

Sin embargo, también ha manifestado el Tribunal Constitucional que no cualquier disconformidad con el ideario puede ser causa de despido, sino que dicho ataque deberá ser concreto:

“Para que el despido por motivos de carácter ideológico fuese lícito habría que demostrar que hubo no solo disconformidad, sino fricciones, contra los criterios del centro, consistentes en actos concretos de la profesora y en una actividad contraria (o al menos no ajustada) al ideario”⁵⁷⁴

Además, el Tribunal también ha establecido que en caso de que se sustanciara un proceso por un conflicto de esta naturaleza, la prueba de que se ha atacado al ideario le corresponde al titular del centro (empresario), en virtud del principio “quien afirma debe probar” y tal acusación debe basarse en hechos claros y concretos⁵⁷⁵.

2. DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE PROFESORES, PADRES Y, EN SU CASO, ALUMNOS

El artículo 27.7 CE establece el derecho de participación de los miembros de la comunidad escolar:

“Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la

⁵⁷³ *Ibidem.*

⁵⁷⁴ STC 47/1985, FJ 4.

⁵⁷⁵ *Ibidem.*

Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca”

Este derecho, de configuración legal, ha sido calificado por el Tribunal Constitucional como derecho fundamental⁵⁷⁶, por lo que la remisión a la ley no supone impedimento alguno para reconocerle todas las garantías establecidas por el ordenamiento para este tipo de derechos.

La titularidad del derecho, expresamente recogida en la Constitución, plantea un único problema: el significado que deba darse a la locución “en su caso” en relación con los alumnos, si supone o no la posibilidad de que éstos queden excluidos por el legislador. Como apunta DÍAZ REVORIO⁵⁷⁷, consideramos que la Constitución no permite una regulación en la que no se prevea la participación de alumnos, sino que lo que avala es que su reconocimiento no sea universal y, por tanto, la ley pueda introducir requisitos en relación con ella, fundamentalmente vinculados a su edad.

En cuanto a la forma que deba darse a esta participación, tampoco queda establecida en el precepto constitucional. El Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación muy amplia, siendo el legislador el legitimado para su regulación al haber establecido que

“este derecho puede revestir, en principio, todas las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los Centros. Se deja así por la C.E. a la libertad de configuración del legislador la extensión de esta participación, con los límites consistentes en el respeto del

⁵⁷⁶ STC 5/1981, FJ 18.

⁵⁷⁷ DÍAZ REVORIO, F. Javier: *op cit*, p. 109.

contenido esencial del derecho garantizado (...) y otros mandatos constitucionales”⁵⁷⁸

Los centros que deben prever esta participación son los “sostenidos con fondos públicos”, lo que de nuevo da un amplio margen de decisión al legislador. La doctrina ha destacado que el uso de términos distintos en el apartado 9 (“ayudar”⁵⁷⁹) y 7 (“sostener”) limita la libertad del legislador aunque, ciertamente, puede ser difícil determinar, en casos concretos, si se está ante una ayuda o un sostenimiento⁵⁸⁰.

Esta cuestión ha sido aclarada por el Tribunal Constitucional, que identifica sostenimiento con financiación, eso sí, tanto total como parcial:

“La fórmula constitucional del art. 27.7 de la C.E., que emplea los términos «Centros sostenidos por la Administración con fondos públicos» resulta extremadamente amplia en cuanto deja a la libre apreciación del legislador lo que haya de entenderse por Centros con tal sostenimiento, sin que pueda, pues, identificarse «sostenimiento» con «financiación total», y sin que se excluya, pues, la participación de la comunidad escolar de los Centros parcialmente financiados por la Administración”⁵⁸¹

En la actualidad, la ley prevé la existencia de órganos de participación en los centros docentes públicos y en los privados concertados⁵⁸².

⁵⁷⁸ STC 77/1985, FJ 21.

⁵⁷⁹ Nótese que “ayuda” no implica necesariamente una financiación, sino que podría consistir, por ejemplo, en establecer determinados beneficios fiscales.

⁵⁸⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 246.

⁵⁸¹ STC 77/1985, FJ 28.

⁵⁸² Art. 119 LOE.

Ahora bien, aunque la Constitución sólo establece el derecho de participación en relación con estos centros, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO han defendido que los fines de la educación exigen que ésta se dé en todo tipo de centros, al afirmar:

“Aunque esta participación sólo se exige expresamente en los centros sostenidos con fondos públicos, los propios objetivos de la educación previstos en el artículo 27.2 reclaman alguna forma de participación de la comunidad escolar en la vida del centro”⁵⁸³

Sin embargo, la LODE se limita a señalar la posibilidad de que se establezcan órganos que “canalicen la participación educativa” en los reglamentos de régimen interior de los centros privados (art. 26), por lo que, a pesar de que remite a lo establecido en relación con los centros concertados, la existencia o no de dichos órganos dependerá de la voluntad de su titular.

La ley establece que los órganos para hacer efectiva esta participación serán el Consejo Escolar, formado por representantes de toda la comunidad escolar⁵⁸⁴ y el Claustro de profesores, compuesto por todos los profesores que prestan servicio en el centro.

El alcance que pueda darse a esta participación está condicionado por el respeto a los demás derechos fundamentales, lo que tendrá especial incidencia en el caso de los centros de titularidad privada, pues la libertad de enseñanza funcionará como límite a las

⁵⁸³ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *op cit*, p. 245.

⁵⁸⁴ La composición del Consejo Escolar se establece, para los centros públicos, en el artículo 126 LOE; la de los centros privados concertados en el 56 de la LODE, que prevé, como gran diferencia respecto a los públicos, tres representantes del titular del centro y un número fijo de profesores y padres (cuatro de cada colectivo).

funciones que puedan asumir, o las decisiones que puedan tomar, el Consejo Escolar⁵⁸⁵ y el Claustro de profesores⁵⁸⁶.

Respecto a la competencia de las Comunidades Autónomas en la materia, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre su capacidad de legislación en la STC 137/1986, estableció qué se consideraba, en este caso, normativa básica:

“En orden al desarrollo de los derechos de intervención de la Comunidad escolar en el control y en la gestión de los centros (art. 27.7), es básica la regulación que exprese las dos determinaciones esenciales que, omitidas en este precepto constitucional, han de dar vida a aquéllos títulos de intervención: El carácter de la participación que se reconozca a profesores, padres y, en su caso, alumnos y, de otra parte, la determinación genérica y general para todo el territorio del sistema de órganos en que esa participación haya de expresarse”⁵⁸⁷

Las Comunidades Autónomas podrán así establecer órganos de participación adicionales, o alguna alteración en la composición o en la designación de sus componentes, siempre que no se produzca un modelo “radicalmente distinto” al establecido por la legislación estatal⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ La reforma introducida en la LOE altera sensiblemente las competencias del Consejo Escolar de los centros, que pasan de ser un órgano decisorio, como lo ha sido hasta ahora, a limitarse a “evaluar” o “informar” las propuestas del director del centro, que tras la reforma sería el competente para la toma de decisiones conforme a la nueva redacción del artículo 127. El procedimiento de elección del director del centro también se modifica, otorgando mayor peso a la Administración educativa, al eliminar el requisito de que “obtenzan el mayor apoyo de la comunidad educativa” que actualmente recoge el segundo apartado del artículo 133 LOE.

⁵⁸⁶ Esto se ve claramente en las funciones que tiene encomendadas el Consejo Escolar de los centros concertados, definidas como de “participación” con el titular del centro (art. 57 LODE).

⁵⁸⁷ FJ 4.

⁵⁸⁸ STC 137/1986, FJ 4.

3. GARANTÍAS ESPECÍFICAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Con el objetivo de hacer efectivo el derecho a la educación, el artículo 27 estableció una serie de mecanismos o garantías que habilitan (cuando no obligan) a los poderes públicos a intervenir para asegurar dicha efectividad. Presentamos aquí un somero apunte de estos instrumentos.

3.1. Programación general de la enseñanza

El apartado 5 del artículo 27 establece:

“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 (...)”

ALZAGA se ha mostrado muy crítico con este apartado⁵⁸⁹, por un lado por considerar reiterativa la referencia a que “todos tienen derecho a la educación”, puesto que esto ya se dispone en el primer apartado del artículo. Por otro lado, porque la referencia a “la participación efectiva de todos los sectores afectados” es poco menos que irrealizable pues, teniendo en cuenta el amplio espectro que ocupa la educación, en todos los niveles (incluida la educación superior), no parece factible que se produzca esa participación por “todos” y de manera “efectiva”.

La programación general de la enseñanza consiste, por un lado, en la fijación de “normas mínimas”⁵⁹⁰ que deben respetarse en todos los tipos de centros y territorios del Estado. Asimismo, incluirá las previsiones de puestos a cubrir cada curso académico y puestos ya existentes, por si fuese necesario crear nuevos.

⁵⁸⁹ ALZAGA, Óscar: *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 260. De hecho, sostiene que este apartado “podría haber brillado por su ausencia”.

⁵⁹⁰ GARCÍA-PARDO, David: *op cit*, p. 47.

Esta cuestión se desarrolla en el Título II de la LODE, que establece el órgano a través del cual se contará con la “participación de los sectores afectados”: el Consejo Escolar del Estado, en el que están presentes, entre otros, representantes del profesorado, de los padres, de los alumnos, del personal de administración y servicios, de los titulares de centros privados o las universidades⁵⁹¹.

Entre las funciones del Consejo Escolar del Estado destaca la emisión de informes preceptivos en relación con la programación general de la enseñanza y con toda la normativa estatal vinculada con la educación, como la legislación básica del Estado, los reglamentos que dicte el Gobierno en desarrollo de tal normativa, las condiciones de obtención de títulos, etc., así como la elaboración de informes sobre el sistema educativo⁵⁹².

Además del Consejo Escolar de ámbito estatal, existirá otro en cada Comunidad Autónoma, con competencia en su ámbito territorial.

3.2. Creación de centros docentes

Esta garantía está muy vinculada con la programación general de la enseñanza, de hecho, se contiene también en el apartado 5:

“Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante (...) la creación de centros docentes”

La existencia de centros docentes es, obviamente, presupuesto necesario para que el derecho a la educación sea efectivo, por tanto, su creación cuando no existan puestos escolares suficientes parece

⁵⁹¹ Art. 31 LODE.

⁵⁹² Estas funciones están recogidas en los artículos 32 y 33 LODE.

igualmente una consecuencia necesaria del reconocimiento del derecho a la educación.⁵⁹³

Ahora bien, este precepto tiene otra consecuencia fundamental: la Constitución impone que exista una red de centros públicos, pues la creación de éstos por los poderes públicos se concibe como una garantía del derecho a la educación para todos⁵⁹⁴. En este mismo sentido, DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA mantienen:

“La Constitución prescribe, pues, un deber primario a los poderes públicos de suministrar puestos escolares públicos a todos los que pretendan su acceso a ellos. La ayuda a otros centros docentes es permitida, pero, de acuerdo con el espíritu de la Constitución, sólo en un plano secundario, una vez satisfechas totalmente las necesidades de puestos escolares públicos”⁵⁹⁵

Por tanto, sería contraria a la Constitución la eliminación de todos los centros públicos, aunque la gratuidad de la educación básica se garantizase a través de la financiación de centros privados.

En caso de que razones presupuestarias impidan la creación de todos los centros docentes necesarios, habría que primar aquellas zonas que también carezcan de centros privados⁵⁹⁶.

Por último, en relación con quiénes sean los poderes públicos a los que se refiere el precepto, las Comunidades Autónomas han

⁵⁹³ COTINO HUESO, *op cit*, p. 173.

⁵⁹⁴ No podemos estar de acuerdo con DE LOS MOZOS, que defiende que el deber de garantizar el derecho a la educación debe hacerse principalmente mediante la garantía de la libertad de enseñanza, calificando de subsidiaria la creación de centros públicos respecto a la oferta privada (MOZOS TOUYA, Isabel de: *op cit*, pp. 283-284).

⁵⁹⁵ ESTEBAN, Jorge de; LÓPEZ GUERRA, Luis: *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1982, p. 335. En este mismo sentido COTINO HUESO señala que la creación de centros públicos no es una facultad sometida al principio de subsidiariedad (*op cit*, p. 172).

⁵⁹⁶ BARNES VÁZQUEZ, Javier: *op cit*, p. 46.

asumido la competencia en todo lo relacionado con las instalaciones de los centros públicos, incluida la creación de nuevos⁵⁹⁷.

3.3. Neutralidad de centros públicos

El pluralismo que presenta la Constitución como uno de los valores del ordenamiento tiene reflejo en el ámbito educativo, en el que se habla de “escuela pluralista”, diferenciando un “pluralismo externo” y un “pluralismo interno”.

El “pluralismo externo”⁵⁹⁸ se refiere a la variedad de centros privados con idearios diversos, basados en la libertad de enseñanza, es decir, consiste en la existencia de múltiples opciones ideológicas, religiosas o de otra índole entre los diversos centros docentes de titularidad privada.

El “pluralismo interno”, en cambio, se predica de los centros públicos y, fundamentalmente, supone su neutralidad. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en su sentencia 5/1981:

“En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales”⁵⁹⁹

Ahora bien, como señala SALGUERO⁶⁰⁰, existen diversos tipos de neutralidad:

⁵⁹⁷ Véase, a modo de ejemplo y en relación con la Comunidad de Madrid, el anexo del RD 962/1999, apartado B, letras c) y d).

⁵⁹⁸ SALGUERO, Manuel: *op cit*, p. 171.

⁵⁹⁹ FJ 9.

⁶⁰⁰ SALGUERO, Manuel: *op cit*, pp. 176-188.

A) Neutralidad como abstención

“Consiste en no mostrar adhesión ni oposición a ninguna de las creencias confesionales de los alumnos”⁶⁰¹

Este concepto de neutralidad no supone inactividad, sino el respeto a las convicciones de los alumnos, sin mostrar las consideraciones personales del docente en relación con las mismas.

B) Neutralidad como dogmatismo de la privación

Entiende la neutralidad en un sentido negativo. El profesor no expresará sus opiniones ni facilitará el que lo hagan los alumnos, pero tampoco se posicionará en los asuntos con valores en juego.

C) Neutralidad como ausencia de adoctrinamiento ideológico

“La neutralidad en este sentido negativo consiste en rehusar inculcar a los alumnos una determinada doctrina o concepción ideológica. Hay, por tanto, un factor subjetivo de inhibición bien para no adoctrinar desde los postulados de una ciencia oficial o desde los intereses ideológicos personales de quien ejerce la docencia”⁶⁰²

Con ella se impide la imposición de una doctrina por el Estado. Pero además, al contener un factor subjetivo, se individualiza respecto a cada profesor.

D) Neutralidad como procedimiento

Se refiere a la actitud de los docentes, que deberían desarrollar sus funciones con la máxima objetividad, pero siempre teniendo presentes “elementos no neutrales”, como los valores constitucionales.

⁶⁰¹ *Idem*, p. 176.

⁶⁰² *Idem*, p. 178.

Es característica de este tipo de neutralidad la presencia de una actitud reflexiva del profesor, de “autocontrol”, la defensa de valores no neutrales y el recurso a la argumentación y la crítica racional.

E) Neutralidad como profesionismo

La actividad docente se limita a aspectos psico-cognitivos, sin abordar temas que puedan cuestionar aspectos ideológicos, religiosos o políticos.

Pues bien, de los modelos aquí enunciados, la doctrina del Tribunal Constitucional coincide con la neutralidad como ausencia de adoctrinamiento y la neutralidad como procedimiento, al establecer:

“La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos (...) impone a los docentes que en ellos desempeñen sus funciones una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico (...)”⁶⁰³

Y ello porque no impiden la manifestación de valores fundamentales del ordenamiento, que, sin duda, deben de ser inculcados desde el sistema educativo según el artículo 27.2 CE⁶⁰⁴.

Por tanto, la neutralidad que debe regir en los centros docentes públicos se predica tanto de la institución como de cada docente que desempeña en él sus funciones, e implica una ausencia de adoctrinamiento, pero no impide la transmisión de valores fundamentales del ordenamiento, es más, como señala ALÁEZ CORRAL:

“En una democracia no militante como la nuestra, la necesidad constitucional de preparar a los individuos desde la infancia a través del sistema educativo para el ejercicio de una ciudadanía

⁶⁰³ STC 5/1981, FJ 9.

⁶⁰⁴ CASTILLO CÓRDOVA en cambio sostiene que los centros docentes públicos deben guiarse por la neutralidad-abstención (*Libertad de cátedra...*, *op cit*, p. 293).

democrática, es una premisa de la preservación y desarrollo del principio democrático mismo, que implica una toma de partido y cierta pérdida de neutralidad de la autoridad educativa del Estado”⁶⁰⁵

Es decir, la neutralidad de los centros públicos no puede extenderse a los principios democráticos y derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 27.2 CE.

3.4. Inspección y homologación del sistema educativo

El apartado octavo del artículo 27 dispone:

“Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes”

Esta previsión es consecuencia de que la educación que garantiza el artículo 27.1 sea una actividad reglada, en la que no sólo son parte interesada los que la reciben, sino la sociedad en su conjunto. Esto impone que los poderes públicos velen por que las enseñanzas que se imparten cumplan con lo establecido en la legislación, así como para la mejora de la calidad del sistema educativo, como establece el artículo 148.3 LOE:

“La inspección educativa se realizará sobre todos los elementos y aspectos del sistema educativo, a fin de asegurar el cumplimiento de las leyes, la garantía de los derechos y la observancia de los deberes de cuantos participan en los procesos de enseñanza y aprendizaje, la mejora del sistema educativo y la calidad y equidad de la enseñanza”

Así, mediante la inspección, los poderes públicos garantizarán que en todos los centros educativos (independientemente de su

⁶⁰⁵ ALÁEZ CORRAL, Benito: “El ideario educativo constitucional...”, *op cit*, p. 109.

titularidad) se cumplen con lo establecido en la legislación, tanto en lo que se refiere al cumplimiento del currículo académico como a la metodología o al respeto a los derechos y a los principios establecidos por la legislación y la Constitución.

Debemos recordar que el artículo 149.1.30º CE establece como competencia exclusiva del Estado la homologación de los títulos, e igualmente es competencia exclusiva estatal la Alta Inspección del Estado. En cambio, las funciones de inspección técnica corresponden a las Comunidades Autónomas.

3.5. *La financiación pública de centros privados. El concierto escolar*

El noveno apartado del artículo 27 de la Constitución establece:

“Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”

Ésta es una disposición singular en Derecho comparado⁶⁰⁶, pues, en general, las ayudas a los centros privados no se constitucionalizan sino que, en su caso, se establecen en la legislación⁶⁰⁷.

El Tribunal Constitucional ha insistido en que no estamos ante un derecho fundamental, sino ante un mandato al legislador, que será quien deba establecer en qué consistan esas ayudas, qué centros podrán optar a ellas y con qué condiciones. Ahora bien, no estamos ante un enunciado vacío de contenido, pues el legislador, como poder público, está vinculado a todo el texto constitucional y por tanto también al artículo 27.9⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*, *op cit*, p. 346.

⁶⁰⁷ NOGUEIRA, Rosario: *op cit*, p. 171.

⁶⁰⁸ STC 77/1985, FJ 11.

Lo primero que deberá de hacer el legislador es determinar el tipo de ayuda a conceder, que podrá ser directa o indirecta, o incluso establecerse con carácter general respecto a todos los alumnos de un centro o sólo para algunos de ellos. Así lo ha entendido EMBID, que considera que de la redacción del precepto no puede extraerse un mandato de subvención a la escuela privada⁶⁰⁹.

En contra, GARRIDO FALLA sostiene que

“el texto constitucional tiene pues una redacción que permite hablar de un derecho a la ayuda financiera o subvención cuando «se reúnan los requisitos que la ley establezca»⁶¹⁰

En cualquier caso, y a pesar de que no se diga expresamente, sí parece razonable pensar que el precepto se refiere a una ayuda económica

“el término ‘ayuda’ 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, esto es, a que el Estado subvencione a determinados centros. Corroboración esta afirmación el apartado 7 del mismo artículo, que prevé la existencia de centros sostenidos con fondos públicos”⁶¹¹

La LODE desarrolló esta disposición optando por una ayuda directa a los centros docentes privados a través de un sistema de conciertos⁶¹². Dicha ayuda abarca a todos los alumnos, de modo que puede hablarse de “centros concertados” –porque todas las plazas

⁶⁰⁹ EMBID IRUJO, Antonio: “El contenido del derecho...”, *op cit*, p. 677.

⁶¹⁰ GARRIDO FALLA, Fernando: *op cit*, p. 642.

⁶¹¹ ESTEBAN, Jorge de; LÓPEZ GUERRA, Luis: *op cit*, p. 202.

⁶¹² Art. 47 LODE.

escolares que oferten (en los niveles concertados) responderán a este sistema–, y no de “puestos concertados”.

Para que un centro pueda tener un concierto debe de cumplir con dos obligaciones⁶¹³: en primer lugar, que la enseñanza que impartan, y para la que se ha concedido la subvención, sea gratuita, de modo que los alumnos no deberían pagar ningún coste por dicha enseñanza⁶¹⁴. En segundo lugar, el concierto exige que se establezcan cauces de participación de profesores, padres y, en su caso, alumnos, según lo dispuesto en el artículo 27.7 CE.

Pueden solicitar estas ayudas los titulares de centros que impartan enseñanzas regladas en los niveles que la ley califica de gratuitos⁶¹⁵, es decir, en la actualidad la educación primaria, la secundaria obligatoria⁶¹⁶ y el segundo ciclo de educación infantil⁶¹⁷. Asimismo, la ley contempla la posibilidad de establecer conciertos para etapas postobligatorias⁶¹⁸, si bien se dispone que tendrá “carácter singular” y en principio deberá ser sólo ante la concurrencia de hechos

⁶¹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Libertad de cátedra...*, *op cit*, p. 235.

⁶¹⁴ Así lo recalca el artículo 88 LOE, que prohíbe a los centros públicos o privados concertados imponer a las familias la obligación de contribuir con las fundaciones o asociaciones del centro, o establecer como obligatorias actividades asociadas a la enseñanza y que requieran una aportación económica. A pesar de la claridad del precepto, COTINO HUESO llama la atención sobre que “en nuestro país ha sido masiva, consentida y generalizada la práctica de cobros por parte de los centros concertados a través de vías indirectas o «voluntarias» como lo es a través de las asociaciones de madres y padres de alumnos, así como a través de donaciones –también «voluntarias» a fundaciones del centro educativo (*op cit*, p. 209).

⁶¹⁵ Art. 116.1 LOE.

⁶¹⁶ Art. 4.1 LOE.

⁶¹⁷ Art. 15.2 LOE.

⁶¹⁸ Art. 116.7 LOE.

muy singulares, como la imposibilidad de recibir enseñanza en centros públicos⁶¹⁹.

Para determinar los centros que serán beneficiarios de conciertos, la ley establece una serie de prioridades, atendiendo al tipo de población al que vayan dirigidas, primando aquéllas de condiciones socioeconómicas desfavorables, o a la innovación docente, al establecer como prioridad los centros que tengan experiencias pedagógicas de interés. A su vez, se concederán en primer lugar a los centros que, cumpliendo estas características, funcionen en régimen de cooperativa⁶²⁰:

“Entre los centros que cumplen los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán preferencia para acogerse al régimen de conciertos aquellos que, atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables o los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. En todo caso, tendrán preferencia los centros que, cumpliendo los criterios anteriormente señalados, estén constituidos y funcionen en régimen de cooperativa”⁶²¹

Por supuesto, el hecho de que un centro esté concertado no implica que varíe su naturaleza, es decir, sigue siendo un centro privado que, como tal, podrá establecer un ideario. Ahora bien, algunos elementos típicos de los centros de titularidad privada, como el derecho de dirección, pueden verse condicionados, según lo previsto en la legislación en desarrollo del artículo 27.7 CE.

⁶¹⁹ La LODE, en cambio, establecía la posibilidad de conciertos exclusivamente en relación con la enseñanza básica, es decir, se excluía la educación infantil y la postobligatoria en cualquier caso.

⁶²⁰ La concesión del concierto es competencia de las Comunidades Autónomas, siguiendo los criterios prioritarios marcados por la ley.

⁶²¹ Art. 116.2 LOE.

En el sistema actualmente previsto, la asignación de plazas escolares en un centro concertado responde a baremos que deben respetar los criterios establecidos en la ley⁶²² y que no contemplan la adhesión o no al ideario, de modo que, en caso de que no hubiese plazas suficientes en los centros públicos, los padres podrían verse obligados a matricular a sus hijos en centros privados concertados, incluso si se mostraran totalmente en desacuerdo con el ideario del centro.

La doctrina discute el objetivo de esta ayuda. Una buena parte mantiene que la ayuda prevista en el artículo 27.9 complementa la libertad de enseñanza, la libre elección de centro por los padres y la gratuidad de la educación⁶²³. En cambio, otros autores defienden que el objetivo que debe perseguirse con esta ayuda es la plena escolarización, de manera que se procederá a establecer este tipo de conciertos cuando no haya suficientes plazas en centros públicos. En este sentido, NOGUEIRA defiende que

“la gratuidad de los centros privados a de ser consecuencia de la satisfacción de las necesidades de escolarización que cumplan, y no de hacer efectivo un derecho a la elección del centro docente, derecho que se garantiza plenamente en un sistema educativo de libertad de enseñanza y que es recogido a nivel de Ley orgánica, pero que no implica una financiación pública de todos y cada uno de los centros. El objetivo es la escolarización de todos los niños, el derecho a la educación de todos y cada uno de los españoles”⁶²⁴

⁶²² Art. 84.2 LOE.

⁶²³ Véase: CALVO CHARRO, María: “Régimen de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos, en REQUEJO IBÁÑEZ, José Luis; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (dirs.): *Los derechos fundamentales en la educación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 83; GARCÍA-PARDO, David: *op cit*, p. 177.

⁶²⁴ NOGUEIRA, Rosario: *op cit*, pp. 172-173.

Creemos que el sistema que contempla la legislación es más acorde con esta segunda postura pues, si el objetivo fuese financiar el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos, uno de los elementos más relevantes (si no el que más) en la concesión de plazas en los centros concertados sería la adhesión al ideario, lo que, como acabamos de ver, no está previsto ni siquiera como elemento a tener en cuenta (ni se exige que efectivamente el centro tenga un ideario).

En este sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO, que consideran que esta ayuda persigue hacer efectivo el derecho a la libertad de enseñanza, sostienen que sería preferible un sistema en el que no se subvencionase a los centros antes de saber la demanda que van a tener, sino que se optase por subvencionar según las concretas condiciones o circunstancias, ante la concreta demanda que tenga un centro, y no para que tenga mayor oferta⁶²⁵.

Es decir, indistintamente de las diversas facetas que podría cubrir esta ayuda, lo que está claro es que la legislación lo considera un mecanismo para garantizar la plena escolarización, en condiciones de igualdad, de los alumnos en la enseñanza básica. Esta consideración permite plantearse, como hacen DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA que, dado que la ayuda se establece con una finalidad determinada, en el momento en que no exista la necesidad, podrían suprimirse dichas ayudas⁶²⁶.

⁶²⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: “*op cit*”, p. 210.

⁶²⁶ ESTEBAN, Jorge de; LÓPEZ GUERRA, Luis: *op cit*, p. 202.

CAPÍTULO III: ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN EN CENTROS EDUCATIVOS

Tras el estudio de la libertad religiosa y los derechos del ámbito educativo, nos centramos en este capítulo en una problemática concreta: la enseñanza de la religión en centros educativos. Éste ha sido un tema debatido por la doctrina, que se divide entre aquellos que consideran que dicha enseñanza es un mandato constitucional, los que entienden que es una opción del legislador o aquellos otros que encuentran elementos de inconstitucionalidad en la regulación actual.

En el presente capítulo analizaremos la regulación de la enseñanza religiosa en el ordenamiento español, si es o no una exigencia constitucional y la regulación detallada de la asignatura de religión católica y de las otras confesiones con acuerdo, así como su encaje constitucional.

I. LA ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En este epígrafe analizaremos la regulación de la enseñanza religiosa desde la aprobación de nuestra actual Constitución, para lo que nos detendremos en la normativa educativa y en los acuerdos adoptados con las distintas confesiones.

Antes, a modo introductorio, nos referiremos a los diversos modelos de inserción de la enseñanza de la religión en los centros educativos.

1. MODELOS DE ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN

En casi todos los Estados europeos se imparte religión en la escuela⁶²⁷, ahora bien, la manera en la que se prevé que se reciba dicha materia dista de ser uniforme, pues en cada país se concede un contenido y régimen diverso⁶²⁸.

Atendiendo a la mayor o menor integración de la confesión –o confesiones- en el sistema educativo, podemos diferenciar cuatro modelos de enseñanza de la religión: integración orgánica, libertad de acceso, libertad de salida y la enseñanza del hecho religioso. Detallaremos a continuación los principales rasgos de estos modelos.

⁶²⁷ Los únicos estados en los que no se prevé ningún tipo de educación religiosa en los centros educativos son Albania, Francia y la ex república yugoslava de Macedonia, tal y como indica el TEDH en la sentencia *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*, de 9 de octubre de 2007, § 30.

⁶²⁸ El TEDH recopiló en la sentencia del asunto *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*, de 9 de octubre de 2007 los distintos modelos que adoptaba cada Estado Miembro del Consejo de Europa en relación a la enseñanza de la religión (§ 30 a 34).

1.1. El modelo de integración orgánica

El modelo de integración orgánica es en el que existe una mayor integración entre el Estado y la confesión religiosa, al suponer la inclusión de la enseñanza de la religión como una materia del sistema educativo. En él se prevé la enseñanza confesional de la religión como una asignatura más del currículo académico, si bien ésta no se establece como obligatoria, pues con ello se contravendría la libertad religiosa de los alumnos y sus padres. Los Estados que responden a este modelo introducen como asignatura la religión mayoritaria del país⁶²⁹ y, como en el resto de asignaturas, establecen los requisitos para su evaluación, los cursos en los que se imparte o el número de horas que se destina a la misma.

Ahora bien, al tener la materia un contenido confesional, el Estado laico carece de competencia para determinar los objetivos de la asignatura, su contenido y los profesores que son aptos para su impartición, pues tales elementos conllevan una valoración religiosa para la que el Estado no es competente, con lo que debe de ser la propia confesión quien los determine⁶³⁰. Por ello se habla de “integración orgánica”, pues la iglesia se integra en el sistema educativo, estableciendo los contenidos de la asignatura y los profesores que pueden impartirla.

Dentro de este modelo podemos encontrar diversas variaciones, fundamentalmente relativas al régimen del profesorado y al sistema establecido para no cursar dicha enseñanza.

⁶²⁹ Así, en Italia se imparte religión católica, en Grecia la ortodoxa y en Dinamarca la protestante, por citar sólo algunos ejemplos.

⁶³⁰ Esto es así también en los Estados que tienen una confesión determinada, pues se entiende que estos aspectos deben ser establecidos por la propia confesión, obviamente no por la aplicación del principio de aconfesionalidad, sino por la autonomía de la confesión.

En relación con el profesorado, como ya hemos adelantado, éste debe de ser seleccionado por la confesión, pues sólo ella puede considerar si la persona indicada cumple o no los requisitos necesarios para impartir la materia confesional –si bien el Estado puede establecer unos requisitos generales para impartir clases como puede ser el nivel de estudios exigidos, pues no olvidemos que el profesor seleccionado por la confesión se integrará en el cuerpo docente del centro escolar–. Lo que puede variar es quién formalice la relación laboral con el profesor: el Estado o la confesión. En general, en los modelos de integración orgánica suele ser el Estado el que contrata al profesor seleccionado por la confesión, pero esto no es un requisito del modelo, pues podría contratarlo la confesión y que el Estado pagase una “compensación” a ésta⁶³¹.

El segundo grupo de variaciones que podemos encontrar en este modelo deriva del hecho de que la asignatura confesional no pueda establecerse como obligatoria, lo que implica que deba preverse qué sucede con aquellos alumnos que no la cursen, para lo que se han diseñado diversas soluciones, diferenciando así entre los sistemas en los que esta enseñanza es optativa y aquellos en los que es facultativa.

Por una lado, cuando la asignatura confesional es optativa se prevé o bien un sistema de exención o bien una alternativa a esta enseñanza. En los sistemas de exención, se parte de que todos los alumnos recibirán esta enseñanza (es “obligatoria”), pero se prevé la exención para aquellos que lo soliciten por no compartir la fe que se imparte.

⁶³¹ Así lo considera CONTRERAS MAZARÍO que, si bien hace una catalogación diversa a la que aquí se propone, entiende que puede haber modelos que sean de “integración” en cuanto que se incluyan en el currículo académico, pero el profesorado dependa de la confesión y que a este respecto el Estado se limite a permitir su acceso (*La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 96). Sin embargo, aunque tal modelo sea posible, nos parece poco probable que se introduzca una asignatura en el programa sin conservar ninguna potestad en relación con el profesorado.

En relación con los sistemas de exención el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones, en las que ha señalado que la petición de dicha exención no puede suponer que los padres deban comunicar al centro escolar sus creencias, lo que puede suceder siempre que se establezca la obligación de argumentar la petición de exención, de este modo

“el Tribunal estima que el riesgo de que los padres se sintiesen obligados a desvelar a los establecimientos escolares unos aspectos íntimos de sus convicciones religiosas y filosóficas era inherente a la condición de que argumentasen de forma razonable su solicitud de exención parcial”⁶³²

Igualmente este Tribunal ha establecido que el motivo de la exención no puede ser sólo el profesar una determinada creencia, pues ello puede suponer la vulneración del derecho a la libertad religiosa de los padres o alumnos que no compartiesen la creencia objeto de enseñanza pero que tampoco perteneciesen a aquella para la que se prevé la posibilidad de exención⁶³³ .

La segunda posibilidad ya adelantada es la que prevé que la asignatura confesional tenga una “alternativa”, de modo que los alumnos (o sus padres) optarán entre cursar la asignatura confesional u otra. El contenido de esa materia alternativa puede variar según los ordenamientos e incluso según el nivel de enseñanza, desde la enseñanza confesional de otras religiones, hasta horas de refuerzo o estudio, pasando por la enseñanza de valores éticos o de la religión como hecho histórico o cultural (no confesional).

Por otro lado, la regulación de la asignatura de religión como una asignatura facultativa supone, en primer lugar, que los padres que

⁶³² STEDH *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007, §98.

⁶³³ STEDH *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*, de 9 de octubre de 2007.

deseen que sus hijos asistan a dicha enseñanza deben de manifestarlo y, en segundo lugar, que los que no lo deseen no deberán ni manifestarlo ni realizar ninguna actividad complementaria, por lo que en estos sistemas la asignatura suele colocarse al principio o al final del horario escolar para permitir a aquellos que no la cursen que no estén obligados a permanecer en el centro.

A este modelo facultativo responde el ordenamiento italiano tras la intervención de la *Corte Costituzionale*, que consideró inconstitucional la obligación de asistir a una asignatura alternativa⁶³⁴, abriendo la posibilidad a que los alumnos que no cursen la enseñanza confesional abandonen la escuela⁶³⁵.

En cualquier caso, como señalábamos al inicio, lo fundamental de este sistema es que se inserta una enseñanza confesional en el currículo académico escolar, con su correspondiente reflejo en la planificación del curso y en las calificaciones de los alumnos.

1.2. El modelo de libertad de acceso

El modelo denominado “libertad de acceso” contempla la enseñanza de religión confesional en los centros educativos pero, a diferencia del anterior, no como una asignatura incluida en el currículo escolar. Así,

“el Estado se limita a abrir centros educativos y docentes públicos a las diversas Iglesias, confesiones o comunidades religiosas y a darles facilidades para que en ellos puedan ofrecer a quienes pertenezcan a estas Iglesias, confesiones o comunidades religiosas

⁶³⁴ Sentencia 203 de 1989, FJ 9.

⁶³⁵ Sentencia 13 de 1991, FJ 5.

o, en su caso, a quienes lo soliciten, una educación, formación, instrucción o prácticas religiosas fuera del horario escolar”⁶³⁶

Es decir, el Estado se obliga a permitir el acceso y uso de las instalaciones por parte de las confesiones que lo soliciten para impartir su fe, pero fuera del horario lectivo.

El hecho de que no se incluya como asignatura del sistema educativo supone que el Estado no sólo carece de competencia para establecer el contenido de dicha materia, sus objetivos, los libros de texto o las personas idóneas para impartirla, sino que también es ajeno a las normas pedagógicas o a los requisitos de evaluación. Ahora bien, ello no obsta para que sí deba garantizar que en dichas clases no se realizará apología de conductas contrarias a la dignidad humana⁶³⁷, pues, a pesar de no estar dentro del horario lectivo, se imparten en el entorno escolar y, por tanto, el Estado no podrá ser absolutamente ajeno a lo que suceda en dichas clases.

Ahora bien, una vez determinados estos elementos básicos del modelo, puede haber una mayor o menor colaboración del Estado con las confesiones que accedan a los centros escolares. De un lado, en relación con la retribución de los profesores, puede establecerse algún tipo de compensación a la confesión que ejerce el papel de empresario respecto a dichos profesores, en general a través de subvenciones. Otra forma de cooperación sería la inclusión en los boletines de calificaciones dirigidos a los padres de una referencia al rendimiento del alumno en dichas clases, si bien ésta tendrá exclusivamente un valor informativo, en ningún caso será relevante para la evaluación del aprovechamiento del sistema educativo del alumno.

⁶³⁶ CONTRERAS MAZARÍO, José María: *op cit*, p. 98.

⁶³⁷ FERREIRO GALGUERA, Juan: “Símbolos religiosos en la escuela pública: crucifijos en el aula y alumnas con *hiyab*”, en SOUTO PAZ, José Antonio (dir.): *Educación y libertad*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 267.

Es decir, con este modelo el Estado permite que las confesiones impartan contenido confesional en los centros escolares, pero se limita a ceder sus instalaciones, y por tanto a correr con los gastos materiales que dicho uso genere, con la posibilidad de, en algunos casos, cooperar en mayor medida con las confesiones, pero siempre sin incluir la religión como materia confesional en su sistema educativo, quedando en manos de la confesión todo lo relacionado con su organización.

Como veremos más adelante, a este modelo responde el sistema establecido para la enseñanza de la religión evangélica, islámica y judía en los acuerdos que firmó España con estas confesiones en 1992.

1.3. El modelo de libertad de salida

Los países que han optado por un modelo de libertad de salida, no contemplan la instrucción de una materia confesional dentro del recinto escolar, ahora bien, esta enseñanza se tiene en cuenta, por lo que se dan facilidades para que los alumnos puedan salir del centro docente y acudir a los lugares en los que las confesiones realicen tal actividad.

Esto puede realizarse, o bien permitiendo la salida de determinados alumnos durante el horario lectivo⁶³⁸, o bien planificando éste de modo que efectivamente se deje a los alumnos tiempo suficiente para poder acudir a tales actividades. A este segundo sistema responde la educación primaria francesa, donde la ley de 1882 sobre enseñanza primaria obligatoria (artículo 2) estableció que los alumnos debían tener un día a la semana libre, además de los domingos para que aquellos que lo quisieran pudiesen recibir instrucción religiosa –actualmente, se reserva con tal fin la tarde de los miércoles–.

⁶³⁸ A esta modalidad se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos del caso *Zorach v. Clausen*, de 1949.

Obviamente, en este caso todas las decisiones que deban de tomarse en cuanto al contenido de la materia corresponden a la confesión, al igual que todos los gastos que puedan generarse por el uso de locales o por la contratación de profesorado. El Estado carece de competencia alguna, más allá de prever la posibilidad de recibir esa enseñanza en algún momento.

Estamos pues ante un modelo que se basa en una separación absoluta entre las funciones del Estado y las confesiones y que apenas conlleva cooperación entre ambas instituciones, aunque sin duda la implicación del Estado es mayor cuando permite abandonar el centro escolar dentro del horario lectivo.

1.4. La enseñanza de la religión como hecho cultural

El último modelo de enseñanza de la religión al que suelen referirse los autores es el de la enseñanza de la religión como hecho cultural, es decir, no es una materia confesional, sino que consiste en la enseñanza de las principales tradiciones religiosas, impartidas de un modo objetivo y que no persigue la formación de creyentes, sino que los alumnos conozcan, desde una perspectiva cultural, los principales rasgos de dichas confesiones.

En este caso, y puesto que el contenido de esta materia sería objetivo, las confesiones no tendrían ninguna competencia⁶³⁹, esta asignatura es exactamente igual que el resto de las contenidas en el programa educativo y al Estado corresponde la decisión sobre objetivos

⁶³⁹ Si bien podría consultarse con éstas –igual que con otros grupos sociales– el contenido del programa (CONTRERAS MAZARÍO, José María: *op cit*, p. 98). Un ejemplo de esta posibilidad lo constituye el caso inglés, donde los encargados de fijar los contenidos de la asignatura de religión, que se incluye como *hecho cultural*, son los *Syllabus Conferences* en las que participan, entre otros, confesiones religiosas, si bien esos contenidos tienen un carácter aconfesional (véase: CELADOR ANGÓN, Óscar: *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2001).

y contenidos, siempre con el respeto debido a la neutralidad que debe presidir su actuación, así como la decisión sobre los cursos en los que deba de cursarse o el carácter que deba tener (obligatoria u optativa).

Puesto que es una enseñanza aconfesional, entendemos que esta materia queda al margen de nuestro objeto de estudio y, por tanto, no haremos referencia a ella al considerar los diversos modelos, pues es una asignatura ordinaria y la decisión de incluirla o no en el currículo académico, siempre que cumpla con el requisito de ser objetiva, es una decisión legislativa similar a la inclusión de otro tipo de materias.

2. NORMATIVA

En el presente apartado nos referimos a la regulación de la asignatura de religión en el actual periodo constitucional. Dicha regulación se encuentra recogida en diversas normas; por un lado, en las de materia educativa, tanto en las leyes como en las normas de desarrollo, por otro, en los acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas.

Comenzaremos este repaso refiriéndonos al Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, firmado entre el Estado español y la Santa Sede, pues al ser un tratado internacional condiciona la normativa educativa, que será igualmente objeto de exposición. Posteriormente nos referiremos a los acuerdos suscritos en 1992 entre el Estado y confesiones minoritarias. Por último, haremos referencia a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia.

2.1. El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales

El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales (en adelante, AEAC) contiene diecisiete artículos, de ellos se refieren a la enseñanza

de la religión en niveles no universitarios o a elementos accesorios a ésta cinco (los artículos I, II, III, VI y VII), dos a la enseñanza en centros universitarios públicos (IV y V), dos a la creación de centros docentes no universitarios (VIII y IX) y otros dos a los universitarios (X y XI), y uno a las subvenciones a dichos centros o a sus alumnos (XIII), a los medios de comunicación social del Estado (XIV) y al patrimonio histórico, artístico y documental (XV); los dos últimos artículos del Acuerdo se refieren a su interpretación y a la normativa que queda derogada con el mismo. Por tanto, podemos afirmar que la enseñanza de la religión en centros docentes no universitarios es lo que tiene mayor peso en este Acuerdo.

Aunque posteriormente nos detendremos en otros artículos⁶⁴⁰, nos interesa ahora destacar los dos primeros, en cuanto son los que en mayor medida condicionan la normativa educativa que analizaremos posteriormente. El artículo I dispone:

“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.

En todo caso, la educación que se imparta en los centros docentes públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana”

El primer párrafo no añade nada respecto a lo ya establecido por la Constitución, más allá de calificarlo de forma expresa como un “derecho fundamental”. Lo que puede resultar más complejo es el alcance del segundo párrafo, pues parece condicionar el contenido de todas las materias, aunque no puede obviarse que existe una diferencia sustancial con el texto del Concordato de 1953 en el que se establecía

⁶⁴⁰ Véase epígrafe III de este capítulo.

que “la enseñanza se ajustará a los principios del Dogma y de la Moral de la Iglesia Católica”⁶⁴¹–.

En relación con los “valores cristianos” a los que se hace referencia en este apartado, nos parece conveniente recordar que algunos Estados de nuestro entorno han entendido que esos valores, más allá del contenido religioso, tienen un contenido identitario, sobre los que se fundan la democracia y la civilización occidental⁶⁴². Siguiendo esta argumentación, cabría preguntarnos si ello supone que podamos interpretar el segundo apartado del artículo II AEAC como una cláusula de respeto a los valores compartidos (no sólo en España, sino en toda Europa), herencia del cristianismo pero que en la actualidad carecerían de un significado religioso. Desde nuestro punto de vista, la respuesta debe ser negativa, pues el hecho de que algunos de los “valores de la ética cristiana” puedan identificarse con valores “laicos”, no es óbice para que tengan un significado eminentemente religioso, y como tal deben ser entendidos⁶⁴³.

De este modo, entendemos que sería contraria a nuestros principios y valores constitucionales una interpretación del artículo II AEAC en el sentido de que éste condicionase los posibles contenidos de las áreas o materias del sistema educativo. Antes al contrario, de él deducimos una cláusula de “no agresión”, es decir, una prohibición de atacar las creencias católicas, lo que no impide que en determinadas materias se incluyan contenidos que puedan resultar contrarios a la

⁶⁴¹ Artículo XXVI.

⁶⁴² Esta es la postura mantenida por el Gobierno italiano en el caso *Lautsi c. Italia*, reflejado en la STEDH de 18 de marzo de 2011, § 67.

⁶⁴³ Así lo hace el TEDH en la sentencia del caso *Lautsi c. Italia*, de 18 de marzo de 2011, que ante el argumento ya expuesto del Gobierno italiano en relación con los crucifijos, considera que indistintamente de que pueda atribuirse un valor laico es sin duda alguna un símbolo cristiano (§ 71) –si bien señala igualmente que la colocación de estos símbolos en centros docentes públicos no vulnera el CEDH porque no existe una actitud de adoctrinamiento, rectificando así la sentencia que sobre este mismo asunto había emitido la Sala el 3 de noviembre de 2009 (*caso Lautsi I*)–.

“ética cristiana”, –si bien, tales contenidos deberán impartirse de modo objetivo, ateniéndose a parámetros científicos–⁶⁴⁴.

Siguiendo esta interpretación, algunos autores han tildado la declaración contenida en el segundo párrafo de innecesaria, pues no añade nada a la exigencia constitucional de respecto a la libertad de conciencia de los alumnos como límite a la libertad de cátedra⁶⁴⁵.

Por su parte, el artículo II AEAC establece:

“Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y grados de Formación Profesional 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. Por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos. Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla.

Las autoridades académicas adoptarán las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar.

En los niveles de enseñanza mencionados, las autoridades académicas correspondientes permitirán que la jerarquía eclesiástica establezca, en las condiciones concretas que con ella se convenga, otras actividades complementarias de formación y asistencia religiosa”

⁶⁴⁴ Así, a modo ejemplificativo, debemos entender que dicho artículo no impide la inclusión en los programas de las asignaturas de contenidos como la teoría de la evolución de las especies de Darwin o el *Big Bang*, por más que éstas no sean teorías compartidas por la Iglesia católica, aunque dicho artículo sí impediría que, al hilo de la explicación de tales contenidos, se descalificara a dichas creencias.

⁶⁴⁵ SOUTO PAZ, Antonio; SOUTO GALVÁN, Clara: *op cit*, pp. 187-188.

Así, el Estado se obliga a introducir la asignatura de religión católica en los planes de estudio preuniversitario⁶⁴⁶, en condiciones *equiparables* a las demás disciplinas. Deberá impartirse pues en todos los centros educativos, indistintamente de la titularidad de los mismos, pues al introducirse en el currículo académico implica que ésta deba ofrecerse necesariamente, como indica el propio texto del artículo al disponer que se incluirá “en todos los centros docentes”, sin distinción de su naturaleza pública o privada⁶⁴⁷.

Como no podría ser de otra manera, debido al reconocimiento de la libertad religiosa, el Acuerdo establece el carácter voluntario para los alumnos (o sus padres), así como la interdicción de discriminación por la decisión adoptada al respecto.

Ahora bien, lo que sin duda ha conllevado mayores dificultades para el desarrollo legislativo de la asignatura de religión es la referencia a que ésta se desarrollará “en condiciones *equiparables* a las demás disciplinas fundamentales”⁶⁴⁸, pues como señala IBÁN:

“Difícilmente se puede pretender la equiparación –considerar algo igual a otra cosa– de una asignatura con otras, siendo así que la

⁶⁴⁶ El enunciado hace referencia, en concreto, a las enseñanzas vigentes en el momento de firma del acuerdo, si bien el propio protocolo final del mismo señala que “lo convenido en el presente Acuerdo, en lo que respecta a las denominaciones de centros, niveles educativos, profesorado y alumnos, medios didácticos, etc., subsistirá como válido para las realidades educativas equivalentes que pudieran originarse de reformas o cambios de nomenclatura o del sistema escolar oficial”, por lo que en la actualidad debe entenderse que se refiere a Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria, Bachillerato y Formación Profesional, es decir, los niveles inferiores al universitario. No opina así la Comunidad Autónoma del País Vasco, que entiende que el Bachillerato actual es “totalmente distinto” al anterior BUP, dado que ofrece una preparación especializada para acceder a la educación superior, tal y como se refleja en la STS de 20 de julio de 2012, FJ 3g).

⁶⁴⁷ Distinción que sí se realiza en otros artículos del AEAC –como el artículo III, en relación con los profesores de religión, o el artículo V, relativo a universidades– en los que se señala la naturaleza pública de los centros a los que se refieren tales artículos.

⁶⁴⁸ Cursivas nuestras.

primera no sólo es opcional, sino que además el procedimiento de selección del profesorado y el de su contenido es distinto, es decir, es no equiparable”⁶⁴⁹

Así, este autor considera que las peculiaridades de la asignatura previstas en el propio Acuerdo imposibilitan el cumplimiento de esta premisa

“como quiera que es imposible equiparar no equiparando, a partir de ahí surgen una serie de cuestiones que deben ser resueltas por el legislador ordinario y por las autoridades administrativas, que nunca lograrán cumplir lo acordado con la Santa Sede, pues se trata de un acuerdo de imposible cumplimiento”⁶⁵⁰

Ahora bien, esta interpretación no es unitaria, pues otros autores, como SUÁREZ PERTIERRA, consideran que “equiparabilidad” no debe confundirse con “idéntico” y entiende que cuando el AEAC establece que la asignatura de religión católica será equiparable a las demás asignaturas se refiere

“a los aspectos organizativos fundamentales de la enseñanza que aseguren la posibilidad de oferta en condiciones equivalentes a otras disciplinas fundamentales. Quiere esto decir que la asignatura ha de ser tenida en cuenta a la hora de hacer las correspondientes programaciones de horario y de reserva de aula, coordinándola con otras enseñanzas, pero nada más, puesto que se trata de la prolongación de una actividad de la Iglesia o confesión religiosa”⁶⁵¹

⁶⁴⁹ IBÁN, Iván C.: “Enseñanza”, *op cit*, p. 303. De la misma opinión es LLAMAZARES FERNÁNDEZ (“Libertad religiosa, aconfesionalidad...”, *op cit*, p. 67).

⁶⁵⁰ IBÁN, Iván C.: “Enseñanza”, *op cit*, p. 303.

⁶⁵¹ SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo: “La enseñanza de la religión en el sistema educativo español”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 4, 2004, pp. 246-247. Así parece entenderlo también el Tribunal Supremo, que se refiere a los “medios personales y materiales” que han de tener los centros para poder impartir esta enseñanza (STS de 3 de febrero de 1994, FJ 6).

En cualquier caso, como veremos más adelante, este término ha sido el que ha propiciado los diversos recursos judiciales en relación con la evaluación de la asignatura o el contenido que deba darse a su alternativa.

2.2. Normativa educativa del Estado relativa a la asignatura de religión desde la aprobación de la Constitución de 1978

Como ya vimos al analizar el derecho a la educación, la normativa en esta materia se ha modificado en múltiples ocasiones, y la asignatura de religión (católica) ha sido uno de los elementos objeto de reforma, como veremos en las próximas líneas.

Analizaremos, en primer lugar, el sistema establecido a partir de 1980, posteriormente el de cada una de las leyes educativas y finalizaremos con una referencia a la reforma que actualmente se está tramitando en las Cortes Generales.

A) El modelo de enseñanza de religión establecido en 1980

Como ya vimos, en el momento de aprobación de la Constitución la ley educativa vigente era la Ley General de Educación de 1970 que, conforme al carácter confesional del Estado, establecía la enseñanza de la religión como materia “común” y por tanto obligatoria en todos los centros docentes. Una vez aprobado el texto constitucional, dada la nueva definición del Estado como aconfesional, desaparece dicha obligatoriedad y, con el fin de acomodar la normativa a las nuevas exigencias constitucionales, se aprueban una serie de órdenes ministeriales.

En primer lugar, el 19 de julio de 1980 se publican dos órdenes que establecen con carácter general el régimen de “la enseñanza de la Religión y Moral de diversas Iglesias, Confesiones o Comunidades”, en

Educación Preescolar y Educación General Básica⁶⁵² y en Bachillerato y Formación Profesional⁶⁵³. En el preámbulo de ambas disposiciones se establece:

“El reconocimiento del derecho fundamental a la educación religiosa, proclamado en la Constitución, hace necesario que el sistema escolar esté en condiciones para proporcionar tal formación a los alumnos cuyos padres lo soliciten, de acuerdo con el principio de libertad religiosa. Sin perjuicio de que mediante los correspondientes Acuerdos o Convenios de cooperación, el Estado establezca con cada Iglesia, confesión o comunidad religiosa las normas específicas para la organización de la enseñanza de la Religión y Moral de la respectiva confesión, resulta oportuno establecer unas normas ordenadoras de carácter general, que permitan aplicar en el ámbito educativo las disposiciones contenidas en la Constitución y en las normas orgánicas que la desarrollan”

Es decir, se contempla la enseñanza religiosa como un derecho fundamental, lo que implica el establecimiento de un marco general que posibilite su ejercicio a todos los ciudadanos, indistintamente de la religión que se profese⁶⁵⁴.

⁶⁵² Orden de 16 de julio de 1980, publicada en el *BOE*, núm. 173, de 19 de julio de 1980.

⁶⁵³ Orden de 16 de julio de 1980, publicada en el *BOE*, núm. 173, de 19 de julio de 1980.

⁶⁵⁴ Sin ánimo de desarrollar aquí esta cuestión, nos parece oportuno señalar que en estas órdenes podría haber un problema de “rango”, pues desarrollan (según ellas mismas indican) un derecho fundamental, y, ciertamente, algunos de sus contenidos podría entenderse, si se considera la enseñanza de la religión como un derecho fundamental, parte de su contenido esencial y por tanto reservado a su regulación mediante una ley orgánica. Así lo entiende VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, que extiende esta “deficiencia de rango” a toda la normativa producida hasta la actualidad (“La enseñanza de la religión católica en España: algunos aspectos de sus regulaciones tras la Constitución de 1978”, en *Ius Canonicum*, núm. 89, 2005, p. 156).

En relación a su contenido, podríamos decir que se extiende a todas las confesiones el régimen establecido con la Iglesia Católica en el AEAC. Así, la enseñanza será evaluable, los profesores serán preferentemente los del propio centro escolar⁶⁵⁵ y se nombrarán a propuesta de las confesiones, que serán igualmente las encargadas de decidir el programa y los materiales que puedan utilizarse (estos últimos, previa autorización del Ministerio).

En ambas órdenes se señala que la decisión de recibir o no enseñanza religiosa no puede suponer discriminación alguna, si bien la actividad que realicen los alumnos que no la cursen dependerá del nivel educativo. Así, para los alumnos de los niveles inferiores se establece que los directores de los centros deberán de adoptar las medidas pertinentes para que estén debidamente atendidos y cuidados⁶⁵⁶, de modo que la concreta actividad que se desarrolle dependerá del centro. Por el contrario, la orden relativa a la enseñanza de Bachillerato y Formación Profesional establece como materia alternativa a la religión, en los centros públicos y privados no confesionales, la asignatura de “Ética y Moral no confesional”, si bien se exige que el número de alumnos no sea inferior a veinte, en cuyo caso se les declarará exentos⁶⁵⁷.

De la regulación relativa a los alumnos que opten por no cursar la enseñanza de religión nos parecen especialmente reseñables tres aspectos. En primer lugar, que sólo se establezca una materia con contenido propio para los alumnos de cursos superiores⁶⁵⁸, lo que hace

⁶⁵⁵ Esto sólo en el caso de la educación preescolar y la Educación General Básica, en los centros de Bachillerato y Formación Profesional no se contempla tal previsión.

⁶⁵⁶ Artículo 2.2 de la Orden relativa a Educación Preescolar y Educación General Básica.

⁶⁵⁷ Artículos 8 y 9 de la Orden referida al Bachillerato y la Formación Profesional.

⁶⁵⁸ Sin embargo, la normativa que regulaba los horarios de las asignaturas de Educación Básica sí planteaba la disyuntiva entre “enseñanza religiosa o de la ética” para asignar el número de horas semanales, ahora bien, no se establecía su contenido

plantearse hasta qué punto no se provoca una discriminación de estos alumnos, que podrían no recibir materia alguna. En segundo lugar, el hecho de que la asignatura prevista para Bachillerato y Formación Profesional exija un número mínimo de alumnos, mientras que en el caso de la materia confesional no se exige mínimo alguno, con lo que se entiende que deberá de impartirse incluso si es a un único alumno; a juicio de MANTECÓN y TIRAPU, esta diversa regulación vulneraría lo establecido en la Constitución, pues

“viene a romper el principio de igualdad, y su corolario de ausencia de discriminación en el tratamiento de los alumnos: lo correcto sería atribuir a la Moral no confesional la equiparación con las demás asignaturas, como ocurre con la enseñanza de la religión católica”⁶⁵⁹

El último aspecto que queremos dejar aquí destacado se refiere a los centros que tienen obligación de ofrecer esta enseñanza, pues se excluye a los centros privados que sean confesionales, lo cual puede ser coherente con la libertad de enseñanza y el derecho a establecer un ideario –pues evita que centros docentes de una confesión puedan verse obligados a impartir enseñanza de otra confesión–, pero que choca con la obligación prevista en el AEAC de impartir la materia católica en “todos los centros”, incluidos los privados con un ideario aconfesional o confesional no católico.

en la normativa, con lo que en la práctica dependía de la decisión que se adoptase en cada centro al respecto por el Director o por el Consejo Escolar (CÁMARA VILLAR, Gregorio: “Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.): *Derecho Constitucional y Cultura: Estudios En Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 452).

⁶⁵⁹ MANTECÓN SANCHO, Joaquín; TIRAPU MARTÍNEZ, Daniel: “La enseñanza de la religión en el sistema educativo español”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 17-20, 1989-1992, p. 138.

Pues bien, en desarrollo del sistema establecido en estas órdenes se reguló la enseñanza de la religión católica, que ya tenía asegurada su presencia en este sistema de enseñanza a través del AEAC⁶⁶⁰, con órdenes aprobadas y publicadas en la misma fecha que las anteriores⁶⁶¹, en las que además de recoger el contenido ya previsto en las órdenes generales, se incluían precisiones en relación con el profesorado, la supervisión de la asignatura y los centros confesionales católicos, así como que debía procurarse que los grupos fuesen de cuarenta alumnos, debiendo de procederse a reagrupar grupos cuando no se alcanzase dicha cifra (pero sin exigir ningún mínimo para impartir la asignatura).

Además de la católica, otras tres confesiones fijan programas de enseñanza religiosa y, por tanto, se benefician de las previsiones generales que sobre su regulación establecían las órdenes de 16 de julio de 1980. Se incluye así en términos similares a los contemplados para la religión católica, la enseñanza religiosa judía⁶⁶², la enseñanza religiosa adventista⁶⁶³ y la enseñanza religiosa de la iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ Para el periodo comprendido entre la aprobación de la Constitución (que derogaba el sistema anterior, dado que establecía su obligatoriedad) y la ratificación del AEAC se publicaron dos órdenes que establecían la inclusión de dicha asignatura en todos los centros, pero no existiendo obligatoriedad para los alumnos de cursarla (ambas órdenes son de 28 de julio de 1979 y se publicaron en el *BOE*, núm. 184, de 2 de agosto de 1979).

⁶⁶¹ Tanto la Orden de Educación Preescolar y Educación General Básica como la relativa a Bachillerato y Formación Profesional fueron publicadas en *BOE*, núm. 173, de 19 de julio de 1980.

⁶⁶² Orden de 9 de abril de 1981 por la que se incorpora a los niveles de Educación Preescolar y Educación General Básica el programa de la enseñanza religiosa judía y establecido por la Federación de Comunidades Israelitas de España (*BOE*, núm. 95, de 21 de abril de 1981).

⁶⁶³ Orden de 1 de julio de 1983 por la que se incorpora a los niveles de Educación Preescolar y Educación General Básica el programa de la enseñanza religiosa Adventista, propuesto por la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día (*BOE*, núm. 163, de 9 de julio de 1983) y Orden de 7 de noviembre de 1983 por la que

Así pues, durante la vigencia de esta normativa, cuatro fueron las confesiones que impartían enseñanza de religión en los centros educativos, conforme a un modelo de integración orgánica⁶⁶⁵.

B) La enseñanza de la religión durante la vigencia de la LOGSE

La Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) derogó la Ley de 1970 y con ella el modelo de enseñanza de la religión desarrollado bajo su vigencia. Como veremos a continuación, se dio paso a un nuevo modelo que, si bien no afectaría demasiado a los alumnos de religión católica, sí conllevó importantes novedades en relación con los alumnos de otras confesiones o de aquellos que optaban por no cursar una enseñanza confesional.

Esta ley no contiene referencia alguna a la enseñanza de la religión en sus sesenta y siete artículos, sino que se regula en la Disposición Adicional Segunda, en la que se establece:

“La enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la

se incorpora al Bachillerato el programa de la enseñanza religiosa Adventista propuesto por la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día (*BOE*, núm. 272, de 14 de noviembre de 1983).

⁶⁶⁴ Orden de 22 de noviembre de 1985 por la que se incorpora al nivel de Educación General Básica el programa de la enseñanza religiosa de la iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (*BOE*, núm. 287, de 30 de noviembre de 1985) y Orden de 19 de junio de 1984 por la que se incorporan a los planes de estudio de Bachillerato y de Formación Profesional las enseñanzas de formación religiosa de la iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días y se aprueban los cuestionarios y las orientaciones pedagógicas (*BOE*, núm. 161, de 6 de julio de 1984).

⁶⁶⁵ Algunos autores consideran que, al no haber sido expresamente derogadas estas órdenes, seguirían vigentes y que por tanto todas las confesiones podrían acceder a este sistema de enseñanza de la religión (SOUTO PAZ, Antonio; SOUTO GALVÁN, Clara: *op cit*, p. 191). Ahora bien, pensamos que si bien no se ha producido una derogación expresa sí debe entenderse que se ha producido dicha pérdida de vigencia, pues las leyes y reglamentos posteriores no hacen referencia alguna a dichas órdenes y se remiten sólo a lo acordado con las confesiones.

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 decir, en lo concerniente a la religión católica se remite al AEAC y con relación a las demás confesiones deja abierta la posibilidad de aplicar un sistema similar, si bien deberá concretarse en acuerdos posteriores⁶⁶⁶.

Así, las confesiones minoritarias que conforme al modelo anterior habían incluido programas de estudio de su propia religión, conforme a un sistema de integración orgánica –judíos, Iglesia Adventista del Séptimo Día e Iglesia de Jesucristo de los Santos Últimos Días– dejan de estar incluidas en este nuevo modelo y su enseñanza se excluye del nuevo sistema educativo.

Igualmente se establece la obligación de ofrecer la asignatura de religión en todos los centros educativos, puesto que se incluye como “área o materia” del currículo académico, si bien esta, como no podría ser de otra manera, será de carácter voluntario para los alumnos (o sus padres, que son los que ejercen el derecho de elección).

Ahora bien, lo que deban realizar los alumnos que no cursen esta asignatura no viene establecido por la ley, por lo que habrá que atender a su desarrollo reglamentario. En un primer momento, lo relativo a la enseñanza de la religión se contiene en los Reales Decretos que regulan las enseñanzas mínimas de cada una de las etapas educativas, es decir,

⁶⁶⁶ Recordemos que esta Disposición es de 1990 y los acuerdos realizados con algunas confesiones al amparo de la LOLR son de 1992.

en el Real Decreto 1330/1991⁶⁶⁷ para Educación Infantil, RD 1006/1991⁶⁶⁸ para Educación Primaria, RD 1007/1991⁶⁶⁹ para Educación Secundaria Obligatoria y RD 1700/1991⁶⁷⁰ para el Bachillerato.

La regulación de Educación Infantil fue la menos controvertida, probablemente por la propia naturaleza de dicha enseñanza y la edad de los alumnos y actividades que realizan en los centros escolares. Esta regulación se contenía en la Disposición Adicional del citado Decreto, que establecía:

“En virtud de lo establecido en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede 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”

Se prevé así exclusivamente la enseñanza de la religión católica y no se establece alternativa alguna para los alumnos que no asistan a la misma, con lo que se entiende que permanecerán en el aula con el profesor correspondiente. Obviamente, dado el nivel educativo que se regula, no es necesario referirse a la evaluación.

Los Reales Decretos de Educación Primaria y Secundaria Obligatoria dedican su artículo final a la enseñanza de la religión, con un contenido muy similar en ambos, señalando:

⁶⁶⁷ Real Decreto 1330/1991, de 6 de septiembre, por el que se establecen los aspectos básicos del currículo de la Educación Infantil (*BOE*, núm. 215, de 7 de septiembre de 1991).

⁶⁶⁸ Real Decreto 1006/1991, de 14 de junio, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Primaria (*BOE*, núm. 152, de 26 de junio de 1991).

⁶⁶⁹ Real Decreto 1007/1991, de 14 de junio, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria (*BOE*, núm. 152, de 26 de junio de 1991).

⁶⁷⁰ Real Decreto 1700/1991, de 29 de noviembre, por el que se establece la estructura del Bachillerato (*BOE*, núm. 288, de 2 de diciembre de 1991).

“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”⁶⁷¹

De nuevo, al no haber acuerdos con otras confesiones, se hace referencia exclusiva a la enseñanza de la religión católica. La alternativa a la enseñanza confesional en estos niveles consistirá en actividades de estudio relacionadas con las enseñanzas mínimas y no será evaluable, a diferencia de lo que sucede con la enseñanza de religión que sí será evaluable, si bien no se tendrá en cuenta en los procesos de concurrencia de expedientes académicos.

⁶⁷¹ Artículo 14 RD 1006/1991. En el RD 1007/1991 se establece en el artículo 16.

Con respecto al Real Decreto relativo al Bachillerato⁶⁷², contiene una regulación muy similar a la establecida en los reales decretos de enseñanzas obligatorias, si bien el contenido de la enseñanza alternativa a la religión no queda definido, pues se dice simplemente “actividades de estudio”, sin establecerse si versarán o no sobre las enseñanzas mínimas.

Como veremos posteriormente, los preceptos aquí analizados fueron declarados nulos (a excepción del de Educación Infantil) y por tanto debió de dictarse un nuevo Real Decreto que regulase la enseñanza de la religión, lo que se hizo mediante el RD 2438/1994, de 16 de diciembre, con el que no sólo se corrigen los aspectos que el Tribunal Supremo había declarados contrarios a Derecho, sino que igualmente se incluye la previsión de la enseñanza religiosa diversa a la católica, pues ya se habían firmado tres acuerdos con otras confesiones que, entre otros aspectos, incluían tal enseñanza.

A diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior, se establece que la asignatura que deberán cursar los alumnos que no asistan a clase de religión tendrá carácter complementario y

“no versarán sobre contenidos incluidos en las enseñanzas mínimas y en el currículo de los respectivos niveles educativos”⁶⁷³

Sin embargo, su contenido no queda fijado, sino que se remite a lo que establezca la Administración educativa, que fijó dichos contenidos en la Orden Ministerial de 3 de agosto de 1995⁶⁷⁴ y las

⁶⁷² Artículo 16 RD 1700/1991.

⁶⁷³ Artículo 3.2 RD 2438/1994.

⁶⁷⁴ *BOE*, núm. 209, de 1 de septiembre de 1995.

Resoluciones de 16 de agosto del mismo año, que ejemplificaban los contenidos que podían darse a dicha materia⁶⁷⁵.

Respecto a la evaluación de la asignatura, el artículo 5 establece que en Educación Primaria y Secundaria Obligatoria la asignatura de religión católica se realizará igual que la de las demás materias, mientras que en Bachillerato, para garantizar el principio de igualdad de los alumnos, se evaluará, pero no se computará a efectos de la media para acceder a la universidad o a becas.

En relación a la enseñanza de las otras confesiones, el Real Decreto se remite a lo que se establezca en un futuro al publicar el contenido de dichas materias, estableciendo la posibilidad de que consten en el expediente académico las calificaciones u observaciones pertinentes.

Por último, la enseñanza alternativa a la religión, según establece el artículo 3.4, no será objeto de evaluación y no tendrá constancia en el expediente académico de los alumnos.

Con el fin de no repetirnos y puesto que los elementos más relevantes de esta regulación –evaluación, alternativa, sujeto que realiza la elección, etc.– se han previsto igualmente en la normativa actual, nos remitimos al apartado en el que estudiaremos de manera más pormenorizada los principales elementos de la enseñanza de la religión católica y de las otras confesiones.

⁶⁷⁵ Ambas resoluciones se publican en el *BOE*, núm. 213, de 6 de septiembre de 1995. En la relativa a Educación Primaria, primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria y 2º curso de Bachillerato se incluyen actividades como juegos de mesa y juegos populares, taller de carpintería, biblioteca escolar, etc. En relación con el segundo ciclo de Educación Secundaria Obligatoria y 1º de Bachillerato, establece el programa de la asignatura “Sociedad, Cultura y Religión”.

C) La regulación inaplicada de la Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza

La Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE) establecía un modelo diverso de enseñanza de la religión, fundamentalmente en lo que se refiere a su alternativa y a la evaluación. Si bien, como adelanta el título de este apartado, tal regulación no llegó a entrar en vigor⁶⁷⁶, consideramos que merece la pena hacer aquí referencia a la misma, por haber sido objeto de una gran controversia, pues como señala LÓPEZ CASTILLO esta ley

“en buena medida, se trataba de una inflexión confesionalista, superadora de la difusa línea de consenso político en la materia, y consonante con planteamientos eclesiásticos de particular rigidez”⁶⁷⁷

En esta ley se incluye como asignatura común de la Educación Primaria, Secundaria Obligatoria y Bachillerato la asignatura de “Sociedad, Cultura y Religión”, si bien en todos los niveles se remite a lo establecido en la Disposición Adicional Segunda, que en sus tres primeros apartados establece:

“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,

⁶⁷⁶ La asignatura de “Sociedad, Cultura y Religión”, en la que se enmarca la enseñanza de la religión debía comenzar a impartirse en el año académico 2004-2005, sin embargo, tras la victoria electoral del Partido Socialista Obrero Español, se retrasó al año académico 2006-2007 mediante el RD 1318/2004, año en el que ya estaría aprobada la nueva ley educativa, impidiendo así su entrada en vigor. Esta decisión se debía a que la asignatura había sido muy contestada por la sociedad, por la evaluación de la misma y por el contenido de la materia no confesional, pues se cuestionaba su neutralidad.

⁶⁷⁷ LÓPEZ CASTILLO, Antonio: “A propósito del fundamento constitucional de la enseñanza (confesional) de la religión en el sistema público de enseñanza”, en LÓPEZ CASTILLO, Antonio (ed.): *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 81.

en su caso, los alumnos, entre aquéllas respecto de cuya enseñanza el Estado tenga suscritos acuerdos; otra, de carácter no confesional. Ambas opciones serán de oferta obligatoria por 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.

3. El Gobierno fijará las enseñanzas comunes correspondientes a la opción no confesional. La determinación del currículo de la opción confesional será competencia de las correspondientes autoridades religiosas. Las decisiones sobre utilización de libros de texto y materiales didácticos y, en su caso, la supervisión y aprobación de los mismos corresponden a las autoridades religiosas respectivas, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos suscritos con el Estado español”

Es decir, se establece una asignatura común, denominada “Sociedad, Cultura y Religión”, pero con dos modalidades, una confesional, que se corresponde con lo que anteriormente se denominaba enseñanza religiosa y en la que se incluye la religión católica o de otras confesiones conforme a los acuerdos que pudiesen suscribirse con ellas⁶⁷⁸, y una segunda modalidad “no confesional”, que sería la anterior “alternativa”.

El currículo de la opción confesional se debía establecer por la jerarquía eclesiástica o por las confesiones que impartiesen dicha

⁶⁷⁸ Como veremos más adelante, aunque ya se habían firmado los Acuerdos de 1992, que preveían la enseñanza religiosa, el modelo que se establece en los mismos no se corresponde con lo previsto por esta ley, por lo que, en su caso, estas confesiones debían de suscribir nuevos acuerdos con el Estado, por esa razón la LOCE no se refiere a los mismos.

materia, mientras que el de la opción no confesional correspondía al Ministerio que, al hacerlo⁶⁷⁹, dispuso:

“Dentro del área de Sociedad, Cultura y Religión, su 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. En consecuencia, la opción no confesional del área de Sociedad, Cultura y Religión viene a contribuir a la formación humanística de los alumnos, que completan con ella los conocimientos adquiridos en otras áreas”

Es decir, se correspondería con la enseñanza de la religión como hecho cultural y objetivo⁶⁸⁰.

Respecto a la evaluación, a diferencia del modelo anterior, se establecía la evaluabilidad de ambas modalidades, con lo que la “alternativa a la religión” pasaba a tener reflejo en las calificaciones de los alumnos que la cursasen y a tener relevancia respecto al expediente académico y a la promoción de un curso a otro. La única salvedad prevista a este respecto se contenía en el Real Decreto en el que se establecían las enseñanzas de Bachillerato, en cuya Disposición Adicional primera, apartado 5 se disponía:

“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

⁶⁷⁹ El programa viene establecido en el RD 830/2003 para Educación Primaria; RD 831/2003, el de Educación Secundaria; y RD 832/2003 respecto al Bachillerato. En Educación Infantil no se incluía esta asignatura, sino que, como en el sistema anterior, se prevé que el currículo incluya enseñanza de la religión para los padres que lo soliciten.

⁶⁸⁰ Sin embargo, el contenido de esta materia fue muy discutido porque se consideraba que lo relativo a la religión católica tenía mucho más peso y que el programa no respondía a planteamientos neutrales y objetivos.

Administraciones públicas cuando hubiera que acudir a la nota media del expediente para realizar una selección entre los solicitantes”

No se excluye, sin embargo, de la nota media que se tendrá en cuenta para el acceso a la universidad.

Ahora bien, como ya se adelantó, esta asignatura nunca llegó a impartirse, puesto que quedó derogada antes de su entrada en vigor.

D) La Ley Orgánica de Educación

La actual regulación se encuentra recogida en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación (LOE) y en la normativa que la desarrolla. Con esta ley vuelve a desaparecer del articulado legislativo toda referencia a la enseñanza de la religión, pues sólo se recoge en la Disposición adicional segunda (y en la tercera lo relativo a su profesorado). Dicha disposición establece:

“1. La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español. A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho acuerdo, se incluirá la religión católica 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.

2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas”

Como puede observarse, el texto del primer apartado es muy similar al previsto en la LOGSE, con la exclusión de la mención de las

otras confesiones, a las que se refiere el apartado segundo y se remite a sus acuerdos, pero sin incluirlas en los planes de estudio, tal y como se dispone en los propios acuerdos firmados con estas confesiones⁶⁸¹.

La regulación más detallada sobre los aspectos que venimos comentando como más problemáticos (evaluación y alternativa) viene recogida en los Reales Decretos que establecen las enseñanzas mínimas para cada una de las etapas educativas⁶⁸².

Aunque posteriormente analizaremos esta regulación con mayor detenimiento, destacaremos aquí los elementos más relevantes⁶⁸³. En primer lugar, en todos los niveles educativos se hace referencia a la LOE para determinar cómo se incluye la enseñanza de la religión, se establece que la elección de cursar o no esta materia se realizará al comienzo de cada curso escolar, que el contenido de la asignatura se establece por las confesiones que la imparten y que la evaluación de la religión católica se realizará de modo similar a las otras materias, si bien estas calificaciones no se computarán en las convocatorias de becas o ayudas en las que haya concurrencia de expedientes académicos, o cuando se tengan en cuenta para la admisión de alumnos en centros educativos (tanto en niveles universitarios como no universitarios).

⁶⁸¹ Esta diferencia la veremos más detenidamente en el apartado 2.3 de este mismo epígrafe.

⁶⁸² RD 1630/2006 para Educación Infantil; RD 1513/2006 respecto Educación Primaria; RD 1631/2006 en relación a la Educación Secundaria Obligatoria; y RD 1467/2007 para Bachillerato.

⁶⁸³ Aunque se aleja de nuestro objeto de estudio, debemos recordar que la LOE introduce la asignatura “educación para la ciudadanía”, a la que hacemos aquí referencia porque algunos sectores consideraron que debía de ser la alternativa a la enseñanza de la religión, sin embargo, dicha materia ha sido establecida como obligatoria, pues el legislador entendió que lo que se imparte en ella debe ser de conocimiento común a todos los alumnos. En cualquier caso, la constitucionalidad de esta asignatura y su establecimiento como materia obligatoria ha sido avalada por el Tribunal Supremo en cuatro sentencias promulgadas el 11 de febrero de 2009, cuyos magistrados ponentes fueron D. Luis M^a Díez-Picazo Giménez, D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, D. Ramón Trujillo Torres y D. Nicolás Maurandi Guillén.

Respecto a la alternativa, en primaria y secundaria obligatoria se establece de modo similar a lo previsto en el RD 2438/1994, es decir, serán actividades que no coincidan con las enseñanzas mínimas, si bien en esta ocasión no es el Ministerio el que define dichas actividades, sino que se remiten a lo que establezca el proyecto educativo cada centro.

A este respecto hay una novedad importante en bachillerato, donde se prevé enseñanza de la religión, pero no se dispone alternativa alguna a ésta, por lo que se entiende que los alumnos que no opten por la misma no se encontrarán en horario lectivo y, por tanto, no tienen que permanecer en el centro.

Por último, señalar la novedad que se incorpora en la Educación Secundaria Obligatoria, en la que la enseñanza de la religión podrá ser de una de las confesiones con acuerdo o una enseñanza aconfesional sobre la “historia y cultura de las religiones”, además de mantener la asignatura alternativa para aquellos que no quieran recibir dicha enseñanza.

Así pues, aunque la LOE tiene un texto muy similar al de la LOGSE, el desarrollo de la ley sí ha introducido nuevos elementos que serán objeto de nuestro análisis en futuros apartados.

E) La nueva ley educativa: Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa

Como ya hemos señalado, acaba de aprobarse la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE)⁶⁸⁴, que modifica numerosos preceptos de la LOE. Entre las novedades de la ley, se encuentra una nueva regulación de la enseñanza de la religión, que pasamos a reflejar sucintamente, si bien debe de tenerse en cuenta que el texto está recién aprobado por las Cortes Generales y por tanto carece de normativa de

⁶⁸⁴ Publicada en el *BOE*, núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

desarrollo que pudiese ayudar a aclarar o definir algunos de sus puntos.

Con esta reforma, de nuevo vuelve a estar la religión presente en el articulado, pues se introduce como materia de los diversos niveles educativos no por la remisión de la Disposición Adicional segunda, sino por la referencia explícita a la misma.

En esta ley se diferencian tres tipos de asignaturas: troncales, específicas y de libre configuración autonómica. En Primaria y Secundario Obligatoria la religión se encuentra entre las asignaturas específicas, ahora bien, se recoge dos veces, una como “fija con alternativa” –debe escogerse entre una u otra– y otra como optativa:

“3. Los alumnos deben cursar las siguientes áreas del bloque de asignaturas específicas en cada uno de los cursos:

a) Educación Física.

b) Religión, o Valores Sociales y Cívicos, a elección de los padres, madres o tutores legales.

c) En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, al menos una de las siguientes áreas del bloque de asignaturas específicas:

1.º Educación Artística.

2.º Segunda Lengua Extranjera.

3.º Religión, sólo si los padres, madres o tutores legales no la han escogido en la elección indicada en el apartado 3.b).

4.º) Valores Sociales y Cívicos, sólo si los padres, madres o tutores legales no la han escogido en la elección indicada en el apartado

3.b)”⁶⁸⁵

⁶⁸⁵ Apartado nueve de la LOMCE, que da nueva redacción al artículo 18 de la LOE. Respecto a la Educación Secundaria Obligatoria, esto se contiene en el punto quince de la reforma (que modifica el artículo 24 LOE), con un contenido similar, salvo que se ofertan un mayor número de asignaturas entre las optativas.

Desde luego, habrá que esperar al desarrollo para ver cómo se lleva a la práctica esta previsión. Lo que sí puede adelantarse es que con esta ley se asimilará la enseñanza religiosa a la Educación Física.

Como puede verse en el precepto transcrito, la alternativa a la religión en Educación Primaria será “Valores sociales y cívicos”. En Educación Secundaria Obligatoria en cambio se denomina “Valores éticos”. Ambas serán evaluables y se tendrán en cuenta para la media del expediente académico de los alumnos, si bien en la prueba que se realizará al finalizar la Educación Secundaria Obligatoria no se incluyen estas materias.

Respecto al Bachillerato, se dispone la posibilidad de cursar religión en los dos cursos, si bien no se incluye alternativa alguna, sino que la religión se encuentra entre las múltiples optativas que podrán ofertar los centros –según disponibilidad– y elegir los alumnos. Ahora bien, parece que una lectura de este artículo con la Disposición Adicional Segunda conllevará que en el caso de la religión católica los centros estén obligados a ofertarla (no así con otras confesiones).

En cualquier caso, la asignatura de religión sería evaluable y se tendría en cuenta en la nota media del expediente en todos los procesos, si bien no se incluye en la prueba de evaluación final del Bachillerato.

No nos hemos referido a la Educación Infantil porque no se refiere a ella explícitamente la reforma, aunque se entiende que seguirá impartándose religión (al menos católica) en este nivel, puesto que la Disposición adicional segunda establece que la religión católica se incluirá “como área o materia en los niveles educativos que corresponda”.

Por último, esta reforma añade un tercer párrafo a la Disposición adicional segunda, que establecería:

“La determinación del currículo y de los estándares de aprendizaje evaluables que permitan la comprobación del logro de los objetivos y adquisición de las competencias correspondientes a la asignatura Religión será competencia de las respectivas autoridades religiosas. Las decisiones sobre utilización de libros de texto y materiales didácticos y, en su caso, la supervisión y aprobación de los mismos corresponden a las autoridades religiosas respectivas, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos suscritos con el Estado español”

Si bien tal apartado es ciertamente novedoso en la legislación, siempre ha habido previsiones similares en la normativa de desarrollo, por lo que no tiene gran trascendencia.

2.3. Los acuerdos de 1992 con las confesiones minoritarias

Como ha podido observarse, y con la única excepción del régimen inicial previsto por las órdenes ministeriales de 1980, la normativa educativa se refiere siempre a la asignatura de religión católica y al mencionar la enseñanza de otras confesiones se remite a lo establecido en sus acuerdos, pero sin incluirla como materia o área del currículo académico. En este apartado expondremos los rasgos fundamentales que establecen los acuerdos en relación con la enseñanza de la religión, si bien el análisis más detallado de los diversos elementos de dicha enseñanza se realizará más adelante.

Hasta ahora, los únicos acuerdos suscritos por el Estado son los que firmó en 1992 con evangélicos, judíos e islámicos en virtud del artículo 7 LOLR. Dichos acuerdos se refieren al ámbito educativo en el artículo 10, que consta de seis apartados⁶⁸⁶, de los que dedica a la enseñanza de la religión en centros docentes preuniversitarios los

⁶⁸⁶ Como vimos (epígrafe III.3 del capítulo I) si bien estos acuerdos eran formalmente diversos, su contenido era idéntico, más allá de la referencia a cada una de las confesiones, por lo que nos referiremos a ellos de forma conjunta.

cuatro primeros, refiriéndose el quinto a la organización de cursos en universidades públicas y el sexto a la creación de centros docentes.

En relación con el modelo de enseñanza religiosa por el que se ha optado, nos interesa ahora destacar los apartados primero y cuarto, que establecen:

“1. A fin de dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 27.3 de la Constitución, así como en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, y en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, 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 evangélica 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.

(...) 4. Los centros docentes públicos y los privados concertados a que se hace referencia en este artículo deberán facilitar los locales adecuados para el ejercicio de aquel derecho en armonía con el desenvolvimiento de las actividades lectivas”⁶⁸⁷

Aunque en una primera lectura de este texto pueda parecer una regulación similar a la establecida para la enseñanza de la religión católica, ésta es sólo una apariencia formal.

La primera diferencia que puede observarse es que no se establece una obligación de ofrecer esta enseñanza, sino que ésta debe ser solicitada por quienes estén interesados, mientras que el AEAC

⁶⁸⁷ Transcribimos el texto del acuerdo del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España que, como hemos indicado, nos sirve para conocer los tres acuerdos, pues el alcanzado con la Federación de Comunidades Israelitas de España es idéntico pero refiriéndose a la religión judía y el de Comisión Islámica de España a la religión islámica.

señalaba la “oferta obligatoria” de los centros. Sin duda, esto puede responder a una previsión de menor demanda de la enseñanza de religiones diversas a la católica, dada su menor incidencia social.

Otro elemento que debe destacarse es el relativo a los centros en los que debe impartirse, que se limitan a los sostenidos con fondos públicos, es decir, a aquellos de titularidad pública y lo privados concertados, siempre y cuando en estos últimos tal enseñanza no entre en conflicto con el ideario propio del centro.

Debemos asimismo subrayar que en estos acuerdos no existe ninguna referencia similar a la contenida en el AEAC respecto a que dicha enseñanza deba impartirse en “condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”, por lo que puede entenderse que con este artículo no se está estableciendo, o al menos no necesariamente, una asignatura a incluir en el sistema educativo, sino la posibilidad de impartirla dentro del centro escolar, lo que permitiría, en su caso, que se impartiese fuera del horario lectivo o que las calificaciones no tuviesen reflejo en el expediente académico de los alumnos⁶⁸⁸.

Como puede observarse en el cuarto apartado del artículo 10 de los acuerdos, con estas tres confesiones la obligación asumida por el Estado se limita a la cesión de “locales adecuados”, siempre sin interferir con las actividades lectivas del centro escolar, es decir, siempre que sea posible dentro de la organización del mismo. Los poderes públicos no asumen obligación alguna respecto al profesorado, si bien, como veremos posteriormente, la regulación sobre éstos se ha ido modificando sensiblemente⁶⁸⁹.

⁶⁸⁸ SOUTO GALVÁN, Beatriz: “La enseñanza de la religión en el sistema educativo español”, en POLO SABAU, José Ramón (dir.): *Anuario de Derecho a la educación*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 285.

⁶⁸⁹ Todos estos aspectos se analizan más detenidamente en el epígrafe IV.1 de este capítulo.

Estas diferencias entre la regulación de la enseñanza de religión católica y de otras confesiones justifican que las leyes educativas (y los reglamentos que las desarrollan) se refieran como asignatura a la “enseñanza de religión católica”, haciendo mención diferenciada a la de las otras confesiones. De hecho, como ya dejamos apuntado al referirnos a la LOCE, la inclusión que esta ley preveía de la enseñanza de estas confesiones como opción “confesional” de la asignatura Sociedad, Cultura y Religión se remitía a futuros acuerdos, pues dicho sistema no se correspondía con lo establecido en el artículo 10 de los acuerdos de 1992, al deberse garantizar en mayor medida la posibilidad efectiva de recibir dicha enseñanza y los criterios de calificación de la misma.

Por tanto, si recordamos los diversos modelos de enseñanza de la religión que se dejaron apuntados, el modelo establecido para las confesiones con acuerdo –a diferencia del previsto para la Iglesia Católica, que se correspondía con el de integración orgánica– es un modelo de “libertad de acceso”, con el que el Estado permite a estas confesiones la entrada a los centros educativos para llevar a cabo la enseñanza de sus creencias⁶⁹⁰. Como vimos, en este modelo puede haber una mayor o menor cooperación del Estado, lo que se analizará más detenidamente en un apartado posterior al analizar las normas que han desarrollado lo establecido en estos acuerdos.

2.4. Competencias autonómicas en la enseñanza de la religión

Como ya vimos al analizar el derecho a la educación, en lo relativo a la enseñanza las Comunidades Autónomas tienen competencia en todo aquello que no sea competencia exclusiva del Estado, por lo que debemos plantearnos si la enseñanza de la religión es o no una materia

⁶⁹⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad...”, *op cit*, p. 70.

que pueda ser regulada en alguna medida por las Comunidades Autónomas⁶⁹¹.

La regulación de la asignatura de religión que realiza la LOE tiene el carácter de básico, conforme a lo establecido en la Disposición final quinta. Ahora bien, no es la única norma básica en esta materia, pues como se vio puede contenerse también en normas reglamentarias, tal y como aconseja el carácter técnico de la materia (el establecimiento de los contenidos de las diversas áreas, distribución horaria, etc.), lo que efectivamente se ha realizado a través de los reales decretos que establecen las enseñanzas mínimas de cada una de las etapas educativas.

Recordemos que, tal y como establece el artículo 6.3 LOE:

“los contenidos básicos de las enseñanzas mínimas requerirán el 55 por ciento de los horarios escolares para las Comunidades Autónomas que tengan lengua cooficial y el 65 por ciento para aquéllas que no la tengan”⁶⁹²

Efectivamente, todas las Comunidades Autónomas han completado los contenidos de las materias previstas por el Estado a

⁶⁹¹ En lo referente a la Comunidad de Madrid, puede verse: GARCÍA GARCÍA, Ricardo: *La Comunidad de Madrid ante la libertad religiosa*, Colex, Madrid, 2010, pp. 36-67. Un análisis de las leyes educativas de las Comunidades Autónomas y su referencia o no a la enseñanza religiosa se encuentra en VALENCIA CANDALJA, Rafael: *La enseñanza de la religión en el Ordenamiento estatal y autonómico*, Dykinson-Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, Madrid, 2013, pp. 229-236.

⁶⁹² La LOMCE (apartados 4 y 5 del artículo único) modifica este artículo y añade un artículo 6.bis sobre distribución de competencias, con el que se reforma sustancialmente el sistema actual. En relación con las asignaturas específicas (entre las que se encuadra la religión y su alternativa) corresponderá al Gobierno “determinar los estándares de aprendizaje evaluables” y a la Administración educativa establecer los contenidos, fijar el horario y complementar los criterios de evaluación, así mismo, se prevé que los centros podrán completar los contenidos de las asignaturas y determinar su carga horaria. Una regulación similar a la del artículo 6.3 LOE se conserva para Educación Infantil y Formación Profesional.

través de los decretos de desarrollo de las enseñanzas mínimas⁶⁹³. Sin embargo, por el carácter particular de la enseñanza de la religión confesional, ésta queda excluida de tal previsión, pues sólo las confesiones pueden establecer el contenido de sus enseñanzas.

En relación con la materia alternativa a la religión, al definirse su contenido por los poderes públicos en principio sí podrían las Comunidades Autónomas completar tales contenidos. Ahora bien, actualmente la normativa básica estatal establece que las actividades a realizar por los alumnos que no cursen religión se establecerán por los centros escolares (lo que limitaría tal competencia), a pesar de lo cual algunas Comunidades Autónomas al referirse a esta materia no solo reproducen la norma estatal, sino que la complementan, delimitando qué pueden incluir los centros en sus proyectos educativos.

Respecto a la asignatura de “historia y cultura de las religiones” (del tipo de lo que se denominó “hecho religioso”) –que es una materia aconfesional que puede escogerse Educación Secundaria Obligatoria en vez de la materia confesional o de una “alternativa” similar a la de las otras etapas– sí es objeto de regulación por el Estado y, por tanto, conforme al artículo 6.3 LOE las Comunidades Autónomas deben de completar los contenidos establecidos por el Gobierno⁶⁹⁴.

Puesto que las Comunidades Autónomas no pueden añadir nuevas materias a las ya previstas por la ley, no podrán establecer nuevas enseñanzas de la religión como parte del programa educativo⁶⁹⁵.

⁶⁹³ Una extensa referencia y análisis de la normativa autonómica de desarrollo puede encontrarse en VALENCIA CANDALIJA, Rafael: *op cit*, pp. 239-316.

⁶⁹⁴ En el caso de la Comunidad de Madrid esto se realiza en el Decreto 23/2007, de 10 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria (BOCM, núm. 126, de 27 de mayo de 2007).

⁶⁹⁵ En contra de esta interpretación, MARTÍNEZ BLANCO sostiene que dentro del margen autonómico para completar el diseño curricular entraría la posibilidad de incluir

En cuanto a si podrían llegar a acuerdos con otras confesiones para establecer un sistema de libertad de acceso, que no supusiese su inclusión en el currículo académico, es de aplicación lo que se dijo sobre la cooperación de las confesiones: en principio, ésta se predica del Estado y sólo en relación con las materias que las Comunidades Autónomas tengan una competencia específica podrán realizar dichos acuerdos. Así pues, dependería del título competencial que se esgrimiese en cada caso.

Por otro lado, y puesto que las Comunidades Autónomas tienen transferidas las competencias de ejecución en materia de enseñanza, sí será competencia de éstas lo relacionado con la ejecución de la enseñanza de la religión, como puede ser la provisión de medios materiales y personales (con las particularidades que detallaremos).

En relación con las confesiones diversas a la católica, en materia de enseñanza sólo Andalucía ha establecido un convenio de colaboración con la Federación Evangélica sobre la enseñanza religiosa evangélica en los aspectos que son competencia de la Comunidad Autónoma⁶⁹⁶.

nuevas materias, entre las que podría haber una confesional (el autor se refiere a la LOGSE, pero su regulación era similar a la actual de la LOE), (MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La enseñanza de la religión...*, *op cit*, p. 194). La reforma de la LOMCE podría reabrir este debate, pues al incluir asignaturas de “libre configuración autonómica”, es posible que puedan incluirse nuevas materias (con la redacción actual, a falta de desarrollo reglamentario, no nos atrevemos a aventurar si previamente el Gobierno establecerá o no un listado de posibles materias).

⁶⁹⁶ Convenio publicado en la Orden de 29 de febrero de 2012, por la que se dispone dar publicidad al convenio de colaboración entre la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía y la Consejería de Educación del Consejo Evangélico Autonomico de Andalucía (CEAA), sobre la enseñanza de la Religión Evangélica en Andalucía (BOJA, núm. 61, de 28 de marzo de 2012).

II. LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN, ¿UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL?

Tras un primer análisis de la evolución de la normativa sobre la asignatura de religión, nos planteamos si la existencia de ésta es o no una exigencia constitucional o si el legislador ha optado por incluirla en el currículo académico de las enseñanzas preuniversitarias pero podría no haberlo hecho o eliminarse en el futuro.

Como ya se apuntó, en los primeros años de vigencia del actual texto constitucional la normativa que desarrolló esta materia se refería a la misma como un “derecho fundamental”⁶⁹⁷. Ahora bien, posteriormente ha desaparecido tal calificativo de “fundamental” de la normativa que la ha recogido.

Por otro lado, la propia regulación haría pensar que la enseñanza de la religión en los centros docentes no es ejercicio de un derecho fundamental –o no ha sido así considerado por el legislador–, pues sistemáticamente su desarrollo se ha producido a través de reglamentos u órdenes ministeriales, e incluso las escasas referencias contenidas en las leyes carecen del rango orgánico que exigiría un derecho fundamental de la Sección 1ª, Capítulo II, Título Primero de la Constitución⁶⁹⁸.

Ahora bien, son muchos los autores que sostienen que la enseñanza de la religión, y más concretamente de la religión católica, es

⁶⁹⁷ Preámbulo de las órdenes ministeriales de 1980 sobre la enseñanza de la religión y artículo I AEAC.

⁶⁹⁸ De hecho, ya apuntamos que VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA (que considera que la enseñanza de la religión en los centros docentes es un derecho fundamental) entiende que la regulación que se ha hecho de la misma contraviene lo establecido en el artículo 53.1 CE, pues se “relega” a órdenes y decretos aspectos fundamentales de esta enseñanza (*op cit*, p. 156).

una exigencia del ordenamiento por diversos motivos. Así, FORNÉS⁶⁹⁹ entiende que la inclusión de la materia de religión católica se justifica por motivos “estadísticos” –al ser ésta la confesión mayoritaria–, “históricos” y “culturales” –dada su influencia en la tradición española– y especialmente por razones “psico-pedagógicas”, pues

“no es posible conseguir una formación completa de la personalidad –objeto y fin de la educación según nuestra Constitución (a.27,2)– sin la presencia de ese componente esencial que es el desarrollo de la dimensión religiosa”⁷⁰⁰

Sin negar la relevancia histórica y cultural de la religión católica en España, no podemos compartir estas razones, pues esto no justifica su inclusión como materia confesional, sino, en su caso, como una materia objetiva en la que se expusiese su contenido con neutralidad. Tampoco justifica tal inserción el hecho de que la sociedad española sea mayoritariamente católica, incluso con su mención explícita en el artículo 16.3 CE, dado que ya vimos que ello no debe matizar en modo alguno el carácter aconfesional del Estado y por tanto su ausencia de posicionamiento ante las diversas creencias de sus ciudadanos; en su caso, podrá impulsar la cooperación, establecerse medidas específicas para esta confesión que, precisamente por ser la mayoritaria del Estado, encontrará un mayor desarrollo del principio de cooperación, pero esto en ningún caso podrá suponer que desde los poderes públicos se muestre una “preferencia” ante determinadas creencias. Por este mismo motivo creemos que tampoco debe atenderse a las razones que el autor denomina “psico-pedagógicas”, pues el Estado aconfesional no debería de hacer una consideración semejante a la apuntada por FORNÉS.

⁶⁹⁹ FORNÉS, Juan: “La enseñanza de la religión en España”, en *Ius Canonicum*, núm. 40, 1980, pp. 91-92.

⁷⁰⁰ *Idem*, p. 92. También hacen referencia al objetivo del pleno desarrollo de la personalidad como fundamento para la asignatura de religión MANTECÓN SANCHO y TIRAPU MARTÍNEZ (*op cit*, p. 130).

Así pues, no consideramos que la obligatoriedad de la existencia de la asignatura de religión pueda encontrar su aval en una motivación marcada por una toma de postura del Estado ante el fenómeno religioso que antepusiera a la Iglesia Católica al resto de las confesiones, desde una postura de toma de consideración de dichas creencias, alejándose así de los rasgos definitorios del Estado aconfesional: la separación entre la Iglesia y el Estado y la neutralidad de éste hacia todas las confesiones.

Al contrario, dicha exigencia deberá de buscarse, en su caso, en el texto constitucional que, como norma suprema, es el único que podría imponer tal tipo de obligación al legislador.

La doctrina que defiende la imposición constitucional de una asignatura de religión no es unánime a la hora de establecer el artículo del que derivaría tal obligación, considerando algunos que se contiene en el 16.1 y otros, en cambio, en el 27.3 CE.

Para MARTÍNEZ BLANCO, si bien el contenido de la asignatura es expresión de la libertad religiosa, su enseñanza en los centros docentes responde a la libertad de enseñanza, junto con la concepción de la escuela pública como una “escuela plural”⁷⁰¹, pues considera que

“doctrinalmente la presencia de la enseñanza religiosa en los centros docentes públicos encuentra su fundamento, aun en el contexto de un Estado aconfesional, pero pluralista y respetuoso con la libertad religiosa, en el principio de libertad de enseñanza de padres y alumnos y en la propia naturaleza de la escuela, que para ser neutral debe propiciar el encuentro en su seno de todas las tendencias en orden a la formación equilibrada de los alumnos”⁷⁰²

⁷⁰¹ Este autor no hace referencia a la obligación de impartir la asignatura de religión también en los centros de titularidad privada.

⁷⁰² MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La enseñanza de la religión...*, op cit, p. 209.

Algunos autores, por su parte, si bien se inclinan por señalar como reconocimiento constitucional expreso de la inclusión de la asignatura de religión en los centros docentes el artículo 27.3, destacan su relación con la libertad religiosa, y así, como sostiene RIBES SURIOL

“el fundamento constitucional de la enseñanza de la religión lo encontramos en el artículo 16, pero la base constitucional directa de la presencia de la enseñanza religiosa en el sistema educativo, se halla en el punto 3 del artículo 27”⁷⁰³

Otros autores, en cambio, sostienen que esta enseñanza es parte del contenido del artículo 16 y que el 27.3 no aporta nada al contenido de la libertad religiosa, lo que lleva a POLO SABAU a plantear que la expresa mención realizada en el artículo 27.3 CE

“resulta acaso un tanto innecesario por meramente redundante, aun cuando pueda igualmente ser entendido como una mera especificación o concreción del contenido de aquella libertad en este ámbito educativo”⁷⁰⁴

Analizaremos a continuación ambos artículos para determinar si la existencia de la enseñanza de la religión, y más concretamente su inclusión como asignatura del currículo académico, es o no una exigencia constitucional.

⁷⁰³ RIBES SURIOL, Ana I.: “La enseñanza actual de la religión católica en España: influencia de la historia”, en ALENDA SALINAS, Manuel [et al.]: *Estudios en homenaje al Profesor Martínez Valls*, vol. I, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, p. 590.

⁷⁰⁴ POLO SABAU, José Ramón: “La enseñanza de la religión en la escuela pública: fundamento constitucional y desarrollo normativo”, en *Iustel. Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 33, 2013 (revista electrónica), p. 6.

1. LA ENSEÑANZA DE RELIGIÓN COMO CONTENIDO DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN

El fundamento de la inclusión de la enseñanza religiosa en el sistema educativo podría, en una primera aproximación, sostenerse sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa reconocido en el artículo 16.1 CE o bien en el principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas establecido en el 16.3 CE.

Comenzando por esta segunda posibilidad –que la inclusión de enseñanza de la religión en los centros educativos se fundamente en el principio de cooperación– debe recordarse que éste no es un derecho fundamental, sino un deber del Estado⁷⁰⁵, y que carece de contenido específico, por lo que difícilmente podría entenderse que supone la obligatoriedad de la existencia de una asignatura de religión. En su caso, dicho principio propiciará que, una vez haya sido establecida por el Estado, se acuerde con las confesiones la manera de llevarla a cabo.

En relación con el primer apartado del artículo 16 CE, debemos comenzar recordando que nos encontramos ante un derecho de libertad, y no un derecho prestacional, por lo que de él no puede derivarse una obligación del Estado de incluir una asignatura en el currículo académico y sufragar sus gastos, tal y como señala POLO SABAU:

“La libertad religiosa no se configura normativamente en el art. 16.1 de la Constitución como un derecho de prestación y, por tanto, en modo alguno puede sostenerse que la realización (su financiación), por parte del Estado, de cualquiera de las prestaciones que integran

⁷⁰⁵ Así lo declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia 93/1983, FJ 5. A esto nos referimos en el epígrafe III.3 del capítulo I.

el objeto típico del derecho en sus distintas manifestaciones sea una exigencia constitucional⁷⁰⁶

Como ya vimos, el Tribunal Constitucional estableció que el contenido de este derecho se corresponde con lo previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, concretamente, cuando se refiere a personas físicas, a lo establecido en su primer apartado. El motivo por el cual un sector doctrinal ha entendido que es aquí donde se encuentra el fundamento de esta enseñanza reside en el apartado c), que indica como parte de tal contenido de la libertad religiosa el derecho a:

“c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; 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”

Este apartado reconoce así la posibilidad de recibir enseñanza religiosa, tanto para uno mismo como para los menores de edad que se encuentren a su cargo, e igualmente se hace una referencia específica a dicha educación en el “ámbito escolar”. Debemos de recordar que, en cualquier caso, este derecho será predicable de todas las personas, con independencia de la confesión que profesen, por lo que autores que derivan de este precepto la necesaria exigencia de una materia confesional consideran que con la regulación actual se contraviene el derecho fundamental, pues

“la formación religiosa que se debe impartir en los centros docentes no es únicamente la de la religión católica, sino también la de otras confesiones distintas a la católica. Esto es consecuencia de la

⁷⁰⁶ POLO SABAU, José Ramón: “La enseñanza de la religión...”, *op cit*, p. 10.

aconfesionalidad del Estado –art. 16.3 CE– y del derecho a la libertad religiosa”⁷⁰⁷

Efectivamente, si lo considerásemos parte del contenido del derecho deberíamos entender que tendría que predicarse de todas las confesiones.

Ahora bien, no creemos que esto sea así pues, si bien está fuera de toda duda que, efectivamente, entre los contenidos de la libertad religiosa se encuentra la posibilidad de que los creyentes de una concreta religión puedan enseñarla y aprenderla, ello no implica necesariamente que se deba incluir como una asignatura más del sistema educativo⁷⁰⁸, pues el artículo 2.1 c) LOLR sólo supone para el Estado una obligación de no imposibilitar o dificultar dichas actividades.

Ahora bien, es de destacar que nos encontramos en el primer apartado del artículo 2 y no en el segundo⁷⁰⁹, lo que indica que se trata de un derecho de las personas, y no de las confesiones, por más que éstas sean los “instrumentos” que harán posible el ejercicio efectivo de tal derecho⁷¹⁰. Es decir, al analizar la enseñanza religiosa debemos tener presente que este es un derecho individual de todas las personas, y no un derecho de las confesiones, lo que conlleva que no puedan

⁷⁰⁷ TRONCOSO REIGADA, Antonio: “La clase de religión y su alternativa constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45 (I), 1996, p. 246.

⁷⁰⁸ LÓPEZ CASTILLO, Antonio: “A propósito del fundamento...”, *op cit*, p. 310. En el mismo sentido, CUBILLAS RECIO señala que “formación religiosa y derecho de educación pueden operar autónomamente” (*Enseñanza confesional y cultura religiosa. Estudio jurisprudencial*, Secretario de Publicaciones e Intercambio Científico-Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997, p. 63).

⁷⁰⁹ En el artículo 2.2 LOLR se establece como derecho de las confesiones, entre otros, “divulgar y propagar su propio credo”, que podría conectarse con la enseñanza pero de forma menos clara que la proclamación del artículo 2.1 c), pues los verbos empleados (divulgar y proclamar) tienen un contenido menos formativo que el término “enseñanza”, sugiriendo más bien una labor de proselitismo.

⁷¹⁰ CONTRERAS MAZARÍO, José María: *op cit*, p. 80.

establecerse diferencias por la concreta religión profesada, el contenido que demos a este derecho deberá ser aplicable a todos los individuos.

Por otro lado, también se ha fundamentado la presencia de la asignatura de religión en el artículo 2.3 LOLR, en el que recordemos que se recoge la asistencia religiosa estableciendo:

“Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su custodia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos”

Así, se establecen dos situaciones en las que el Estado debe facilitar los medios necesarios para hacer efectivo el derecho a la libertad religiosa: los casos en los que el individuo se encuentre en una situación de “sujeción especial” y la formación religiosa en centros docentes públicos.

Dado que el catálogo de situaciones de sujeción especial establecido en el artículo 2.3 LOLR es abierto, debemos analizar si el caso de la asignatura de religión puede entenderse dentro de la asistencia religiosa en “otros centros” bajo dependencia del Estado. Ciertamente, si tenemos presente que los centros detallados por el precepto tienen como característica común la imposibilidad de abandonarlos por un periodo más o menos prolongado, puede entenderse que en los centros educativos no concurre la necesidad de una “asistencia religiosa”, pues los alumnos sólo se encuentran en ellos unas horas al día,

“en la actualidad, en la inmensa mayor parte de los casos, es insostenible el pretender que un alumno de un centro escolar

público carece de tiempo fuera de la escuela para cumplir con sus obligaciones religiosas”⁷¹¹

Es decir, no puede considerarse que estemos ante una situación de sujeción especial que pudiese justificar la asistencia religiosa prevista en el primer inciso del artículo 2.3 LOLR⁷¹².

Respecto al segundo inciso del precepto –“la formación religiosa en centros docentes públicos” – sólo supone que el Estado deba “facilitar” tal formación, lo que no conlleva su inclusión en el currículo académico, sino que tal premisa se vería satisfecha con la instauración de un sistema de libre acceso de las confesiones a los centros escolares, de modo que pudiesen utilizar sus instalaciones para llevar a cabo dicha actividad de formación⁷¹³.

Esta interpretación se refuerza si tenemos en cuenta que esta obligación del Estado se asume para la aplicación real y efectiva de los derechos reconocidos en los dos primeros apartados del artículo 2, en los que ya hemos indicado que se recoge el derecho de enseñanza, pero no la inclusión de ésta como una materia más del sistema educativo, por tanto, sólo al primer aspecto puede referirse el artículo 2.3 CE.

Así, no podemos estar de acuerdo con RODRÍGUEZ BLANCO, para quien

⁷¹¹ FERRARI, Silvio: “Presencia de la religión en establecimientos públicos: asistencia religiosa”, en FERRARI, Silvio; IBÁN, Iván C.: *Derecho y religión en Europa occidental*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 133.

⁷¹² Sólo excepcionalmente podríamos considerar que se da tal situación en los casos de alumnos que se encuentren en régimen de internamiento y no puedan salir de forma habitual del centro, circunstancias en las que sí podremos hablar de que existe una “sujeción especial” y por tanto debe preverse su asistencia religiosa. En este mismo sentido se pronunció la Universidad Carlos III de Madrid ante la solicitud de creación de una capilla en el recinto universitario.

⁷¹³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad...”, *op cit*, p. 68.

“la enseñanza de la religión en la escuela [como asignatura] encaja perfectamente en el elenco de medidas adoptadas por los poderes públicos en el marco de esa *dimensión prestacional* de la libertad religiosa”⁷¹⁴

Con esta interpretación se obvia lo que ya hemos dejado aquí apuntado, que esta asignatura no forma parte del contenido del derecho a la libertad religiosa y que sólo a este contenido puede referirse la labor prestacional del Estado, pues lo contrario acabaría por modificar la naturaleza de dicho derecho, convirtiéndolo en un derecho prestacional.

Así pues, consideramos que el artículo 16 CE es fundamento para la enseñanza de la religión, enseñanza que incluso podría hacerse en los centros docentes públicos, según lo previsto en el artículo 2.3 LOLR, pero no puede fundamentarse en él la exigencia de la inclusión de una materia confesional en el sistema educativo que establezca el legislador.

2. EL ARTÍCULO 27.3 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN

Un amplio sector doctrinal considera que el artículo 27.3 de la Constitución exige la inclusión de una asignatura confesional en el sistema educativo, al entender que el derecho de los padres que en él se reconoce tiene un doble contenido. En primer lugar, uno negativo, que impediría el adoctrinamiento de los alumnos en un sentido contrario a las creencias de sus padres; en segundo lugar, un contenido positivo, que garantizaría la formación religiosa y moral acorde con la de los padres, lo que, según estos autores, implicaría la previsión de esta asignatura. Así, MARTÍNEZ BLANCO sostiene:

⁷¹⁴ RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel: “La enseñanza de la religión en la escuela pública española (1979-2005)”, en *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 2005 (revista electrónica), p. 6 (cursivas del autor). Aunque el autor dice “enseñanza religiosa”, es obvio que se refiere a su inclusión como materia en el sistema educativo.

“El artículo 27.3 de la Constitución fundamenta suficientemente la presencia de la enseñanza de la religión y moral, y aún más, de una formación de tipo religioso y moral en la escuela pública, aunque pudiera haber utilizado fórmulas más explícitas y satisfactorias para la jerarquía y las fuerzas conservadoras, por la referencia, aunque hubiera sido en términos básicos, a sus principios organizativos y sus medios personales y metodológicos”⁷¹⁵

La vinculación de la asignatura con este artículo parece ser la más extendida y, de hecho, los autores que no abordan directamente el tema, y por tanto no entran a explicar los motivos de tal interpretación, mantienen que efectivamente es necesaria la asignatura para garantizar el derecho reconocido en el artículo 27.3 CE⁷¹⁶.

Debe constatar que estos autores⁷¹⁷ mantienen tener respaldo jurisprudencial indirecto en los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha realizado en torno al ideario de los centros docentes y al derecho que tienen los padres de elegir un determinado tipo de educación. Centran este apoyo especialmente en el voto particular emitido por el Magistrado Francisco TOMÁS Y VALIENTE a la STC 5/1981, en el que se dice lo siguiente:

“Los padres podrán satisfacer su derecho reconocido en el art. 27.3, 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 determinada ideología entre las cuales, en principio, podrá elegir cada ciudadano”⁷¹⁸

⁷¹⁵ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La enseñanza de la religión...*, *op cit*, p. 88.

⁷¹⁶ Así lo hace, entre otros, ALÁEZ CORRAL, que entiende que el 27.3 CE “ha permitido configurar el sistema educativo de modo que se pueda impartir enseñanza religiosa en los centros públicos” (“Símbolos religiosos...”, *op cit*, p. 110).

⁷¹⁷ Véase: MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La enseñanza de la religión...*, *op cit*, p. 92.

⁷¹⁸ Punto 5 del voto particular. *Cursivas nuestras*.

Sin embargo, no creemos que de esta afirmación del Magistrado pueda deducirse apoyo alguno a las tesis mantenidas por estos autores, antes al contrario, recalca que la educación ofrecida por el Estado no debe tener una orientación ideológica, es decir, que debe ser neutral.

En las próximas páginas analizaremos el contenido de este artículo y los textos internacionales de contenido similar, para determinar el significado que haya de darse al artículo 27.3 de la Constitución y, por tanto, si de él debe derivarse o no la obligación para el Estado de incluir la enseñanza de la religión –desde una perspectiva confesional– entre las materias del currículo académico, igualmente nos referiremos a los titulares del derecho.

2.1. El artículo 27.3 CE

Como vimos al abordar el derecho a la educación, el artículo 27 apenas sufrió cambios a lo largo del periodo constituyente. Concretamente en lo que se refiere al apartado tercero, en un primer momento no se hacía previsión alguna con contenido similar, pero se introdujo ya en el anteproyecto de Constitución que la ponencia envió al Congreso de los Diputados, con el texto que finalmente fue aprobado.

La mayor parte de las enmiendas que se presentaron a este artículo no se referían a lo que en él se contenía, sino que pretendían su ampliación, de modo que se reconociese igualmente el derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos, ahora bien, en relación con el texto que aquí analizamos, debe observarse cómo los diputados que se refirieron al mismo parecían entender que efectivamente con él se introducía la enseñanza de la religión en el sistema educativo, como claramente señalaba SILVA MUÑOZ:

“La formación religiosa, como parte de la educación integral, deberá programarse en todas las escuelas estatales o no estatales donde

reciban educación alumnos creyentes, coordinándola con el resto de materias según una planificación coherente. Los alumnos cuyos padres manifiesten que no desean formación religiosa para sus hijos recibirán una formación ética en las mismas condiciones en que se imparte la religiosa”⁷¹⁹

También el diputado socialista GÓMEZ LLORENTE hizo alusión a la enseñanza de la religión en centros públicos, calificándola como un elemento positivo que evitaría la segregación de alumnos por creencias, al no verse los padres creyentes abocados a inscribir a sus hijos en centros de titularidad eclesiástica⁷²⁰.

En el Senado, en cambio, sí pudieron escucharse voces más críticas con el texto del apartado tercero, así, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ponía el acento en lo costoso que podría llegar a ser para el Estado tal apartado:

“Queremos llamar la atención acerca del grave compromiso en que han incurrido quienes han forzado para que se incluyera el apartado 3. ¿Se ha caído en la cuenta de la carga que esto puede representar para los poderes públicos? El pluralismo religioso del país va a forzar a que a lo largo de toda la geografía, aun en el más pequeño núcleo, tengan los poderes públicos que garantizar a cualquier niño de cualquier religión o ideología el derecho a recibir enseñanzas según sus creencias”⁷²¹

También VILLAR ARREGUI se mostraba contrario a tal inclusión:

“Ningún patrimonio es tan respetable como el patrimonio espiritual que una generación puede transmitir a la siguiente, pero de ahí a

⁷¹⁹ *DSCD*, núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 2659. En los mismos términos se expresa en el debate del Pleno del Congreso (*DSCD*, núm. 72, de 23 de mayo de 1978, p. 4024).

⁷²⁰ *DSCD*, núm. 106, de 7 de julio de 1978, p. 4041.

⁷²¹ *DSS*, núm. 43, de 25 de agosto de 1978, p. 1912.

introducir en un texto constitucional las expresiones que en la comparación de los números 3, 4 y 9 ponen de manifiesto su incoherencia y su ambigüedad, media un abismo”⁷²²

Tales consideraciones no fueron apreciadas, pues finalmente se aprobó el texto tal y como había sido enviado por el Congreso.

Ahora bien, el hecho de que algunos diputados entendiesen que con este texto se garantizaba la enseñanza de la religión no implica que hoy deba entenderse del mismo modo, pues ciertamente parece que tales diputados sólo pensaban en la religión católica y en los centros confesionales católicos, ignorando el pluralismo que en la actualidad, en virtud de la libertad religiosa y la libertad de creación de centros docentes, existe en nuestro país⁷²³, por lo que debemos seguir adelante con el análisis de dicho precepto.

El artículo 27.3 CE establece:

“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”

Esta redacción fue acogida de modo dispar. Por un lado, una parte de la jerarquía eclesiástica se mostró disconforme por considerar que no era suficientemente claro y taxativo al no hacerse una referencia

⁷²² *Idem*, p. 1926.

⁷²³ Recientemente el Tribunal Constitucional ha destacado la necesidad de realizar una “interpretación evolutiva” de la Constitución, a través de la cuál ésta “se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta” (STC 198/2012, FJ 9).

clara a la asignatura en sí ni a los contenidos y elementos de la misma⁷²⁴. Otro sector, en cambio, valoró su redacción de modo muy positivo, precisamente por su amplitud, como MARTÍNEZ BLANCO, que sostiene que al referirse el precepto a la “formación” –y no a la educación o a la enseñanza– el precepto constitucional poseería un triple contenido respecto a los centros públicos:

“1) El respeto de 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, y 3) posibilidad de las prácticas religiosas en el aula en el marco de los demás derechos fundamentales”⁷²⁵

Por tanto, según la interpretación que este autor realiza del artículo 27.3 CE, no sólo debe existir una asignatura de religión, sino que los poderes públicos deberán tener presentes los valores católicos en el momento de establecer el contenido de las asignaturas para garantizar el respeto a dichos valores, además de posibilitar que los centros educativos desempeñen, en determinados casos, funciones de lugares de culto.

En esta misma línea, OLLERO mantiene que este precepto es incompatible con la “escuela pública laica”⁷²⁶, si bien esta afirmación ha sido rebatida por el Tribunal Constitucional, quien ha establecido que definir la enseñanza de las escuelas públicas como laica no contraviene el artículo 27.3 CE⁷²⁷.

⁷²⁴ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La enseñanza de la religión...*, *op cit*, p. 89.

⁷²⁵ *Ibidem*.

⁷²⁶ OLLERO, Andrés: *op cit*, p. 32.

⁷²⁷ STC 31/2010, FJ 20. Así, se declara la constitucionalidad del artículo 21.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En contra de la opinión mayoritaria, el magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS indicó en su voto particular que debería haberse hecho una “interpretación conforme” de este artículo. Como ya adelantamos, también el

Así, no podemos compartir las conclusiones de estos autores, pues creemos que una primera lectura del texto del artículo permite excluir la interpretación amplia que del mismo realiza MARTÍNEZ BLANCO, pues lo que en él se dice es que la formación religiosa será acorde con las convicciones de los padres, no que la formación recibida (en todas las materias) será de acuerdo a la religión y moral de los padres.

Debemos observar que en dicho texto no se hace mención alguna a la inclusión de una materia confesional en el sistema educativo, por lo que algunos autores sostienen que

“de la dicción del artículo 27.3 no cabe deducir, en modo alguno, que ello obligue al establecimiento de una asignatura de religión católica”⁷²⁸

Creemos que, efectivamente, esta interpretación casa mejor con la literalidad del enunciado constitucional.

Dado que el artículo 10.2 CE establece una cláusula interpretativa de los derechos fundamentales conforme a lo que se establezca en los acuerdos internacionales de derechos, debe acudir a dichos textos para completar su interpretación.

En primer lugar, el artículo 27.3 CE tiene una clara influencia del artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que establece:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”

Estatuto de Autonomía de Andalucía establece en su artículo 21.2 que la enseñanza pública será laica.

⁷²⁸ IBAN, Iván C.: “Enseñanza”, *op cit*, p. 302.

Este precepto ha sido objeto de pronunciamiento por el Comité de Derechos Humanos (en adelante, Comité)⁷²⁹ en su Observación General n° 22, en la que se establece que la norma

“permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética *siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva* (...) el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18 (...) a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores”⁷³⁰

Excluyendo, de momento, el último inciso transcrito, parece que el PIDCP impediría que en España, Estado firmante del mismo, se impartiese la asignatura de religión en los centros públicos, puesto que el Comité no establece excepciones respecto a si la asignatura la imparten los mismos profesores o personas designadas por las confesiones, sino que centra la cuestión en el carácter neutral del Estado. Ahora bien, puesto que el último inciso prevé una excepción, debemos dilucidar si ésta engloba la asignatura de religión como materia voluntaria incluida en el currículo académico.

A este respecto, CUBILLAS RECIO sostiene que no puede

“deducirse de esas expresiones la posibilidad de introducir la enseñanza religiosa con alternativa obligatoria de otra materia, y esto porque, de otra forma, dejaría sin sentido a la verdadera prescripción contenida en aquel principio o regla general”⁷³¹

⁷²⁹ El Comité de Derechos Humanos es el órgano encargado de la interpretación del Pacto y del análisis de su aplicación en los Estados parte (artículo 40.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

⁷³⁰ *Cursivas nuestras.*

⁷³¹ CUBILLAS RECIO, L. Mariano: “La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, en *Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 2, 2002, p. 204.

Coincidimos con este autor en entender que la inclusión de una asignatura confesional en el sistema educativo supondría que la excepción prevista por el Comité fuese, en realidad, la regla general, vaciando de contenido lo prescrito con anterioridad.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contiene ningún artículo equivalente al art. 27.3 CE, pues no se incluyó en el mismo el derecho a la educación, lo que se hizo en su Protocolo Adicional primero, cuyo artículo 2, dispone:

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

Lo primero que debemos destacar es que dicho precepto exige al Estado que “respete” el derecho de los padres a asegurar la educación conforme a sus creencias, es decir, quienes, en su caso, deberían de proporcionar dicha educación serían los padres y no el Estado, al que se le exige sólo una actitud abstencionista respecto a la acción ejercida por los padres, de modo que lo que parece reconocerse en este precepto es la libertad de enseñanza. El enunciado se refiere a toda la enseñanza (y no sólo la religiosa), esto no conlleva una interpretación amplia del artículo 27.3 CE, pues lo fundamental es que este texto sólo obliga al Estado a una actitud permisiva hacia la actuación de los padres.

El TEDH ha declarado que el segundo inciso del artículo 2 del Protocolo Adicional primero

“no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, carácter filosófico o religioso (...). La segunda frase del artículo implica, por el contrario, que el Estado, al cumplir las funciones por

él asumidas en materia de educación y enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres”⁷³²

Al margen de lo discutible que nos pueda parecer tal interpretación de este artículo, a tenor de la literalidad del mismo, lo cierto es que el TEDH exige que los contenidos de las materias previstas en el currículo académico se impartan de modo objetivo, crítico y pluralista. No creemos que la inclusión de una materia confesional en el currículo establecido por el Estado –independientemente de su configuración como obligatoria u optativa– pueda ser calificada con dichos adjetivos, pues por su propia naturaleza tendrá un carácter adoctrinador⁷³³.

Por último, debemos detenernos en el AEAC que, como se dijo, es un tratado internacional y, dado que el Tribunal Constitucional ha interpretado en sentido amplio el artículo 10.2 CE, en principio deberíamos entender incluido este acuerdo. Ahora bien, puesto que en él se hace referencia exclusiva a la religión católica, la interpretación del artículo 27.3 CE conforme a dicho texto introduciría diferencias en el contenido del mismo para los católicos y los no católicos, lo que, desde nuestro punto de vista, supondría la inclusión de un elemento discriminatorio no permitido por el texto constitucional.

⁷³² Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, § 53. En este caso, los recurrentes consideran que Dinamarca les está vulnerando el derecho reconocido en el artículo 2 porque una ley prevé que se dé educación sexual en las escuelas públicas, lo que consideran contrario a sus creencias religiosas. El Tribunal falla a favor del Estado. Esta doctrina ha sido repetida posteriormente, por ejemplo en el caso *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007, § 84 h).

⁷³³ No obstante, soy consciente de que, si en algún momento debiese pronunciarse sobre la misma este Tribunal, dada su naturaleza y limitaciones, muy probablemente lo haría de un modo favorable a su presencia –siempre y cuando fuese voluntaria–, pero creo que tal decisión no sería coherente con su jurisprudencia.

Así, entendemos que el AEAC no debe incluirse entre los tratados a los que hace referencia el artículo 10.2 CE como parámetros interpretativos.

2.2. Contenido y significado del artículo 27.3 CE

Algunos autores han prestados atención a las palabras concretas empleadas por el constituyente en este apartado para determinar su significado y enunciar el contenido del derecho reconocido en el artículo 27.3 CE.

A) Análisis del artículo 27.3 CE

Los términos utilizados en el artículo 27.3 CE han sido objeto de consideración por la doctrina, fundamentalmente el uso del verbo “garantizar”, la referencia a la “formación” y a “religiosa y moral”.

Comenzaremos analizando el objeto del derecho: la formación religiosa y moral. Llama la atención el uso de un vocablo al que no se recurre en ningún otro apartado del artículo 27, el de “formación”, y que ha hecho que la doctrina se detenga en él para determinar su significado, señalando que tiene un contenido más amplio que el de enseñanza o instrucción:

“Dicho derecho no se limita a la enseñanza, sino que se refiere al concepto más amplio de educación, persiguiendo, por tanto, no sólo la mera transmisión de conocimientos científicos, sino el desarrollo de las facultades intelectuales y morales”⁷³⁴

⁷³⁴ GARCÍA VILARDELL, M^a Rosa: “El derecho educativo paterno a la formación religiosa y moral de los hijos: precisiones en torno a su alcance. Su aplicación al caso concreto del *homeschooling*”, en POLO SABAU, José Ramón (dir.): *Anuario de Derecho a la educación*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 147.

Es decir, que no se trataría de una enseñanza concreta, sino de una educación conforme a determinadas creencias⁷³⁵.

En segundo lugar, al referirse a las convicciones “religiosas y morales” debe hacerse igualmente una interpretación amplia de las creencias de los padres, de modo que no sólo se entenderá que quedan incluidas las creencias religiosas, sino también las no religiosas. Así, puede destacarse la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que incluyó entre estas convicciones⁷³⁶ la decisión de los padres de que sus hijos no recibieran castigos corporales como método disciplinario⁷³⁷. Ahora bien, para determinar qué debe entenderse por “convicciones” debe acudir a la interpretación realizada por el TEDH en relación con el artículo 2 del Protocolo Adicional primero:

“La palabra «convicciones», aisladamente, no es sinónimo de los términos «opinión» e «ideas». Se aplica a opiniones que alcanzan cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia”⁷³⁸

Así pues, se entenderán incluidas en este apartado todas las creencias paternas, tanto religiosas como no religiosas, siempre que formen parte de un sistema de valores y no se trate de “ideas aisladas” o poco consistentes.

Por tanto, como destaca GARCÍA VILARDELL, el objeto del artículo 27.3 CE es muy amplio, pues

⁷³⁵ De aquí la interpretación amplia que, como ya se indicó, mantienen algunos autores, si bien consideramos que a pesar del uso de este término no es asumible tal interpretación por las razones ya apuntadas.

⁷³⁶ Si bien el artículo 2 del Protocolo Adicional primero se refiere a “convicciones religiosas y filosóficas”, entendemos que este segundo término es equivalente a la referencia a las convicciones morales que realiza nuestra Constitución.

⁷³⁷ Caso *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982.

⁷³⁸ Caso *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007, § 84 c).

“la expresión «formación religiosa y moral» ha de ser interpretada en un sentido amplio, siendo objeto de protección, por tanto, cualquier tipo de educación basada en cualquier clase de creencia, convicción filosófica o razón pedagógica, dentro de las limitaciones derivadas del respeto al orden público y a los derechos de terceros”⁷³⁹

Por otro lado, en relación con el verbo empleado por el artículo, buena parte de la doctrina ha entendido que con él se excluye la posibilidad de una “escuela pública laica” en la que no se imparta religión y se derive tal enseñanza a las comunidades religiosas, pues

“resultaría en dicho contexto poco inteligible qué es lo que los poderes públicos acabarían garantizando a los padres y a través de qué medios”⁷⁴⁰

Es decir, que para estos autores tal concepto implicaría la asunción por el Estado de una obligación positiva de proporcionar esa formación religiosa y moral. Ahora bien, no debe olvidarse que si consideramos que efectivamente los poderes públicos deben de posibilitar dicha formación no podemos limitarla a la creencia o creencias mayoritarias, sino que será la de todos y cada uno de los padres que lleven a sus hijos a centros docentes públicos⁷⁴¹, pues lo contrario implicaría una discriminación carente de base constitucional. Por ello, el Tribunal Supremo manifestó que

“éste [el artículo 27.3 CE] no es un derecho de protección directa, porque, como se comprenderá, los poderes públicos no pueden garantizar que en todos y cada uno de los puntos del territorio nacional existan Colegios o Centros de enseñanza que respondan a las preferencias religiosas y morales de todos y cada uno de los

⁷³⁹ GARCÍA VILARDELL, M^a Rosa: “El derecho educativo paterno...”, *op cit*, p. 149.

⁷⁴⁰ OLLERO, Andrés: *op cit*, pp. 32-33.

⁷⁴¹ Sólo nos referirnos a los centros públicos porque lo contrario podría vulnerar el derecho a establecer un ideario en los centros docentes de titularidad privada.

padres españoles, pues eso sería tanto como exigir la existencia de cientos, miles o millones de colegios, tantos cuantos progenitores con ideas religiosas o morales distintas existan en una localidad determinada. Se trata, en consecuencia, de un derecho de protección indirecta, que se consigue a través del establecimiento y protección de otros derechos constitucionales”⁷⁴²

Siguiendo este razonamiento creemos que la correcta interpretación del artículo 27.3 CE lleva a considerar que, como señala RUIZ MIGUEL, tal precepto implica que este derecho

“el Estado lo garantice de modo similar a como garantiza los derechos a la libertad ideológica y religiosa en general, al honor y a la intimidad, al secreto de las comunicaciones telefónicas, a la negociación colectiva o, en fin, al ejercicio de la libertad de empresa –casos todos ellos en los que el correspondiente precepto constitucional también utiliza la fórmula «se garantiza» o similar–, es decir, mediante sanciones a quienes impidan el ejercicio de tal derecho, libremente ejercible mediante la educación en la familia, en colegios privados fuera del *currículum* general, en parroquias, sinagogas o mezquitas, y hasta, como posible facilitación perfectamente admisible, en los locales de los colegios públicos fuera del horario escolar”⁷⁴³

Así pues, no puede entenderse que este enunciado implique que el Estado deba de incluir una materia confesional en el currículo académico, sino que, como sucede con otros derechos de libertad, se exigirá por un lado una actitud abstencionista del Estado y por otro remover los obstáculos que lo impidan.

Esta interpretación nos parece, sin lugar a dudas, más adecuada y ajustada a lo que puede garantizarse por los poderes públicos.

⁷⁴² STS de 24 de junio de 1994, FJ 7.

⁷⁴³ RUIZ MIGUEL, Alfonso: *op cit*, pp. 173-174. (Cursivas del autor).

B) Contenido del artículo 27.3 CE

Así, una vez analizado el texto del artículo 27.3 CE creemos que estamos en condiciones de determinar cuál es su contenido, el derecho que se establece en el mismo. La doctrina coincide en diferenciar un contenido positivo y uno negativo. Comenzando por este último, PORRAS RAMÍREZ considera que el artículo 27.3 CE

“ha de interpretarse, esencialmente, como freno o impedimento, y, por tanto, como garantía, ejercitada frente a los poderes públicos, de que éstos no podrán adoctrinar a los alumnos, imponiéndoles unas creencias concretas, a través de una enseñanza que resulte, en su caso, lesiva o poco respetuosa con la que los mismos posean o decidan libremente adoptar”⁷⁴⁴

Así, el contenido negativo del derecho implica la imposibilidad de que los poderes públicos lleven a cabo un adoctrinamiento de los alumnos en contra de las creencias de los padres, lo que conlleva la neutralidad de los centros públicos⁷⁴⁵. De este modo, el precepto se configura como un límite a los derechos fundamentales de los demás agentes educativos, especialmente al derecho a la libertad de cátedra de los docentes en la escuela pública⁷⁴⁶.

Este contenido negativo es el fundamental del derecho reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución, como señala RODRÍGUEZ BLANCO:

“El único contenido indisponible y preceptivo del artículo 27.3 CE es la prohibición de que los menores reciban una formación

⁷⁴⁴ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como derecho...”, *op cit*, p. 38.

⁷⁴⁵ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La enseñanza de la religión...*, *op cit*, p. 20. En el mismo sentido, VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J.: *op cit*, p. 543.

⁷⁴⁶ SOUTO PAZ, Antonio; SOUTO GALVÁN, Clara: *op cit*, p. 193.

religiosa concreta contra la voluntad de sus padres o tutores legales”⁷⁴⁷

Ahora bien, a pesar de que, efectivamente, este contenido negativo es el principal y más relevante, como ya adelantamos hay también un contenido positivo, conforme al cual los padres podrán elegir la formación religiosa y/o moral que recibirán sus hijos, lo que, dado el especial estatus de los menores de edad, no nos parece una declaración irrelevante, pues debe tenerse presente que se trata de sujetos vulnerables, que aún no han desarrollado su personalidad, con lo que este artículo garantiza que los padres puedan formarlos en sus creencias sin que tal adoctrinamiento de un sujeto aún en desarrollo pueda considerarse lesivo a su libertad religiosa, al menos, mientras éste no tenga madurez suficiente.

Hasta dónde llegue la obligación del Estado de “garantizar” este derecho depende de la naturaleza que se atribuya al mismo, si se entiende como un derecho de libertad o un derecho prestacional.

Buena parte de la doctrina ha considerado que el derecho que ahora analizamos es un derecho de naturaleza prestacional, como contenido del derecho a la educación, por lo que el Estado estaría obligado a ofrecer la formación a la que se hace referencia en el mismo⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel: “Manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa”, en ÁLVAREZ CORTINA, Andrés Corsino; RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel (coords.): *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio. (Comentarios a su articulado)*, Comares, Granada, 2006, p. 78. En el mismo sentido se había pronunciado ya este autor en “La enseñanza de la religión en la escuela pública española (1979-2005)”, en *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 2005 (revista electrónica), p. 5.

⁷⁴⁸ Véase: VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, José María: *op cit*, pp. 144-149. Este autor considera que el uso del verbo “garantizar” así lo indica, además de ser la intención que perseguían los constituyentes al redactarlo de esta manera.

El Tribunal Supremo inicialmente realizó afirmaciones tajantes sobre las obligaciones que para el Estado acarrea este derecho, al sostener que del artículo 27.3 CE se infería

“el derecho de los padres a exigir que la formación religiosa se imparta en todas las escuelas públicas”⁷⁴⁹

Ahora bien, esta afirmación tan contundente no ha vuelto a repetirse, y la jurisprudencia posterior parece vacilante, pues por un lado ha establecido que este derecho es de protección “indirecta”⁷⁵⁰ y por otro ha sostenido que da lugar a “una prestación de los poderes públicos”⁷⁵¹.

A pesar de esto, consideramos más acertados los argumentos que proporciona la doctrina que considera que estamos ante un derecho de libertad. En primer lugar, porque se trata de un derecho íntimamente vinculado con la libertad religiosa e ideológica y con la libertad de enseñanza y, como ya vimos, ambos son derechos de libertad, por lo que carecería de sentido que éste no compartiese tal naturaleza⁷⁵². Así, coincidimos con VALERO HEREDIA cuando mantiene:

“el derecho consagrado en el artículo 27.3 de la Norma Suprema, al igual del resto de derechos que integran la libertad de enseñanza y en contraposición con el carácter prestacional del derecho a la educación, debe ser calificado como un *derecho de libertad o derecho de autonomía frente a los poderes públicos*”⁷⁵³

Como señala esta misma autora, el considerarlo como un derecho de prestación implicaría que el Estado debiese establecer tantos

⁷⁴⁹ STS de 9 de marzo de 1987, FJ 3.

⁷⁵⁰ STS de 24 de junio de 1994, FJ7.

⁷⁵¹ STS de 31 de enero de 1997, FJ 2.

⁷⁵² POLO SABAU, José Ramón: “La enseñanza de la religión...”, *op cit*, p. 3.

⁷⁵³ VALERO HEREDIA, Ana: *op cit*, p. 176. (Cursivas de la autora).

modelos educativos como convicciones religiosas o morales pudiesen tener los padres, lo que sin lugar a dudas resultaría materialmente imposible⁷⁵⁴.

Ahora bien, la consideración del artículo 27.3 CE como un derecho de libertad no obsta para reconocer la vertiente o faceta prestacional que, con la configuración del Estado Social, asumen estos derechos, por lo que sí será exigible que el Estado remueva los obstáculos necesarios para hacer efectivo el derecho o, incluso, que tome medidas que faciliten la formación religiosa, como podría ser el establecimiento de modelos de libertad de acceso o libertad de salida para recibir esta formación.

Algunos autores vinculan a esta función promocional del artículo 27.3 CE el derecho de los padres de elegir un centro docente para sus hijos distinto a los ofrecidos por los poderes públicos y que tenga un ideario conforme a sus convicciones, e igualmente ligan a éste y a la función promocional de los derechos, la financiación de centros privados⁷⁵⁵. No obstante, si bien podría ser un modo de facilitar el ejercicio del derecho, no cabe duda que la regulación actual de los

⁷⁵⁴ *Idem*, p. 178. Como esta autora señala esta interpretación “escapa a las disponibilidades financieras y presupuestarias del Estado”, en el mismo sentido, VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J.: *op cit*, p. 550. En cambio, algunos autores han sostenido que esta imposibilidad no implica que no estemos ante un derecho prestacional. Así, BRIONES MARTÍNEZ considera “si todas y cada una de las creencias religiosas profesadas por los ciudadanos en España formularan un reclamo de este tipo, y el Estado decidiese que no puede atender esta petición de crear cientos, miles o millones de colegios, esta respuesta obedecería a la dificultad de realizar un gasto público de semejante índole, que hace imposible la gestión pública de esta demanda de libertad de conciencia y religiosa, pero no a que el Estado no esté obligado a dar una protección *directa* a un derecho fundamental de contenido prestacional” (“Aspectos controvertidos de la nueva ley de educación”, en DOMINGO, María (ed.): *Educación y religión. Una perspectiva de Derecho Comparado*, Comares, Granada, 2008, p. 29. Cursivas de la autora). Desde luego, no podemos estar de acuerdo con tal afirmación, pues consideramos que desconoce las garantías que nuestra Constitución establece para los derechos fundamentales, como su eficacia directa.

⁷⁵⁵ SOUTO PAZ, Antonio; SOUTO GALVÁN, Clara: *op cit*, pp. 194-195; POLO SABAU, José Ramón: “La enseñanza de la religión...”, *op cit*, p. 7.

conciertos educativos no persigue este fin, sino la posibilidad de escolarización de todo el alumnado⁷⁵⁶.

Por tanto, entendiendo el derecho analizado como un derecho de libertad, consideramos que el contenido positivo del mismo se refiere al deber del Estado de remover los obstáculos que pudiesen impedir que los padres formasen a sus hijos conforme a sus convicciones, o incluso disponer de medios para que puedan llevarlo a cabo, pero en ningún caso asumiendo dicha formación e integrándola como parte del currículo académico.

Al doble carácter del contenido del derecho reconocido en el artículo 2 del Protocolo Adicional primero del CEDH también ha hecho referencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que refiriéndose a la segunda frase del artículo 2 del Protocolo Adicional primero ha sostenido:

“Además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado cierta obligación positiva (...). Los padres pueden exigir al Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas (...). El Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres”⁷⁵⁷

Interpretación que nos parece plenamente extensible al artículo 27.3 de nuestra Constitución.

⁷⁵⁶ A ello nos referimos en el apartado III.3.5 del capítulo II.

⁷⁵⁷ Caso *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007, § 84 c), e), h).

C) Conclusión: el artículo 27.3 CE no supone la existencia obligatoria de una asignatura de religión

De lo hasta aquí dicho puede inferirse que del artículo 27.3 de la Constitución no puede deducirse automáticamente la necesidad de que exista una asignatura confesional integrada en el currículo académico establecido por el Estado, pues el contenido del mismo no conlleva una prestación de estas dimensiones. Así lo ha interpretado igualmente LLAMAZARES, para quien

“de la Constitución (art. 27.3) no se deduce obligación alguna para el Estado, ni de incluir en sus planes educativos la disciplina de la religión, ni que se haga en condiciones equivalentes a las otras asignaturas fundamentales, ni que quede obligado a su financiación pública”⁷⁵⁸

Así, como señala CARRILLO, deberá ser la ley la que establezca cómo se organiza la enseñanza religiosa, pues la Constitución no establece nada al respecto⁷⁵⁹

2.3 Titular del derecho: el sujeto de elección

Antes de finalizar el análisis del artículo 27.3 CE, nos referiremos a la titularidad y ejercicio del mismo, pues si bien el texto de este precepto –como de los preceptos similares de textos internacionales– es claro al establecer a quién corresponde el ejercicio del derecho reconocido en el mismo, pues dispone que son *los padres*, el hecho de

⁷⁵⁸ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad...”, *op cit*, p. 67. En el mismo sentido: LORENZO VÁZQUEZ, Paloma: *Libertad religiosa y enseñanza en la constitución*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 100.

⁷⁵⁹ CARRILLO, Marc: “La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos”, en FERRERES COMELLA, Víctor; BIGLINO CAMPOS, Paloma; CARRILLO, Marc: *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 80.

que repercuta en otros sujetos (los hijos) hace que se planteen diversas cuestiones en relación a la titularidad del derecho y a las facultades de ejercicio⁷⁶⁰.

La primera cuestión que se plantea se refiere a la titularidad del derecho, pues la doctrina se divide entre quienes piensan que estamos ante un derecho de los hijos y los que defienden que es un derecho de los padres.

Así, algunos autores consideran que la titularidad del derecho reconocido en el artículo 27.3 CE corresponde a los menores, en relación con su libertad religiosa, pero que será ejercido por los padres hasta que el menor sea capaz de ejercerlo por sí mismo⁷⁶¹. Así lo manifiesta MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, que considera:

“En el fondo se trata de derechos de los hijos y de los pupilos en tanto que personas humanas. Si al enunciar este aspecto del derecho a la educación se atribuye la titularidad de estas facultades a los padres y tutores es porque de esta forma se abrevia la formulación jurídica de lo que aquí debe protegerse. La educación básica se recibe siempre en la minoría de edad y por tanto de hecho siempre los derechos del educando a determinada formación religiosa y moral son ejercidos –como un deber– por sus legítimos representantes, esto es por los padres o los que hagan legalmente sus veces”⁷⁶²

⁷⁶⁰ En este epígrafe nos referimos a lo establecido en el artículo 27.3 CE por ser el precepto en el que la Constitución nombra de forma expresa a los padres, pero las consideraciones que realizaremos son igualmente de aplicación para el derecho que, como contenido de la libertad religiosa, tienen los padres de elegir la educación religiosa y moral que deban recibir los hijos conforme al artículo 2.1 c) LOLR.

⁷⁶¹ Véase: GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús: *Tolerancia, educación y libertad religiosa. Reflexiones en torno a la Conferencia Internacional de Madrid sobre la educación escolar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 50; PUENTE ALCUBILLA, Verónica: *op cit*, pp. 274-275.

⁷⁶² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis: “La educación...”, *op cit*, p. 251.

En cambio, otro autores sostienen que estamos ante un derecho paterno, bien por tratarse de uno de los derechos educativos, bien por ser ejercicio de su libertad religiosa.

En general, los autores que mantienen esta postura consideran que este derecho está íntimamente vinculado con la institución de la patria potestad y las funciones que la misma acarrea. Así, ASENSIO SÁNCHEZ sostiene que

“se trataría de un derecho *sui generis* que, al derivar del deber de educar a los hijos que imponen a los padres los artículos 154.1 CC y 39.3 CE, participaría de la misma naturaleza de la patria potestad como función, es decir, derecho atribuido para el cumplimiento de un deber. En último término, el artículo 27.3 CE vendría a ser no sólo la constitucionalización de los deberes educacionales inherentes a la patria potestad, sino también del derecho de los padres con la finalidad de facilitarles el cumplimiento de sus deberes educacionales”⁷⁶³

Ahondando en esta idea, ALÁEZ pone el acento en el hecho de que, al tratarse de menores no maduros, este derecho de los padres “complementará” la incidencia de los poderes públicos, con lo que se garantiza la libertad religiosa e ideológica del menor⁷⁶⁴.

Por la redacción del precepto, en la que se atribuye de forma indubitada el derecho a los padres, nos parece más acertada esta segunda postura, aunque, por supuesto, sin olvidar que es un derecho que interacciona con los derechos de terceros (los menores), de lo que se derivan buena parte de sus límites.

⁷⁶³ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel: “La patria potestad y la educación religiosa de los hijos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, 2011, p. 79. En el mismo sentido, REDONDO ANDRÉS, M^a José: “La libertad religiosa del menor”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XX, 2004, p. 137.

⁷⁶⁴ ALÁEZ CORRAL, Benito: “Símbolos religiosos...”, *op cit*, p. 230.

La segunda cuestión que se plantea gira en torno al ejercicio del derecho, y más concretamente a la duración del mismo, si se extiende hasta la mayoría de edad o sólo mientras se proyecte sobre menores no maduros.

Atendiendo a la literalidad del precepto, parecería que el derecho de los padres sería ejercitable durante la minoría de edad de los hijos, interpretación que se confirma atendiendo al artículo 2.1 c) LOLR, que prevé el derecho a elegir la formación “para los menores no emancipados”. Ahora bien, esta interpretación podría contravenir el derecho a la libertad religiosa de los menores.

Como ya vimos⁷⁶⁵, los menores de edad son titulares del derecho a la libertad religiosa, y podrán ejercerlo cuando tengan madurez suficiente. Así, la doctrina considera que el derecho paterno a elegir la formación religiosa y moral de los hijos debe de extenderse sólo hasta que éstos tengan una madurez suficiente que les permita ejercer por sí mismos su derecho, momento en el cual los padres dejarán de poder ejercer este derecho para incluirse las facultades vinculadas con el mismo en el derecho a la libertad religiosa que podrán ejercer los menores⁷⁶⁶.

Ahora bien, también mientras los menores carezcan de madurez el derecho de los padres se ve fuertemente condicionado, pues no estamos ante un derecho “frente a los hijos”, sino que se actuará siempre en beneficio de éstos. De este modo, se deberá tener en cuenta el “interés superior del menor”, principio rector en la materia y que, entre otros aspectos, implica que con el derecho paterno no podrá condicionarse el ejercicio del futuro derecho del menor⁷⁶⁷, así como que

⁷⁶⁵ Véase capítulo I, epígrafe II.1.2.

⁷⁶⁶ VALERO HEREDIA, Ana: *op cit*, pp. 168-169.

⁷⁶⁷ En este sentido, CUBILLAS RECIO sostiene que “de lo que realmente se trata es de defender al menor –o niño si se quiere– de un adoctrinamiento frente al que, por su

habrá de atenderse al bienestar de éste en la toma de decisiones paternas. En este sentido, GARCÍA VILARDELL señala:

“En modo alguno el derecho paterno consagrado en el artículo 27.3 de la Constitución puede suponer un derecho a imponer un modelo ideológico al niño, lo que significaría una auténtica vulneración de sus derechos”⁷⁶⁸

Unido a lo anterior, debemos tener presente que todo lo relacionado con el ámbito educativo debe ir encaminado a lograr el “pleno desarrollo de la personalidad” (artículo 27.2 CE), lo que supone que los menores deben de educarse en un contexto de pluralismo que les permita, en el futuro, tomar sus propias decisiones en relación con su conciencia⁷⁶⁹. Como destaca CÁMARA VILLAR:

“El derecho de los padres acaba allí donde comienza el derecho de los escolares a formarse en un clima de pluralismo, tolerancia y respeto mutuo, por lo que el Estado tiene la obligación de establecer las condiciones necesarias para que el tipo de enseñanzas a las que se refiere el artículo 27.3, partiendo del respeto a las condiciones de los padres, no redunden negativamente en la promoción y el mantenimiento del superior interés consistente en el libre desarrollo de la personalidad de los menores, como personas y como ciudadanos”⁷⁷⁰

Por último, debemos recordar que este derecho se encuentra subordinado al derecho a la educación del menor. Es decir, los padres

nivel de madurez o de suficiente juicio, no pueda defenderse, pertrechado, en su caso, de los elementos de juicio necesarios, deviniendo, a veces, en una formación religiosa y moral no querida y de la que sólo con graves esfuerzos puede liberarse” (*Enseñanza confesional...*, *op cit*, p. 204).

⁷⁶⁸ GARCÍA VILARDELL, M^a Rosa: “El derecho educativo paterno...”, *op cit*, p. 144. Esta autora considera que los padres sólo podrán tomar estas decisiones si existe la presunción de que el menor comparte las convicciones paternas (*ibidem*).

⁷⁶⁹ ALÁEZ CORRAL, Benito: “Símbolos religiosos...”, *op cit*, p. 231.

⁷⁷⁰ CÁMARA VILLAR, Gregorio: “Un problema constitucional...”, *op cit*, p. 461.

no podrán optar por no escolarizar a sus hijos en ejercicio del derecho a elegir la formación religiosa y moral de éstos, pues debe de anteponerse el deber de recibir educación básica⁷⁷¹. Esto se ha interpretado también así por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que respecto a este derecho paterno ha sostenido:

“Su derecho corresponde, pues, a una responsabilidad estrechamente ligada al goce y ejercicio del derecho a la instrucción”⁷⁷²

Es decir, está condicionado al derecho a la educación de sus hijos.

Así pues, estamos ante un derecho cuyos titulares son los padres, que lo ejercerán mientras su hijo carezca de madurez suficiente para tomar sus propias decisiones en relación con sus convicciones, y que estará condicionado al interés superior del menor, al pleno desarrollo de su personalidad y a su derecho a la educación.

En relación con la materia aquí estudiada, esto implica que la elección sobre cursar o no una asignatura confesional –o de recibir determinada formación religiosa– deberá realizarla el menor personalmente cuando éste tenga madurez suficiente para tomar sus propias decisiones respecto a su derecho a la libertad religiosa, pues lo contrario supondría la vulneración de sus derechos⁷⁷³.

⁷⁷¹ Como ya vimos, la ley vincula la educación obligatoria a la escolarización obligatoria y tal decisión ha sido avalada por el Tribunal Constitucional.

⁷⁷² Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, § 52.

⁷⁷³ PUENTE ALCUBILLA, Verónica: *op cit*, p. 194.

3. CONCLUSIÓN: INEXISTENCIA DE UN MANDATO CONSTITUCIONAL DE INCLUIR LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN EN EL CURRÍCULO ACADÉMICO

Este epígrafe lo encabezábamos con la pregunta de si la asignatura de religión es una exigencia constitucional y, como hemos visto, la respuesta debe ser negativa. No hay en nuestro texto constitucional ninguna exigencia del deber de incluir una asignatura confesional en el plan de estudios diseñado por el Estado. Valga como resumen de lo apuntado con anterioridad la siguiente afirmación de FERREIRO GALGUERA:

“La existencia de la asignatura de religión en los centros de enseñanza pública no es ni una manifestación necesaria de la obligación del Estado de cooperar con las confesiones religiosas (art. 16 CE) ni una consecuencia ineludible de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación moral que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27.3 CE)”⁷⁷⁴

Queremos insistir aquí en que, si se considerase un derecho prestacional que debiese satisfacer el Estado, no podría condicionarse ese derecho a las creencias que tuviesen los padres, sino que debería de preverse para todas⁷⁷⁵, pues la inclusión en el itinerario educativo de la religión mayoritaria y la exclusión del resto supondría que sólo los que profesasen esa religión podrían ejercer sus derechos, lo que sería contrario al principio de no discriminación por motivo de religión.

En relación con esta interpretación de algunos autores que sostienen que la Constitución sí exige esta inclusión –y que ya hemos

⁷⁷⁴ FERREIRO GALGUERA, Juan: *Profesores de religión de la enseñanza pública y Constitución Española*, Universidade da Coruña-Atelier, Barcelona, 2004, p. 266.

⁷⁷⁵ Así lo recalca RUIZ MIGUEL, que recuerda que tal interpretación conllevaría el reconocimiento de un derecho subjetivo de todos los padres que el Estado debería de hacer cumplir de manera real y efectiva, con el diseño de un modelo de integración orgánica para todas las creencias (*op cit*, p. 173).

indicado que no compartimos–, no nos parece irrelevante señalar que, además de la probable imposibilidad material de asumir la formación en todas las creencias que pudiesen ser demandadas por los padres, creemos que igualmente podemos plantearnos hasta qué punto el Estado puede comprometerse a que efectivamente se imparta cuando, en última instancia, esta enseñanza no podrá ser ofrecida de forma directa por el Estado. Como veremos en los siguientes epígrafes, el Estado, dado su carácter aconfesional, no puede establecer los contenidos de estas materias, ni los profesores idóneos para impartirlas, con lo que necesita de la colaboración de cada una de las confesiones para que efectivamente sea integrada en el sistema educativo. Así las cosas, pensamos que es difícil deducir que la Constitución exija para todas las creencias un modelo de integración orgánica (es decir, la inclusión de una asignatura en el currículo académico), pues la necesaria concurrencia de la voluntad de aquéllas conllevaría la imposibilidad de que el Estado pudiese, *a priori*, garantizar la efectividad de tal derecho.

Ahora bien, como ya apuntamos, lo que sí reconoce la Constitución es que los padres puedan formar a sus hijos conforme a sus convicciones, como contenido del derecho a la libertad religiosa, así, CUBILLAS RECIO sostiene:

“Si resulta de suma dificultad admitir la integración y consiguiente constitucionalización de la enseñanza de la religión como disciplina en el modelo educativo español, sin riesgo de alterar alguno de sus principios informadores, no sucede lo mismo con el derecho a recibir enseñanza religiosa, que, por imperativo constitucional, hemos de estar por su constitucionalización”⁷⁷⁶

Dada la faceta prestacional de dicha libertad, ello puede conllevar que el Estado facilite dicha formación, fundamentalmente cuando

⁷⁷⁶ CUBILLAS RECIO, Luis Mariano: *Enseñanza confesional...*, *op cit*, p. 62.

hablamos de centros públicos, con lo que podría establecer modelos de libertad de acceso o de libertad de salida de los centros educativos para facilitar a los padres la realización efectiva de tal derecho⁷⁷⁷.

El que la existencia de una asignatura de religión como materia del sistema educativo no sea una exigencia constitucional no conlleva necesariamente la consideración de que ésta sea contraria a la norma fundamental. Así pues, en los siguientes apartados analizaremos la regulación concreta de cada uno de los elementos relativos a la asignatura de religión católica y de la enseñanza de otras confesiones y su encaje con los principios constitucionales y derechos fundamentales. Puesto que, como vimos, responden a diversos modelos, se estudiarán de forma separada.

III. LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN CATÓLICA

En el presente epígrafe abordaremos la regulación de la asignatura de religión católica, exponiendo la normativa sobre sus elementos fundamentales, más allá de la alusión general contenida en las leyes que ya fue objeto de exposición en el primer epígrafe de este capítulo. Posteriormente analizaremos cómo encaja esa normativa con algunos derechos y principios constitucionales que han sido igualmente objeto de estudio a lo largo del presente trabajo.

1. REGULACIÓN DE LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN CATÓLICA

Como ya vimos, la enseñanza de religión católica está condicionada por lo establecido en el AEAC y se ha incluido como asignatura en las diversas leyes educativas. Se configura como una materia de oferta obligatoria para todos los centros que impartan enseñanza reglada –al ser una asignatura más del currículo académico–

⁷⁷⁷ PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como derecho...”, *op cit*, p. 39.

si bien en relación con los alumnos es voluntaria, como no podría ser de otra manera dado el reconocimiento del derecho a la libertad religiosa.

En el presente apartado estudiaremos de forma más detallada los principales elementos de la asignatura de religión católica, que la diferencian del resto de materias insertas en el sistema educativo precisamente por el contenido confesional de la misma.

1.1. Competencias de la jerarquía eclesiástica: el contenido de la asignatura y los libros de texto

Tal y como señala el primer párrafo del artículo VI del AEAC:

“A la jerarquía eclesiástica corresponde señalar los contenidos de la enseñanza y formación religiosa católica, así como proponer los libros de texto y material didáctico relativos a dicha enseñanza y formación”

Esto se debe al contenido que tiene la asignatura de religión, que por su propio objeto no puede ser neutral y, por tanto, el Estado no puede fijar ni sus valores, ni el programa, ni los medios pedagógicos o los libros de texto idóneos para su explicación.

Algunos autores consideran que esta asignatura es conforme al principio de aconfesionalidad del Estado porque carece de carácter catequético y adoctrinador, ya que

“el fin inmediato de tal presencia no es propiamente el confesional, porque este fin es el encuentro de fe y cultura en beneficio de unos padres y sus hijos, que como ciudadano solicitan una enseñanza y formación religiosa de acuerdo con sus convicciones, pero en la medida que lo permitan el juego de otros principios y derechos igualmente básicos y constitucionales. A diferencia, por tanto, muy clara de la otra manifestación de actividad docente de la Iglesia, cual la catequesis (...), que tiene una finalidad propiamente

confesional y de adoctrinamiento en los dogmas religiosos y de iniciar o mantener la vida y práctica religiosa”⁷⁷⁸

Otros autores, en cambio, sostienen que ésta no es una asignatura que se limite a transmitir conocimientos, sino que su objetivo es transmitir unas creencias⁷⁷⁹, aspecto que parece incuestionable si nos atenemos a los objetivos fijados para la asignatura por la jerarquía eclesiástica⁷⁸⁰. Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional, que ha señalado que

⁷⁷⁸ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La enseñanza de la religión...*, *op cit*, pp. 108-109.

⁷⁷⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad...”, *op cit*, p. 68; SOUTO GALVÁN, Beatriz: *op cit*, p. 282.

⁷⁸⁰ A modo de ejemplo, pueden verse los objetivos establecidos para Educación Primaria: “Al finalizar la Educación Primaria se pretende que el/la alumno/a sea capaz de: 1. Conocer los aspectos básicos de las religiones ya desaparecidas relacionándolas con el cristianismo. 2. Reconocer a los fundadores y algunos elementos distintivos de las grandes religiones vigentes, en su respuesta a las preguntas básicas sobre el sentido de la vida y el compromiso de los creyentes. 3. Conocer la Biblia, su estructura y sentido, identificando algunos textos básicos como Palabra de Dios. 4. Descubrir la acción de Dios en la naturaleza y en la persona, como fundamento y fuente de los valores básicos del ser humano. 5. Identificar algunos personajes fundamentales de la Historia de la salvación y su respuesta de fe, descubriendo el valor central de la persona de Jesucristo y la respuesta de fe de la Virgen María. 6. Valorar la novedad del amor de Dios que nos salva del pecado y de la muerte, por su Hijo Jesucristo y a través de la vida y acción salvífica de la Iglesia, Cuerpo de Cristo. 7. Identificar el significado de algunos acontecimientos, formulaciones, expresiones y textos básicos del mensaje cristiano, que faciliten la comprensión de la vida del Espíritu Santo en el mundo y en la Iglesia. 8. Identificar la Iglesia en sus manifestaciones, conocer la presencia de Dios y su gracia en los sacramentos, y el servicio eclesial prestado por los apóstoles y sus sucesores. 9. Comprender y distinguir el sentido sagrado, festivo, cultural y celebrativo de las fiestas y sus ritos en las religiones monoteístas, relacionándolas con los aspectos culturales y celebrativos de la liturgia. 10. Analizar la jerarquía de valores, actitudes y normas que conforman el ser cristiano, y aplicarlos a las distintas situaciones de la vida. 11. Valorar que la fe cristiana implica asumir responsabilidades, conocer y comprender la raíz y el sentido de la acción y del compromiso cristiano, y mantener una actitud de tolerancia y respeto ante los sistemas éticos de las distintas religiones. 12. Conocer, valorar y respetar el patrimonio religioso, artístico y cultural, que se manifiesta a través del lenguaje simbólico e icónico de la arquitectura, pintura, literatura, música y liturgia, como expresión de la fe católica y de otras religiones. 13. Descubrir que el destino eterno del hombre empieza aquí como don que surge de la victoria de Cristo sobre la muerte” (Orden ECI/1957/2007, de 6 de junio, por la que se establecen los currículos de las enseñanzas de religión católica correspondientes a la educación

“el objeto de la enseñanza religiosa lo constituy[e] la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino la fe religiosa de quien la transmite”⁷⁸¹

Por esta misma razón también el Estado carece de competencia con relación a los libros de texto o los materiales pedagógicos que se puedan emplear, pues deberá de ser la Iglesia la que determine si estos libros se ajustan o no a los contenidos por ella fijados, eso sí, teniendo en cuenta que a este contenido también les son aplicables los límites que conlleva el artículo 27.2 CE⁷⁸².

1.2. La organización de la asignatura

La organización de la asignatura, su inclusión en los planes de estudios y, posteriormente, en el horario escolar, es algo ajeno a la Iglesia, pues será competencia del Estado y de los centros educativos, si bien la jerarquía eclesiástica podrá supervisar que se imparta en las condiciones adecuadas⁷⁸³.

infantil, a la educación primaria y a la educación secundaria obligatoria; publicada en el *BOE*, núm. 158, de 3 de julio de 2007).

⁷⁸¹ STC 38/2007, FJ 10.

⁷⁸² Así, si bien el Estado no tendrá competencia respecto al contenido del programa incluido en los libros, sí podría tenerla en los casos en los que en ellos se contengan elementos contrarios a la dignidad de los menores o a sus derechos fundamentales, pues no debe de olvidarse que esta asignatura se imparte dentro del sistema educativo y por tanto, creemos que el Estado sólo debe de abstenerse de conocer lo que se refiere a los contenidos confesionales, pero no a otros aspectos. Ahora bien, la única previsión al respecto se contiene en el Decreto gallego 130/2007, de 28 de junio (*DOG*, núm. 132, de 9 de julio de 2007), que establece que el contenido de la asignatura de religión deberá ser respetuoso con los derechos de las personas y sobre todo con el principio de igualdad entre hombres y mujeres (Disposición adicional primera, apartado 5).

⁷⁸³ El segundo párrafo del artículo VI AEAC dispone: “La jerarquía eclesiástica y los órganos del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias, velarán por que esta enseñanza y formación sean impartidas adecuadamente”.

Actualmente, los reales decretos que establecen las enseñanzas mínimas prevén igualmente la carga horaria mínima que debe tener la asignatura de religión, estableciendo que en primaria será de 105 horas cada ciclo, igual que las asignaturas de Educación Artística y Educación Física. En los cuatro cursos de Educación Secundaria Obligatoria se le dedicará un mínimo de 140 horas los tres primeros cursos y 35 el cuarto; esta carga es superior a la asignada a Educación Física, Educación Plástica y Música, y muy superior a la asignada a Educación para la ciudadanía y a Educación ético-cívica, que sólo se imparten un curso, una hora a la semana⁷⁸⁴. En cuanto al Bachillerato, se establece una carga de 70 horas (dos semanales), el doble que la que corresponde a Educación Física y la misma que se dedica a Historia de España⁷⁸⁵. En el desarrollo de los decretos de enseñanzas mínimas que realizan las Comunidades Autónomas, muchas han concretado cuántas horas se darán cada curso y algunas han ampliado la carga horaria mínima prevista por el Estado⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ Es decir, en el cómputo total de la Educación Secundaria Obligatoria, estas dos asignaturas tienen asignadas un total de 35 horas cada una, frente a las 175 de la religión.

⁷⁸⁵ Para un análisis detallado sobre las cargas horarias que han atribuido a la asignatura de religión las diversas leyes educativas, véase: LÓPEZ MARTÍNEZ, Juan: “La enseñanza de la religión y la Educación para la Ciudadanía: análisis de la normativa en la España constitucional”, en LÓPEZ CASTILLO, Antonio (ed.): *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 171-174.

⁷⁸⁶ En el desarrollo realizado por las Comunidades Autónomas podemos observar que, en relación con la Educación Infantil, muchas prevén que se imparta pero no establecen un horario mínimo (Andalucía, Aragón, Baleares, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, País Vasco y Valencia), de las que sí lo hacen le asignan una hora a la semana, a excepción de Madrid y Murcia, que establecen una hora y media. En Educación Primaria la mayoría ha previsto la misma carga que la fijada por el Estado, aunque muchas concretando que las 105 horas de cada ciclo se impartirán a razón de hora y media semanal por curso (salvo Galicia, que prevé una hora en 1º, 3º y 5 y dos horas en 2º, 4º y 6º), sólo Canarias ha aumentado el horario de esta asignatura, con dos horas semanales. En relación con Educación Secundaria Obligatoria, las que establecen la misma carga que el Estado disponen que se dará una hora en 4º y en dos cursos de los tres primeros y, en el restante (que varía de una a otra) dos horas, algunas han ampliado el horario dedicando dos horas en dos cursos

Respecto a la distribución concreta de esta carga en el horario escolar, será el centro educativo el que asigne las horas concretas a las que se impartirá religión, según la organización del centro.

1.3. El profesorado de religión

El AEAC establece, en su artículo III, quiénes podrán impartir la asignatura de religión católica:

“En los niveles educativos a los que se refiere el artículo anterior, la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Con antelación suficiente, el ordinario diocesano comunicará los nombres de los profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza.

En los centros públicos de Educación Preescolar y de Educación General Básica, la designación, en la forma antes señalada, recaerá con preferencia en los profesores de EGB que así lo soliciten.

Nadie estará obligado a impartir enseñanza religiosa.

Los profesores de religión formarán parte, a todos los efectos, del Claustro de Profesores de los respectivos centros”

Es decir, será la Iglesia la competente para establecer quiénes pueden ser profesores de religión y no el Estado, incluso si desarrollan sus actividades en centros públicos. Esto es consecuencia –al igual que la fijación del contenido de la asignatura– del principio de aconfesionalidad del Estado⁷⁸⁷, pues éste carece de competencia para establecer qué personas resultan idóneas para impartir esta materia.

(así, Madrid, Navarra, País Vasco, La Rioja y Valencia). Por último, en Bachillerato ninguna ha aumentado la carga prevista, las diferencias las encontramos en cómo se reparten, pues en algunas son dos horas semanales en 1º y ninguna en 2º y en otras es una hora cada curso.

⁷⁸⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *op cit*, p. 131.

Así lo ha avalado el Tribunal Constitucional, para quien

“a partir del reconocimiento de la garantía del derecho de libertad religiosa de los individuos y las comunidades del art. 16.1 CE no resultaría imaginable que las Administraciones públicas educativas pudieran encomendar la impartición de la enseñanza religiosa en los centros educativos a personas que no sean consideradas idóneas por las respectivas autoridades religiosas para ello. Son únicamente las Iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla”⁷⁸⁸

Ahora bien, esto no implica que el Estado carezca de toda competencia en esta materia, pues como indica el AEAC en su artículo VI los profesores de religión quedan sometidos al régimen general disciplinario de los centros y, en relación con su retribución, dispone el artículo VII:

“La situación económica de los profesores de religión católica, en los distintos niveles educativos que no pertenezcan a los cuerpos docentes del Estado, se concertará entre la Administración central y la Conferencia Episcopal Española, con objeto de que sea de aplicación a partir de la entrada en vigor del presente Acuerdo”

Por tanto, el Acuerdo no establece el modo en el que deberán de contratarse estos profesores ni quién deberá ser el empleador (la Iglesia o el Estado), aunque sí deja apuntado que sea el Estado quien corra con su financiación.

En estos años se han suscitado muchas cuestiones en relación con la situación de estos docentes, que han ido provocando el cambio

⁷⁸⁸ STC 38/2007, FJ 9.

de normativa para tratar de solucionar los problemas que se iban planteando⁷⁸⁹.

La primera regulación, contenida en las Órdenes Ministeriales de 1980⁷⁹⁰ establecía que, para la Enseñanza Preescolar y la Enseñanza General Básica⁷⁹¹ en centros públicos se optaría preferentemente por los profesores del Centro y en caso de no haber suficientes la jerarquía eclesiástica comunicaría al Ministerio la persona o personas idóneas para ser designadas, la Administración no contraía ninguna relación de servicios con dichas personas, pero sí debía abonar a la Iglesia el coste de esas horas de docencia.

En los centros privados, también se impartirá preferentemente por profesores del centro, pero en caso de que no haya suficientes no se designarán directamente por la Iglesia, sino que lo hará el centro entre las personas que cumplan las condiciones exigidas y previa conformidad de la jerarquía eclesiástica.

En Bachillerato, en cambio, no se establecía una preferencia porque lo impartiesen los profesores del centro, sino que, en el caso de los públicos, se preveía su contratación por el Ministerio a propuesta del Ordinario diocesano, mientras que en los centros privados se contrataban por los centros previa aprobación del Ordinario⁷⁹².

Ante el vacío creado para los profesores de religión que no fuesen funcionarios en los centros públicos de Educación Preescolar y Educación General Básica, se firmó un acuerdo entre el Gobierno y la Conferencia Episcopal española, que se publicó en la Orden de 9 de

⁷⁸⁹ Puede verse una explicación detallada de la normativa sobre los profesores de religión en FERREIRO GALGUERA, Juan: *Profesores de religión...*, *op cit*, pp. 43-77.

⁷⁹⁰ Se aprobaron dos Órdenes Ministeriales el 16 de julio de 1980, publicadas en el *BOE*, núm. 173, de 19 de julio de 1980.

⁷⁹¹ Artículo 3.

⁷⁹² Artículo 11.

septiembre de 1993⁷⁹³, en el cual el Estado se comprometía a financiar esta enseñanza mediante el pago mensual a la Conferencia Episcopal del coste íntegro de la actividad prestada por estas personas, así como su afiliación a la Seguridad Social en el régimen de autónomos. Ahora bien, lo que sucedió es que, al no tener un contrato,

“estos docentes, no recibían un salario por su trabajo sino una gratificación que dependía, en su cuantía, en algunos casos de la «benevolencia» del delegado/a episcopal de enseñanza de turno, ya que no se gratificaba lo mismo en todas las diócesis, y debían esperar algunos meses a que se les hiciera efectivo el pago de sus gratificaciones-salarios ya que debían pasar por las arcas de la Conferencia Episcopal, bajo el eufemismo de «colaboración en orden a hacer efectiva esta financiación por el Estado»⁷⁹⁴

Así pues, se firmó un nuevo acuerdo, publicado en la Orden de 9 de abril de 1999⁷⁹⁵, en el que se establece que los profesores serán contratados por el Estado. Estos contratos, que durarán un curso académico, los firma el Estado, pero es la Iglesia la que propone las personas con quien podrá suscribirse.

Con esta regulación los principales problemas se han derivado de la no renovación del contrato, puesto que es el Estado el que no renueva pero la Iglesia quien lo decide. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este asunto, en primer lugar a través de una cuestión de inconstitucionalidad, en la que resolvió que el sistema previsto en el Acuerdo no vulneraba la Constitución, si bien se debían respetar los derechos fundamentales de los profesores de religión, por lo que la decisión de no renovación podía ser controlada por los tribunales ordinarios:

⁷⁹³ Publicada en el *BOE*, núm. 219, de 13 de septiembre de 1993.

⁷⁹⁴ SEPÚLVEDA SÁNCHEZ: Alfredo: *Profesores de religión: aspectos históricos, jurídicos y laborales*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 72.

⁷⁹⁵ *BOE*, núm. 94, de 20 de abril de 1999.

“Los órganos judiciales competentes habrán de analizar también si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo”⁷⁹⁶

Posteriormente ha tenido la oportunidad de pronunciarse en recursos de amparo, en los que analizaba la ponderación de derechos llevada a cabo en la vía ordinaria⁷⁹⁷.

La LOCE fue la primera ley que se refirió expresamente a los profesores de religión, si bien, como hemos repetido, no llegó a entrar en vigor. La LOE también se refiere a ellos en su Disposición Adicional tercera en la que dispone:

“1. Los profesores que impartan la enseñanza de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas.

2. Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las

⁷⁹⁶ STC 38/2007, FJ 7.

⁷⁹⁷ SSTC 128/2007 y 51/2011.

retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos.

En todo caso, la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año. La determinación del contrato, a tiempo completo o a tiempo parcial según lo que requieran las necesidades de los centros, corresponderá a las Administraciones competentes. La remoción, en su caso, se ajustará a derecho”

Las principales novedades de esta regulación respecto al régimen anterior, en lo que a los profesores de religión católica se refiere, son tres⁷⁹⁸: en primer lugar, se alude al Estatuto de los Trabajadores y a los representantes de los trabajadores para la negociación de su situación laboral; en segundo lugar, se establece que el acceso al destino se hará según los principios de igualdad, mérito y capacidad; y en tercer lugar se establece la renovación automática cada año, así como que la posible remoción debe ajustarse a Derecho, parece que adelantándose a la sentencia del Tribunal Constitucional, si bien manteniendo su carácter eventual⁷⁹⁹.

Esta disposición se desarrolló mediante el RD 696/2007, que en su exposición de motivos se refiere expresamente a la STC 38/2007.

En cuanto a la posición de estos docentes en los centros escolares, el AEAC establece que serán parte del Claustro de Profesores del Centro y así lo ha corroborado la normativa posterior. Por tanto, podemos decir que para los alumnos son un profesor más, con independencia de las particularidades de la materia que imparten.

⁷⁹⁸ LÓPEZ CASTILLO, Antonio: “A propósito del fundamento...”, *op cit*, p. 89.

⁷⁹⁹ Como señala CELADOR ANGÓN, tiene que ser necesariamente eventual, en primer lugar porque el número de profesores que se necesita cada curso dependerá de las solicitudes que haya, y en segundo lugar porque la consideración o no de la idoneidad corresponde a la autoridad eclesiástica (“Laicidad y estatuto jurídico de los profesores de religión en la escuela pública: las lecciones del modelo estadounidense”, en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 12, vol. I, 2012, p. 119).

1.4. La elección de cursar o no la asignatura de religión

El segundo apartado de la Disposición Adicional que los reales decretos de enseñanzas mínimas dedican a la asignatura de religión se refiere a cuándo se opta por cursar o no la asignatura de religión y a quién lo realiza:

“Las administraciones educativas garantizarán que, al inicio del curso, los *alumnos mayores de edad* y los padres o tutores de los alumnos menores de edad puedan manifestar su voluntad de recibir o no recibir enseñanzas de religión”⁸⁰⁰

Así pues, la opción deberá hacerse al comienzo de cada curso escolar, no siendo posible cambiar a mitad del mismo, lo que parece lógico atendiendo a la necesidad de organización de los centros educativos.

Lo que no queda claro es si el centro deberá de preguntarlo en cada curso o si se limita a preguntarlo en la primera inscripción del alumno en el centro y en los cursos posteriores se entenderá que se continúa con la misma opción salvo que haya una comunicación expresa de los padres (o el alumno) que indique lo contrario. A este respecto era mucho más clara la regulación del RD 2438/1994, cuyo artículo 3.1 disponía:

“Los padres o tutores de los alumnos, o ellos mismos si fueran mayores de edad, manifestarán, voluntariamente al Director del centro al comienzo de cada etapa o nivel educativos 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

⁸⁰⁰ Cursivas nuestras. El texto de los reales decretos de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato es idéntico; en el de primaria, dado la edad que pueden tener los alumnos de este nivel, no se hace referencia alguna a la posibilidad de que sean los alumnos “mayores de edad”.

expresamente esta decisión en la primera inscripción del alumno en el centro o al principio de cada etapa”

En caso de que los padres (o los alumnos) no indicasen nada al centro serían adscritos a la clase alternativa a la religión⁸⁰¹.

Respecto a quién toma la decisión, serán los padres, salvo que el alumno sea mayor de edad⁸⁰². Como ya dijimos al analizar el derecho de los padres contenido en el artículo 27.3 CE, entendemos que esta regulación contraviene el derecho a la libertad religiosa del menor, pues nos parece que diferir la decisión sobre la enseñanza religiosa que se reciba hasta su mayoría de edad es desconocer que ya con anterioridad los menores tienen madurez suficiente como para poder tomarla por sí mismos. Así, consideramos que cuando el artículo II del AEAC establece *“por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos”* debemos entender que no sólo se refiere a la obligación del Estado –porque la previese como materia obligatoria para todos los alumnos–, sino que tampoco podrá ser

⁸⁰¹ Los RRDD señalan que la asignatura alternativa se impartirá a todos aquellos que no hubiesen optado por la asignatura de religión, con lo que deberá de entenderse tanto a aquellos que lo hayan hecho de forma expresa (por haber comunicado al centro su decisión de que sus hijos no asistan a esta materia) como los que lo han hecho de forma tácita, por no haber comunicado decisión alguna. En contra de esta interpretación, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (FJ 4) establece que no puede interpretarse el silencio de los padres como una opción por que sus hijos no cursen religión y que por tanto habrá que volver a preguntarlo para tener una respuesta expresa; ahora bien, este recurso se interpone por la “Federación de religiosos de la enseñanza titulares de centros católicos”, y el Tribunal, en su razonamiento, hace referencia en varias ocasiones a que los padres habrían optado por llevar a su hijo a un centro confesional y al régimen de los centros privados con ideario propio, por lo que no nos parece claro que puedan extenderse los Fundamentos de esta sentencia a los centros de titularidad pública, en los que no se dan las premisas de las que parte.

⁸⁰² Debe tenerse en cuenta que lo habitual será que el alumno no haya alcanzado la mayoría de edad en los cursos en los que puede optarse por esta enseñanza, puesto que tendría que haber repetido uno o dos cursos, puesto que en muchas Comunidades Autónomas no se imparte en segundo de Bachillerato, por lo que en general esta decisión será de los padres.

obligatoria por la imposición de los padres, si ellos ya tienen capacidad de juicio suficiente para tener unas creencias propias.

Ahora bien, con independencia de cómo se interprete el Acuerdo, en caso de que haya conflicto entre los padres y el alumno, el hecho de que los padres sean quienes decidan si su hijo asistirá o no a clase de religión puede conllevar una vulneración del derecho a la libertad religiosa del menor pues, como vimos⁸⁰³ los menores podrán ejercer por sí mismos su derecho a la libertad religiosa cuando tengan una madurez suficiente⁸⁰⁴. Por ello, creemos que sería mucho más acertado que en la regulación relativa a la Educación Secundaria Obligatoria y al Bachillerato se estableciese que quien debe optar por seguir o no esta asignatura sea el alumno, y sólo como excepción, o para los primeros cursos, los padres, en cuyo caso debería de recabarse al curso siguiente de nuevo esta opción, para que sea el alumno quien la adopte, dado que a Educación Secundaria Obligatoria se accede con 12 años que, como vimos, es la edad a partir de la cual los autores identifican que el menor es maduro⁸⁰⁵.

En este sentido, es especialmente relevante la reflexión que realiza PUENTE ALCUBILLA en relación con la elección de materias optativas, que sí recae sobre el menor, y no porque esta decisión tenga

⁸⁰³ Epígrafe II.1.2 del primer capítulo.

⁸⁰⁴ Incluso, antes de alcanzar esta madurez, el menor debería de ser oído (art. 9.1 LOPJM) siempre que tenga suficiente juicio.

⁸⁰⁵ Por ello no incluimos la Educación Primaria. Esta atribución de la potestad de elegir a los alumnos de cursos superiores no es extraña en derecho comparado, de hecho, en Italia se prevé en el acuerdo con la Santa Sede de 1984, y la legislación ha establecido que en la escuela secundaria superior la decisión sobre cursar o no la asignatura de religión la tomarán directamente los alumnos (ley núm. 281, de 18 de junio de 1986). En España sólo prevé la solución a una posible desavenencia entre padres e hijos la Comunidad Autónoma de Asturias, que en la Disposición adicional tercera del Decreto 75/2008 (BOPA, núm. 196, de 22 de agosto de 2008) prevé que en bachillerato las discrepancias entre padres y alumnos menores sobre cursar o no la asignatura de religión las resolverá la Consejería

una importancia menor, pues en muchos casos condiciona los estudios que puedan realizarse con posterioridad:

“Es reseñable cómo, sin embargo, no se opone ninguna resistencia a que el alumno pueda elegir por sí mismo las asignaturas optativas o el idioma, dentro de la enseñanza secundaria obligatoria. No hemos encontrado ninguna norma que restrinja en este sentido, y (...) se desprende que son los alumnos los que realizarán dicha elección. La perplejidad por la falta de lógica, si cabe, es cada vez mayor”⁸⁰⁶

1.5. La evaluación de la asignatura de religión católica

Al ser la enseñanza de religión católica una asignatura más del sistema educativo, se plantea si debe o no ser evaluada y si, en caso afirmativo, debe de computarse en la media del expediente académico de los alumnos.

CUBILLAS RECIO sostiene que esta asignatura no debería de ser evaluada, o al menos, no del mismo modo que las demás materias⁸⁰⁷, dado que tiene un contenido confesional⁸⁰⁸ del mismo parecer es VÁZQUEZ ALONSO, quien hace notar que

“los conocimientos que uno adquiere asistiendo a unas clases cuyo fin es la formación religiosa, no pueden ser evaluados de la misma manera objetiva y a través de los mismos métodos con los que se evalúan las disciplinas académicas ordinarias (...). La única evaluación que podría hacerse no es otra que la del calado que ha

⁸⁰⁶ PUENTE ALCUBILLA, Verónica: *op cit*, p. 330 (nota al pie 853). La autora cita los reales decretos vigentes en ese momento, pero la reflexión es igualmente aplicable a la actualidad.

⁸⁰⁷ CUBILLAS RECIO, Luis Mariano: *Enseñanza confesional...*, *op cit*, p. 42.

⁸⁰⁸ Así, podría seguirse el ejemplo de Italia, donde no se prevén exámenes ni calificaciones, sino que el profesor escribe una nota, que se adjunta al boletín de calificaciones, en la que se detalla el interés y el aprovechamiento del alumno.

tenido en la conciencia del alumno el mensaje que ha recibido durante las clases de educación religiosa; algo para lo que no creo que sea extrapolable ningún modelo educativo de los comúnmente usados”⁸⁰⁹

Sin embargo la mayor parte de la doctrina considera que la cláusula de “equiparabilidad” establecida en el artículo II AEAC exige que la legislación prevea esta asignatura como evaluable, y que las calificaciones obtenidas se reflejen en el expediente académico de los alumnos que la cursen.

Efectivamente, la normativa siempre ha previsto esta asignatura como evaluable, si bien en ocasiones las calificaciones obtenidas no se han computado para la media del expediente académico. Los primeros reales decretos que desarrollaron la LOGSE establecían a este respecto:

“La evaluación de las enseñanzas de 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”⁸¹⁰

Es decir, que si bien la asignatura sería calificada, dicha calificación no se tendría en cuenta en determinados procesos, fundamentalmente, en la obtención de becas y en el acceso a la universidad, lo que algunos autores consideraron que era una discriminación que carecía de fundamento alguno⁸¹¹.

⁸⁰⁹ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J.: *op cit*, pp. 563-564.

⁸¹⁰ Art. 14.3 RD 1006/1991; art. 16.3 RD 1007/1991; art. 16.3 RD 1700/1991.

⁸¹¹ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La enseñanza de la religión...*, *op cit*, pp. 172-173.

Sometido el asunto al Tribunal Supremo, éste dictaminó que la regulación no era conforme al ordenamiento, por lo que parecía estimar que, efectivamente, la calificación debía ser tenida en cuenta⁸¹². Ahora bien, una lectura detenida de las sentencias muestra que la crítica que se hace a la exclusión del cómputo de esta asignatura está íntimamente ligada al contenido que se daba en estos Reales Decretos a la materia alternativa, pues en ella se reforzaba el conocimiento de otras materias curriculares, con lo que previsiblemente esta asignatura alternativa tendría repercusión en el expediente académico de los alumnos que la cursaran (pues verían mejoradas sus calificaciones en otras materias). Es decir, lo que no se considera legítimo por el Tribunal Supremo es que se excluya el cómputo de la enseñanza religiosa si la alternativa supone la mejora en las calificaciones de las otras materias, pero no impone su inclusión en la media del expediente como la única regulación posible.

Así pareció entenderlo también el Gobierno que, en el nuevo decreto que promulgó en sustitución de los preceptos que habían sido declarados contrarios al ordenamiento, estableció que en Bachillerato no sería tenida en cuenta la calificación para la obtención de la nota media a efectos de acceso a la Universidad y la obtención de becas, si bien no se establecía salvedad alguna en relación con los demás niveles educativos⁸¹³.

Tras el paréntesis de la LOCE, en el que la enseñanza de “Sociedad, Cultura y Religión” en sus modalidades confesional o no confesional sí era una asignatura más a todos los efectos, incluido el cómputo para la media del expediente, con la LOE se volvió a un régimen similar al contemplado con la LOGSE, si bien ampliando la exclusión a todos los casos en los que deban de concurrir los

⁸¹² SSTS de 3 de febrero, 17 de marzo, 9 de junio y 30 de junio de 1994.

⁸¹³ Art. 5, apartados 1 y 3 RD 2438/1994.

expedientes académicos, con independencia del nivel de estudios del que se trate, lo que se hace

“con el fin de garantizar el principio de igualdad y la libre concurrencia entre todo el alumnado”⁸¹⁴

Es decir, en la actualidad la asignatura es evaluable e igual a cualquier otra asignatura, salvo en los casos en los que deba tenerse en cuenta la media del expediente académico, en los que no será computada⁸¹⁵.

1.6. Los alumnos que no asisten a clases de religión: la alternativa

La normativa sobre educación, hasta ahora, siempre ha previsto alguna asignatura para aquellos alumnos que no optasen por la enseñanza de la religión, dado el carácter voluntario de ésta y su inclusión dentro del horario lectivo. Esta asignatura “alternativa a la religión”, que ha ido teniendo diversas denominaciones, ha sido el elemento más discutido en relación con la asignatura de religión desde la aprobación de la Constitución de 1978.

Son varias las cuestiones a considerar, pero lo primero que debemos plantearnos es si existe una obligación constitucional de incluir una asignatura de este tipo.

Como ya vimos, entendemos que no existe obligación constitucional de introducir una asignatura de religión, pero podría ser que, una vez incluida, debiera de establecerse igualmente una

⁸¹⁴ Apartado 6 de la Disposición adicional primera RD 1513/2006; apartado 7 de la Disposición adicional segunda RD 1631/2006; apartado 7 de la Disposición adicional tercera RD 1467/2007.

⁸¹⁵ Con la reforma educativa aprobada la nota de religión sí se tendrá en cuenta para la obtención de la nota media del expediente académico para todo tipo de procesos.

alternativa para preservar el principio de no discriminación por motivos religiosos, como señala DE DIEGO-LORA:

“Estos alumnos, cuyos padres hicieron opción por la formación religiosa, de no arbitrarse algún sistema de compensación, se verán sometidos a un plan, en su actividad escolar, más gravoso que el del resto de sus compañeros, libres del estudio y horas de ocupación escolar que lleve consigo la enseñanza de la religión y moral católicas. Tal diversidad de tratamiento (...) podría significar una discriminación en perjuicio precisamente de los alumnos cuyos padres decidieron que sus hijos reciban enseñanza católica”⁸¹⁶

Continúa este autor destacando que el hecho de que tal decisión se originara como consecuencia de una decisión libre de los padres no impide que se dé tal discriminación, pues éstos han optado por que sus hijos reciban enseñanza religiosa,

“no han hecho una opción para que sus hijos tengan más horas de clases ni que cuenten con menos tiempo para el descanso o el recreo”⁸¹⁷

El Tribunal Supremo parece compartir esta postura, pues en su sentencia de 1 de abril de 1998 consideró que imponer una materia alternativa no supone una discriminación para los alumnos que no optan por la enseñanza confesional⁸¹⁸.

Ahora bien, consideramos que este planteamiento “olvida” que los padres que optan por que sus hijos no asistan a religión están ejerciendo –como los que optan por que sí– un derecho, por tanto habría

⁸¹⁶ DIEGO-LORA, Carmelo de: “La igualdad constitucional, en los escolares, opten o no por la enseñanza religiosa”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. V, 1989, p. 126.

⁸¹⁷ *Idem*, p. 127.

⁸¹⁸ FJ 2. PUENTE ALCUBILLA entiende que en esta sentencia el Tribunal Supremo “aborda el problema de la discriminación desde postulados esencialmente utilitaristas” (*op cit*, pp. 197-198).

que prestar la misma atención a que el ejercicio de un derecho no implicase una carga para estos alumnos –igual que se ha hecho con los que sí asisten a religión–.

Desde nuestro punto de vista, no puede deducirse exigencia constitucional alguna respecto a la existencia de una alternativa⁸¹⁹, que será obligatoria en el caso de que los padres no quieran que sus hijos cursen religión. Entendemos que no existe discriminación por el hecho de que los alumnos cuyos padres han decidido que reciban esta enseñanza tengan una mayor carga lectiva⁸²⁰.

Sea como fuere, todas las regulaciones que ha habido hasta la actualidad de la asignatura de religión han previsto una alternativa obligatoria para todos aquellos que no cursen la asignatura confesional, de modo que

“se impone a los alumnos que no desean cursar la enseñanza confesional una especie de prestación social sustitutoria, con la diferencia obvia de que la alternativa no nace de un deber, sino de no haber ejercido un derecho fundamental, esto es, negarse a recibir la enseñanza confesional”⁸²¹

⁸¹⁹ Así lo entiende también LÓPEZ CASTILLO, Antonio: “A propósito del fundamento...”, *op cit*, p. 84.

⁸²⁰ Nos parece que el argumento de que se tenga una mayor carga carece de fundamento, especialmente cuando los alumnos pueden realizar otras actividades, o en secundaria pueden elegir unas u otras optativas, que implicarán una carga de estudio diversa. Entendemos que lo relevante debiera ser la formación que se quiera dar a los hijos, y no si eso supone que tenga que dedicar más o menos tiempo en su formación. En este sentido, CUBILLAS RECIO, sostiene que “a la hora de tenerla en cuenta en el organigrama educativo, no podría sufrir éste configuración alguna en menoscabo o perjuicio de los que no accedan a la enseñanza religiosa, ya sea en instalaciones, uso de locales, fijación de horario, etc.” (*Enseñanza confesional...*, *op cit*, p. 91).

⁸²¹ BARRERO ORTEGA, Abraham: *op cit*, p. 448. Como ya hemos señalado, creemos que no es que hayan decidido no ejercer un derecho, sino que es posible que incluso, con la decisión de que sus hijos no reciban esta enseñanza, se esté ejerciendo.

Así, la asignatura de la religión se configura como una asignatura obligatoria para todos aquellos que no profesen la religión que se imparte, pues ésta es la única respetuosa con su libertad de conciencia⁸²².

Una vez establecida su existencia, uno de los aspectos más discutidos se refiere al contenido que deba darse a esta asignatura, de hecho, puede decirse que cada desarrollo de ley educativa ha establecido un contenido diverso. La problemática se deriva de la discriminación que unos u otros podrían sufrir según lo que se imparta en las horas en las que se da religión, como sintetiza MARTÍNEZ BLANCO:

“Si en el sistema optativo la alternativa es asignatura también deseable para el alumno que eligió la religión, por ejemplo la informática, también resulta discriminación en su contra porque se le priva de esta posibilidad. También se dice que la situación del que no opta por la religión resulta más gravosa por razón de la elección de religión realizada por otros alumnos, si se derivan para él nuevas cargas a fin de que no resulte discriminado quien hizo aquella elección”⁸²³

Las órdenes ministeriales de 1980 establecían como alternativa a la religión en Bachillerato la “Ética y Moral”, si bien sólo debía impartirse si había un mínimo de 20 alumnos. En Educación General Básica la normativa no preveía ninguna alternativa, aunque en general se impartió también “Ética”.

Algunos autores han afirmado que éste debe de ser el contenido de la alternativa, por ser la “traducción laica” de la enseñanza religiosa⁸²⁴. Sin embargo, entendemos que no debe ser así, pues ello supondría que el Estado aconfesional entrase a valorar los valores

⁸²² CELADOR ANGÓN, Óscar: “Laicidad y estatuto...”, *op cit*, p. 111.

⁸²³ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La enseñanza de la religión...*, *op cit*, p. 27.

⁸²⁴ *Idem*, p. 28.

religiosos, para equipararlos a los constitucionales –valoración que no puede hacer el Estado–⁸²⁵; por otro lado, si el Estado entendiese que debe incluirse la enseñanza en valores (o ciudadanía) tal asignatura tendría como fundamento el artículo 27.2 CE y, por tanto, todos los alumnos deberían de poder cursarla⁸²⁶. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la pretensión de que, efectivamente, fuese ésta la asignatura alternativa y ha dispuesto que no necesariamente debía de consistir en la docencia moral⁸²⁷. Ahora bien, recientemente el Consejo de Estado ha ido más allá, al valorar que una asignatura alternativa con este contenido –como preveía el proyecto de la LOMCE sobre el que emitió el informe– sería discriminatoria:

“Hay que advertir que la proyectada reforma establece como optativa a la "Religión" la materia de "Valores Culturales y Sociales", o "Valores éticos", de modo que su mantenimiento, en su caso, discriminaría a los alumnos que al elegir la primera no cursarán asignatura alguna sobre valores sociales y éticos a lo largo de toda su formación”⁸²⁸

Probablemente esto es lo que ha propiciado que en el texto actual del proyecto de ley la religión y su alternativa de ética, además de ser una “materia fija con alternativa”, sea también una optativa, de modo que los alumnos que escojan religión puedan optar también por recibir ética si en sus centros se prevé esta posibilidad⁸²⁹.

⁸²⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Educación en valores y enseñanza religiosa en el sistema educativo español”, en SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo; CONTRERAS MAZARÍO, José M^a (eds.): *Interculturalidad y educación en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 415-416.

⁸²⁶ LÓPEZ CASTILLO, Antonio: “A propósito del fundamento...”, *op cit*, p. 84.

⁸²⁷ STS de 31 de enero de 1997, FJ 2.

⁸²⁸ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa, aprobado el 18 de abril de 2013, p. 46.

⁸²⁹ De hecho, nos parece bastante probable que en muchas centros esta posibilidad “teórica” no sea real, pues que los centros puedan ofrecer una misma asignatura a un

En relación con la LOGSE, esta ley no establecía un contenido concreto para la alternativa, sino que estableció que ésta consistiría en

“actividades de estudio en relación con las enseñanzas mínimas de las áreas del correspondiente curso escolar, orientadas por un profesor”⁸³⁰

Este contenido se declaró contrario a derecho por el Tribunal Supremo, pues suponía un refuerzo en las materias curriculares y, por tanto, una mejora del expediente académico de los alumnos que no cursasen religión⁸³¹. Esta decisión que impide reforzar contenidos curriculares, unido a que tampoco parece posible que se ofrezcan alternativas “relevantes” (por ejemplo, una segunda lengua) ha acabado imponiendo que la asignatura alternativa sea inútil, puesto que en caso contrario se produciría una discriminación de los alumnos que asisten a religión⁸³² –que mejorarían sus notas o podrían cursar esas otras materias–.

El Tribunal Supremo también sostuvo que el hecho de que no se determinase qué iban a hacer los alumnos que no asistiesen a religión suponía

“una vulneración del principio constitucional del «derecho a la seguridad jurídica» en su concreta acepción a la «certeza de la norma», que intrínsecamente habrá de ser lo suficientemente clara y

mismo curso en dos horarios distintos (para que una coincida y otra no con la de religión) se presume bastante complicado a nivel organizativo, especialmente si no son centros grandes.

⁸³⁰ Art. 14.1 RD 1006/1991; art. 16.1 RD 1007/1991; art. 16.1 RD 1700/1991.

⁸³¹ SSTs de 3 de febrero, 17 de marzo, 9 de junio y 30 de junio de 1994. Como vimos en el apartado anterior, el Tribunal Supremo declaró contrario a derecho el no cómputo de la asignatura de religión en la media del expediente académico, pero lo unía al hecho de que mientras los alumnos de religión no tendrían nota de esta asignatura, los otros alumnos obtendrían una mejor media, no por la calificación de la alternativa, sino por un mejor rendimiento en las demás materias.

⁸³² BARRERO ORTEGA, Abraham: *op cit*, p. 448.

precisa sin dar lugar a ambigüedades, para que sus destinatarios – padres, tutores, alumnos y Centros docentes–, puedan saber y conocer en qué habrían de consistir, y sobre qué clase o materias, dichas «actividades de estudio», habrán de versar con el fin de que los primeros pudieran hacer una «elección consciente» y los Centros que estaban obligados a organizar «las actividades» para hacer la oferta correspondiente”⁸³³

Tras las sentencias que invalidaban la regulación de la asignatura de religión, el Gobierno dictó un nuevo Real Decreto en el que se establecía como alternativa a la religión en su artículo 3:

“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. Dichas actividades, que serán propuestas por el Ministerio de Educación y Ciencia y por las Administraciones educativas que se encuentren en pleno ejercicio de sus competencias en materia de educación tendrán como finalidad facilitar el conocimiento y la apreciación de determinados aspectos de la vida social y cultural, en su dimensión histórica o actual, a través del análisis y comentario de diferentes manifestaciones literarias, plásticas y musicales, y contribuirán, como toda actividad educativa, a los objetivos que para cada etapa están establecidos en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre. En todo caso, estas actividades no versarán sobre contenidos incluidos en las enseñanzas mínimas y en el currículo de los respectivos niveles educativos.

3. Durante dos cursos de la Educación Secundaria Obligatoria y durante otro del Bachillerato las actividades de estudio alternativas, como enseñanzas complementarias, versarán sobre manifestaciones escritas, plásticas y musicales de las diferentes Confesiones religiosas, que permitan conocer los hechos, personajes y símbolos

⁸³³ STS de 17 marzo 1994, FJ 10.

más relevantes, así como su influencia en las concepciones filosóficas y en la cultura de las distintas épocas.

4. Las actividades a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo serán obligatorias para los alumnos que no opten por recibir enseñanza religiosa y se adaptarán a la edad de los alumnos. Tales actividades no serán objeto de evaluación y no tendrán constancia en los expedientes académicos de los alumnos”

Así, se optó, en educación primaria, por que esta clase se emplease para materias que no se desarrollasen en el currículo académico (y que no tuviesen gran transcendencia), materias que se proponían por el Ministerio para evitar la vulneración de la seguridad jurídica⁸³⁴. En Educación Secundaria, en cambio, se introducía una materia cuyo contenido era el hecho religioso.

La LOCE, como vimos, introdujo una asignatura obligatoria con dos variantes: una confesional y otra no confesional. La no confesional consistía en la enseñanza del hecho religioso⁸³⁵, que, igual que la opción confesional, se impartía en todos los cursos.

Consideramos que este tipo de contenido adolece del mismo problema que el de Ética, pues si el legislador considera que es conveniente una formación en el “hecho religioso”, en el conocimiento de la cultura e historia de las principales religiones, debería de ser una formación a la que tuviesen acceso todos los alumnos, o al menos la posibilidad de optar por ella (si fuese una materia optativa). Sin embargo, no se alcanza a entender por qué ésta es una formación

⁸³⁴ Esto se hizo mediante la Orden Ministerial de 3 de agosto de 1995 y la Resolución de 16 de agosto del mismo año, que incluyen actividades como juegos de mesa y juegos populares, taller de carpintería, biblioteca escolar, etc.

⁸³⁵ Esta asignatura fue muy discutida por el contenido que se le dio, por tener, según los que la criticaban, un sesgo confesional.

necesaria para aquellos que no opten por la religión católica⁸³⁶ (puesto que como hemos señalado es una asignatura obligatoria) y, en cambio, absolutamente irrelevante para aquellos que reciben una formación confesional de una religión determinada⁸³⁷.

La actual normativa establece una regulación similar para los alumnos que no asistan a clase de religión en Primaria y en Educación Secundaria Obligatoria:

“Los centros docentes dispondrán las medidas organizativas para que los alumnos y las alumnas cuyos padres o tutores no hayan optado por que cursen enseñanzas de religión reciban la debida atención educativa, a fin de que la elección de una u otra opción no suponga discriminación alguna. Dicha atención, en ningún caso, comportará el aprendizaje de contenidos curriculares asociados al conocimiento del hecho religioso ni a cualquier área de la etapa. Las medidas organizativas que dispongan los centros deberán ser incluidas en su proyecto educativo para que padres y tutores las conozcan con anterioridad”⁸³⁸

De este modo, se establece una alternativa parecida a la prevista en el RD 2438/1994, en cuanto serán actividades que no estén vinculadas con los contenidos de otras materias, si bien no será el Ministerio quien proponga esas actividades, sino que lo hará cada

⁸³⁶ Aunque la Disposición Adicional segunda de la LOCE hablaba de las confesiones con acuerdo, y no exclusivamente de la católica, a la situación de éstas haremos referencia en el siguiente capítulo, por lo que aquí nos limitamos a aquélla.

⁸³⁷ Aunque la carga horaria de cada materia es una decisión política/legislativa, y en la que por tanto no pretendemos entrar, sí querríamos dejar planteada la cuestión de la carga que se le daba a esta asignatura de “hecho religioso”, pues, en el conjunto de las tres etapas educativas, contaba con un total de horas superior al de Educación Plástica, Música o Educación Física (en algunos casos, muy superior), puesto que se impartía desde el primer curso hasta el último.

⁸³⁸ Apartado tercero de la Disposición Adicional primera RD 1513/2006. El decreto sobre Educación Secundaria Obligatoria se expresa en términos similares.

centro antes del comienzo del curso para que los padres puedan hacer una elección “consciente”⁸³⁹.

Ahora bien, en Educación Secundaria Obligatoria se prevé una regulación que recuerda a la de la LOCE, dado que (además de la alternativa) se prevé:

“Quienes opten por las enseñanzas de religión podrán elegir entre las enseñanzas de religión católica, las de aquellas otras confesiones religiosas con las que el Estado tenga suscritos Acuerdos Internacionales o de Cooperación en materia educativa, en los términos recogidos en los mismos, o la enseñanza de historia y cultura de las religiones”⁸⁴⁰

Si bien a diferencia de aquella no se prevé como materia obligatoria para los que no cursen una materia confesional. Es decir, se tiene una triple opción: la enseñanza de religión confesional, el hecho religioso, o la alternativa.

En Bachillerato, en cambio, no se establece alternativa alguna, con lo que debemos pensar que la asignatura de religión se dará en “horario periférico” y así los alumnos que no asistan a ésta podrán

⁸³⁹ Algunas Comunidades Autónomas en su normativa de desarrollo han precisado más qué puede realizarse en esta clase, como la Comunidad de Madrid, que ha dispuesto: “Las actividades educativas deberán desarrollarse en horario simultáneo al de las enseñanzas de religión y *estarán orientadas a la comprensión lectora y al estudio dirigido*; en ningún caso dichas actividades comportarán el aprendizaje de contenidos asociados al conocimiento del hecho religioso ni a cualquier materia de la etapa. Estas actividades deberán ser incluidas en el Proyecto educativo del centro con la finalidad de que padres y tutores las conozcan con la suficiente antelación, todo ello sin perjuicio del respeto al mencionado Proyecto educativo y, en su caso, al carácter propio del centro” (artículo 9.2 de la Orden 3320-01/2007, de 20 de junio, del Consejero de Educación, por la que se regulan para la Comunidad de Madrid la implantación y la organización de la Educación Secundaria Obligatoria derivada de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, publicada en el *BOCM*, núm. 185, de 6 de agosto de 2007. *Cursivas nuestras*).

⁸⁴⁰ Apartado 4 de la Disposición Adicional segunda RD 1631/2006.

abandonar el centro educativo⁸⁴¹. Esta “no-alternativa”, en cuanto que no se incluiría en el horario escolar de los alumnos que no asistiesen a clases de religión, es lo que para algunos autores tiene un mejor encaje constitucional, al considerar que al haberse considerado discriminatorio el otorgar un contenido “útil” a esta asignatura,

“la única alternativa válida parece encaminarse hacia la enseñanza de otras doctrinas religiosas o concepciones filosóficas que libremente elijan los alumnos; si no eligen ninguna, la alternativa más respetuosa con la libertad ideológica y religiosa será, naturalmente, el recreo”⁸⁴²

Razonamiento con el que estamos plenamente de acuerdo, pues no debe olvidarse que, como dijimos al comienzo de este apartado, los padres que optan por que sus hijos no reciban enseñanzas de religión también están ejerciendo un derecho, por lo que no deberían de recibir una penalización⁸⁴³, por mínima que sea, y por tanto no nos parece que se acomode a Derecho que los alumnos deban asistir curso tras curso a una asignatura que el propio Estado considera irrelevante y perfectamente prescindible –para que no sea discriminatoria–, lo cual entra en conflicto con la pretensión de que la educación deba ser algo serio y productivo para los alumnos.

Sin embargo, la regulación que han hecho las Comunidades Autónomas del Bachillerato ha incluido una materia alternativa similar a la prevista en las otras etapas, eliminando así el elemento novedoso de la LOE. La única Comunidad Autónoma que, siguiendo la normativa

⁸⁴¹ Así, en este curso la asignatura de religión no será *optativa*, sino *facultativa*.

⁸⁴² SOUTO PAZ, Antonio; SOUTO GALVÁN, Clara: *op cit*, p. 198. En el mismo sentido: LÓPEZ CASTILLO, Antonio: “A propósito del fundamento...”, *op cit*, p. 84.

⁸⁴³ PUENTE ALCUBILLA, Verónica: *op cit*, p. 201; CÁMARA VILLAR, Gregorio: “Un problema constitucional...”, *op cit*, p. 457.

del Estado, no estableció una alternativa a la religión fue el País Vasco, sin embargo, tal regulación fue anulada por el Tribunal Supremo⁸⁴⁴.

Y es que, según parece, en lo que al contenido de la enseñanza alternativa de la religión se refiere, los poderes públicos han procurado que la asignatura de religión sea algo “apetecible”, como señala CELADOR ANGÓN

“nuestro ordenamiento jurídico se preocupa de erradicar aquellos obstáculos que puedan desincentivar a los alumnos de recibir educación religiosa, cuando esto, en nuestra opinión, es algo que sólo compete a los padres y a los propios hijos, debiendo limitarse la misión del Estado a garantizar que aquellos que así lo pidan reciban la educación religiosa”⁸⁴⁵

Así, el Tribunal Supremo, en relación con la no previsión de una asignatura alternativa en bachillerato en la regulación del País Vasco sostiene:

“Esta previsión indefectiblemente va a generar un efectivo efecto disuasorio de los alumnos (o sus padres) que potencialmente podrían elegirla”⁸⁴⁶

Por último, conviene añadir que esta asignatura carece de evaluación y no tiene reflejo en el expediente académico. El Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esto al analizar el RD 2438/1994 y, ante la queja de los recurrentes, que entendían que la

⁸⁴⁴ Sentencia de 20 de julio de 2012. Sorprende que el Tribunal, considerando nulo el decreto vasco, que reproduce lo que dice el del Estado, considera que la normativa básica estatal sí respeta el marco constitucional y legal en materia educativa (FJ 5).

⁸⁴⁵ CELADOR ANGÓN, Óscar: “La religión en la escuela: el contexto español y europeo”, en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (dir.): *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Dykinson, Sevilla, 2005, p. 335.

⁸⁴⁶ STS de 20 de julio de 2012, FJ 11.

asignatura alternativa debía de ser evaluada, como la de religión, estableció:

“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, tenga un derecho constitucional a imponer que las condiciones pactadas para su prestación en orden a la evaluación se extiendan a actividades alternativas no cubiertas con dicha garantía y cuya misma existencia es una mera consecuencia del reconocimiento de aquella garantía (...). 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”⁸⁴⁷

Así pues, nada obliga a que dicha alternativa sea evaluable.

La LOCE, en cambio, al configurarla como una “opción” de una asignatura obligatoria sí la regulaba como una asignatura evaluable y que hacía media en el expediente académico a todos los efectos. Lo mismo sucederá cuando comience a aplicarse la LOMCE con la asignatura de Ética como alternativa.

2. LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN CATÓLICA Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Tras haber detallado cómo está prevista la enseñanza de la religión católica en los centros educativos, vamos a analizar su idoneidad a la luz del derecho a la libertad religiosa y los derechos del ámbito educativo recogidos en nuestra Constitución y que han sido objeto de estudio en los capítulos precedentes.

⁸⁴⁷ STS de 31 de enero de 1997, FJ 3. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional, que inadmitió el recurso de amparo interpuesto contra esta sentencia (ATC 40/1999).

2.1. La asignatura de religión católica y la libertad religiosa

En relación con el derecho a la libertad religiosa, ya hemos señalado que la previsión de que sean los padres los que realicen la opción hasta que éstos sean mayores de edad contraviene el derecho a la libertad religiosa de los menores cuando éstos han adquirido una madurez suficiente como para tomar sus propias decisiones en la materia, pues puede suponer que se vean obligados a asistir a una clase con un fin adoctrinador en contra de sus propias creencias⁸⁴⁸, de hecho, creemos que este conflicto es mucho más problemático en aquellos casos en los que los padres hayan optado por la asistencia a la clase de religión, pues ésta es la que tiene el carácter adoctrinador, del que carece la asignatura alternativa. A este respecto, no puede resultar irrelevante que sea el propio Estado el que propicie tal situación, olvidándose de la protección de los más vulnerables.

Por otro lado, algunos autores han planteado que la regulación que acabamos de analizar podría contravenir el artículo 16.2 CE por suponer que los padres deban de manifestarse sobre sus creencias para indicar si desean que sus hijos asistan o no a la asignatura de religión. El problema se plantea especialmente cuando el ordenamiento prevé que los padres deban de optar expresamente por cursar o no la enseñanza confesional⁸⁴⁹.

En primer lugar debemos aclarar que no podemos estar de acuerdo con lo que manifiesta GARCIMARTÍN MONTERO para quien

⁸⁴⁸ Ya dijimos que entendemos que, a pesar de que el artículo 2.1 c) LOLR disponga que los padres decidirán la educación religiosa de sus hijos menores de edad no emancipados, tal afirmación actualmente no puede entenderse en su literalidad, sino que exige una interpretación acorde al derecho a la libertad religiosa del menor y que por tanto deje en manos de éste tal decisión cuando sea maduro.

⁸⁴⁹ Esto es lo que parece suceder en las primeras regulaciones, en las que se establece que los padres tendrán que elegir entre una u otra materia.

“los padres no necesitan hacer ninguna declaración sobre sus creencias; simplemente manifiestan su voluntad de que sus hijos reciban clases de religión, con independencia de cuáles sean sus creencias o afiliación religiosa”⁸⁵⁰

Ciertamente, no necesariamente todos los padres católicos optarán por esta materia, e incluso podría haber casos en los que algunos que no lo sean, en cambio, opten por que sus hijos asistan a tal asignatura. Ahora bien, dado que esta enseñanza tiene un contenido confesional y un fin adoctrinador, es lógico pensar que los padres entiendan que se les está preguntando sobre si son o no católicos, o al menos, si quieren que sus hijos lo sean, y recordemos que esto fue considerado por el TEDH suficiente para entender vulnerado el derecho aludido⁸⁵¹.

El Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esto a raíz del RD 2438/1994, y sostuvo que no se producía una vulneración del derecho constitucional porque la elección es voluntaria, pues si faltase la manifestación de los padres de si optan o no por la enseñanza religiosa, cursarán la alternativa, dado que ésta se prevé “para los alumnos que no hubiesen optado por seguir enseñanza religiosa”, con lo que

“se consigue eliminar el carácter imperativo de la elección, que es lo que proscribía el precepto constitucional aludido”⁸⁵²

Sin embargo, como hemos mencionado, una sentencia del Tribunal Supremo reciente nos hace plantearnos si esta doctrina se ha modificado, pues declaró contraria a derecho una normativa que

⁸⁵⁰ GARCIMARTÍN MONTERO, Carmen: “Educación en el estado laico: ¿de quién es el derecho?”, en POLO SABAU, José Ramón (dir.): *Anuario de Derecho a la educación*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 83.

⁸⁵¹ Caso *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007, § 98.

⁸⁵² STS de 14 de abril de 1998, FJ 7.

preveía expresamente que en caso de que los padres no indicasen si querían o no que sus hijos cursaran religión se les adscribiría a la alternativa afirmando:

“Tampoco puede entenderse que se afecte al derecho a no declarar sobre las propias creencias, pues en la tesis que sustenta la parte, cualquiera que fuera la presunción por la que se optara, se afectaría en uno u otro sentido”⁸⁵³

Ahora bien, esta sentencia hace referencia a la normativa de centros privados (y privados concertados), por lo que pensamos que no se ha producido un cambio de parecer respecto a la sentencia de 1998, sino que esta nueva resolución se aplicaría exclusivamente en relación con los centros de titularidad privada⁸⁵⁴.

Así pues, entendemos que la legislación actual permite que los padres no manifiesten sus propias creencias, y mientras esto sea así la normativa será respetuosa con el artículo 16.2 CE.

Efectivamente, siempre que la manifestación de las creencias paternas no sea obligatoria no creemos que pueda entenderse que se produce la vulneración de este derecho, pues, como ya vimos al analizar el precepto, con él no se impide que se pregunte al respecto sino sólo que no se esté obligado a responder.

En relación con los padres que sí optan por que sus hijos cursen esta materia (y que por tanto sí habrán declarado sus creencias) tampoco se producirá vulneración de este derecho, pues como señaló el

⁸⁵³ STS de 12 de abril de 2012, FJ 5.

⁸⁵⁴ Ahora bien, incluso limitando la decisión a los centros privados, nos parece criticable, pues el Tribunal no tiene en cuenta que entre estos se encuentran los centros concertados en los que habrá niños que se hayan visto obligados a matricularse en ellos por no haber plazas suficientes en centros de titularidad pública, y no porque compartan el ideario del centro. Así, el requerimiento continuado que exigiría esta sentencia nos parece contrario al derecho a no declarar sobre las propias creencias.

Tribunal Constitucional la renuncia al derecho a no declarar para extraer consecuencias jurídicas no vulnera el artículo 16.2 CE⁸⁵⁵.

Así pues, si bien entendemos que con la cuestión sobre si se quiere o no cursar la asignatura de religión católica se está preguntando sobre las propias creencias religiosas (o que al menos puede ser así interpretado por los padres), no consideramos que con ello se vulnere el derecho reconocido en el artículo 16.2 CE, siempre que los padres tengan, como en la actualidad, la posibilidad de no contestar.

Donde se encuentra el principal problema de encaje constitucional de la regulación estudiada con el artículo 16 CE es, a nuestro juicio, en relación con el principio de aconfesionalidad del Estado, principio que, como se vio, define la actitud del Estado ante el fenómeno religioso y que debe estar presente en todas las actuaciones de los poderes públicos, sin que la esfera educativa pueda ser una excepción.

Al incluir en el currículo académico la enseñanza de una religión con un contenido confesional el Estado está mostrando un interés en que los niños católicos –y sólo éstos– tengan conocimiento y reciban la doctrina de su religión, hasta el punto de que la evaluación que se obtenga en esta materia, el conocimiento que se adquiriera de la propia fe, tiene reflejo en las calificaciones de los alumnos e incluso hace media en el expediente académico (por más que en ocasiones se excluya), y es que

⁸⁵⁵ Así lo estableció en la STC 160/1987, FJ 5, en la que declaró conforme a la Constitución exigir una declaración de quien quisiera ejercer su derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, e incluso que se pudiese requerir ampliación de los razonamientos. Esta doctrina nos parece plenamente aplicable al tema aquí tratado, pues la única manera de que los padres que quieran que sus hijos reciban esta formación puedan hacerlo efectivo es comunicándolo.

“la obligada incompetencia estatal en este ámbito hace que las aptitudes mostradas por los alumnos en lo referido a su formación religiosa hayan de ser desde todos los puntos de vista indiferentes para el Estado”⁸⁵⁶

Este interés e importancia otorgada por los poderes públicos choca frontalmente con las exigencias del Estado aconfesional, que exige la no confusión de las esferas estatal y eclesiástica y la neutralidad de los poderes públicos ante las creencias religiosas.

El hecho de que la asignatura no sea obligatoria no impide el conflicto expuesto, pues lo relevante es que el Estado incluya, siquiera sea para los alumnos católicos, una asignatura confesional católica entre las enseñanzas mínimas que deban recibir a lo largo de su formación educativa.

Así, coincidimos plenamente con LLAMAZARES FERNÁNDEZ, quien sostiene que

“el principio de laicidad impide que esa enseñanza, así entendida, pueda considerarse incluida como parte integrante del sistema educativo en tanto que competencia del Estado, ni puede ser evaluada por el Estado con efectos académicos civiles. Lo uno y lo otro incurrirían en confundir sujetos, actividades, y fines de la Iglesia y del Estado”⁸⁵⁷

Confusión que, si cabe, se ve acentuada en los centros públicos, dado que entre los profesores que deben de respetar el principio de neutralidad (como veremos a continuación) se incluyen profesores que, por definición, no deben ser neutrales, pues precisamente serán contratados para impartir una materia exenta de neutralidad y que

⁸⁵⁶ VÁZQUEZ ALONSO: Víctor J.: *op cit*, p. 565.

⁸⁵⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad...”, *op cit*, p. 68.

persigue el adoctrinamiento, aunque a los ojos de los alumnos serán, a todos los efectos, un profesor más del centro. Tal y como señala VÁZQUEZ ALONSO entendemos que

“el Estado puede legítimamente cooperar (...) pero lo lógico, desde el punto de vista de la separación, es que en ningún caso quienes se encarguen de estas enseñanzas puedan ser empleados directos del Estado”⁸⁵⁸

Frente a aquellos autores que presentan la asignatura como ejercicio del principio de cooperación (que sin duda lo es), baste aquí remitirnos a lo que ya se dijo sobre la relación entre el principio de aconfesionalidad y el de cooperación⁸⁵⁹, conforme al cual éste estará siempre subordinado al primero, no pudiendo a través de la cooperación adoptarse medidas que supongan la confusión de funciones del Estado y de la Iglesia. Por tanto, este ejercicio del mandato de cooperación no será legítimo por contravenir los principios constitucionales a los que está sometido.

Por último, debemos de hacer referencia al principio de igualdad y no discriminación, dado que se dispone una diferenciación clara, pues sólo los católicos pueden optar a recibir la formación de su religión dentro del sistema educativo y con reflejo en su expediente académico. Así, compartimos las palabras de POLO SABAU cuando establece

“el menoscabo del valor de la igualdad y de su concreción en la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 del texto fundamental es, en mi opinión, indudable”⁸⁶⁰

Y es que el hecho de que sólo se prevea como materia curricular a la religión católica, y no se abra tal posibilidad a todas las

⁸⁵⁸ VÁZQUEZ ALONSO: Víctor J.: *op cit*, p. 582.

⁸⁵⁹ Véase Capítulo I, epígrafe III.3.

⁸⁶⁰ POLO SABAU, José Ramón: “La enseñanza de la religión...”, *op cit*, p. 15.

confesiones⁸⁶¹ supone una discriminación por razón de religión, dado que a una se la reconocen más derechos y más prestaciones por el Estado que a las otras.

Por otro lado, aunque el Tribunal Supremo haya considerado que no es así, creemos que también debe de indicarse la discriminación que sufren aquellos alumnos que optan por no asistir a la enseñanza de religión católica y que por tanto se ven obligados a cursar una materia que el Estado considera inútil, pues la negativa a recibir la formación católica, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, les supone una “penalización”, al deber permanecer en el centro sin que esto sea un requisito indispensable para que sus compañeros puedan recibirla.

Para finalizar, debemos recordar que el hecho de que no se incluyese esta asignatura en el currículo académico no supondría ninguna vulneración del derecho de los padres (o de sus hijos) a la libertad religiosa, puesto que, como hemos dicho, si bien el artículo 2.1 c) LOLR reconoce el derecho a formar a los menores respecto a las convicciones religiosas, tal derecho no implica su inclusión como una asignatura más del sistema educativo, pues ello supondría otorgarle una naturaleza prestacional de la que carece.

La regulación de la asignatura de religión católica supone la conversión de un derecho de libertad en uno prestacional, pues el Estado no se limita a permitir que la Iglesia Católica forme a sus creyentes, sino que integra su enseñanza en el sistema académico y la finanza.

⁸⁶¹ Si bien las leyes se refieren también a “otras confesiones con acuerdo”, como ya vimos el régimen previsto para estas es muy diverso al de la Iglesia Católica.

2.2. *La asignatura de religión católica y los derechos del ámbito educativo*

Como vimos, son varios los aspectos educativos vinculados con la cuestión ideológica: los fines de la educación, la neutralidad de los centros públicos, el ideario de los centros privados o la libertad de cátedra de los profesores.

Debemos de recordar que los fines de la educación previstos en el artículo 27.2 CE rigen para todo el proceso educativo, luego también la asignatura de religión católica está condicionada por este precepto. Ello implica que si bien será la Iglesia la competente para establecer el contenido de la asignatura de religión así como para determinar los materiales didácticos y libros de texto que puedan utilizarse, éstos podrán ser supervisados por el Estado para garantizar que efectivamente se respeta lo previsto en ese apartado.

Recordemos que este precepto se refiere al desarrollo de la personalidad y al respeto de los principios democráticos y los derechos fundamentales. Dado que uno de los derechos es el de libertad religiosa, y que, como vimos, el principio de aconfesionalidad es una consecuencia del reconocimiento del mismo, atendiendo a lo que acabamos de ver en el apartado anterior, es cuestionable hasta qué punto es respetuoso con el enunciado del artículo 27.2 CE la impartición de una asignatura confesional de una determinada religión en centros públicos o la obligación establecida a los centros privados – incluidos los no católicos– de impartirla⁸⁶².

Por otro lado, como señalamos al referirnos al artículo 27.2 CE, algunos autores entienden –cuando hablamos de menores de edad– que el “pleno desarrollo de la personalidad” incluye la “libre formación de la

⁸⁶² En este mismo sentido, véase SOLAZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: *op cit*, p. 144.

conciencia”⁸⁶³, con lo que la inclusión de una materia confesional y adoctrinadora podría impedir la consecución de este fin educativo y por tanto llevarnos a cuestionar si el sistema educativo (o parte del mismo) contraviene el objeto del derecho a la educación constitucionalmente establecido.

Centrándonos ahora en la impartición de la asignatura en los centros docentes públicos debemos observarla desde la perspectiva del principio de neutralidad de dichos centros que, como se dijo, implica la prohibición de todo tipo de adoctrinamiento a los alumnos o la prohibición de manifestar cualquier preferencia religiosa por los docentes.

Sin embargo, con la configuración de la asignatura confesional católica

“estamos, en efecto, ante una enseñanza religiosa que se caracteriza por su confesionalidad, por la necesidad de transmitir, incorporado al conocimiento de la misma, un mensaje o doctrina, con una valoración positiva del mismo, que implica lo que conocemos como adoctrinamiento”⁸⁶⁴

Esta vulneración del deber de neutralidad de los centros públicos se produce al integrar en un centro que debe ser neutral un componente de adoctrinamiento y un profesor, en apariencia similar a los demás –al menos para los alumnos– pero que no está sujeto a dicha neutralidad, dado que su función reside, precisamente, en la enseñanza de un dogma.

El hecho de que no sea una asignatura obligatoria no impide el conflicto expuesto, pues aunque no sea una materia que cursen todos

⁸⁶³ Así vimos que lo consideraba, entre otros, VALERO HEREDIA, Ana: *op cit*, p. 160.

⁸⁶⁴ CUBILLAS RECIO, Luis Mariano: *Enseñanza confesional...*, *op cit*, p. 74.

los alumnos, seguirá estando presente el factor distorsionador de la neutralidad en el centro.

Así pues, al situar en el mismo plano que las demás materias una asignatura confesional se contraviene el principio de neutralidad de los centros educativos públicos⁸⁶⁵.

Por su parte los centros privados, como vimos, tienen derecho a establecer un ideario que podría establecer una ideología, religiosa o no, del centro, con lo que nos parece también conveniente analizar dicha asignatura en relación con este derecho. Para ello, lo primero que debemos recordar es que la normativa prevé esta asignatura como cualquier otra del sistema educativo, es decir, que todos los centros deberán de incluirla entre las materias ofertadas, indistintamente de su ideario.

Esto se confirma al acudir al AEAC, en cuyo artículo II se dispone que la asignatura deberá impartirse en *todos* los centros, sin hacer distinción alguna en cuanto a la naturaleza de los mismos, cosa que sí hace en otros preceptos, como el que se refiere a los profesores (art.III).

Si la libertad de enseñanza incluye el derecho a establecer el propio ideario y a actuar conforme al mismo, no puede entenderse cómo el Estado obliga a introducir entre las enseñanzas impartidas por el centro una asignatura adoctrinadora, que puede ser contraria al ideario del centro. Por supuesto, este conflicto se da en relación con los centros no católicos, bien porque tengan un ideario de otra confesión, bien porque sean laicos. Aunque es posible que en la práctica no se dé el problema, puesto que es previsible que los padres que opten por estos centros no van a exigir la adscripción de sus hijos a la asignatura confesional, ello no obsta para que debamos señalar aquí la

⁸⁶⁵ SOUTO GALVÁN, Beatriz: *op cit*, p. 282.

contradicción de la regulación de esta asignatura con el derecho a la libertad de enseñanza.

Por otro lado, debe hacerse una especial mención a los centros privados concertados. Como vimos, estos son centros privados que, para cubrir las necesidades de escolarización, son financiados por el Estado, con lo que algunos alumnos pueden ser adscritos a los mismos cuando no haya plazas suficientes en los centros de titularidad pública.

En relación con el derecho a establecer un ideario, resulta irrelevante el que se trate de un centro financiado con fondos públicos, pues dicha financiación, como dijimos, no implica una limitación al derecho a la libertad de enseñanza, con lo que se entiende que el problema es idéntico al planteado en relación con los centros privados que no reciben dicha financiación.

Ahora bien, nos parece que debemos hacer una breve referencia a los centros concertados católicos, en los que conforme al ideario podría incluirse una asignatura confesional católica, y dado que algunos alumnos pueden haberse visto obligados a acudir a los mismos a pesar de que sus padres no compartan el ideario del centro, tal enseñanza no podría tener carácter obligatorio, pues ello contravendría los artículos 16 y 27.3 de la Constitución. Así pues, posiblemente sea en este caso de colegios privados confesionales⁸⁶⁶ donde tenga sentido la inclusión de un régimen de alternativa que permitiese salvaguardar el derecho a la libertad de enseñanza del centro y los derechos paternos.

En último término nos referiremos al derecho a la libertad de cátedra de los profesores de religión. El hecho de que su elección se deba precisamente a sus creencias, y que su función sea la de

⁸⁶⁶ Creemos que esto no se limitaría a los católicos, sino a todas aquellas materias incluidas por los centros que no fuesen neutrales y que por tanto pudiesen contravenir los derechos paternos cuando estos se viesen obligados a inscribir a sus hijos en tales centros.

transmitir una fe, con un claro componente adoctrinador, hace que no podamos aplicar a estos docentes lo que se dijo con carácter general respecto a esta libertad. Los profesores de religión no impartirán sus clases de acuerdo con el principio de neutralidad y las opiniones que manifiesten deberán de estar condicionadas al respeto (e incluso promoción) de la doctrina y fe católica.

Así, en los centros públicos no se les puede exigir neutralidad, pues la materia que imparten carece de los elementos de objetividad y sujeción a la discusión que se pueden predicar de los demás contenidos del currículo académico.

En el caso de centros privados, en cambio, puede suceder que precisamente las manifestaciones que realicen en el aula sean contrarias al ideario del centro, en caso de que éste no sea católico, al contrario de lo que se exige a los demás profesores en este tipo de centros.

Por tanto, podemos decir que la libertad de cátedra de los profesores de religión, indistintamente del centro en el que presten sus servicios, se asemejaría con la de un profesor que trabaja en un centro católico y que, por tanto, debe de respetar el ideario de ese centro –en este caso, de la confesión–. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha ido más allá afirmando que no sólo deberán “respetar” el ideario religioso, pues

“El que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituya la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite, puede, con toda probabilidad, implicar un conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia, comenzando por la implícita

de que quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe”⁸⁶⁷

Es decir, a los profesores de religión se les exigirá un compromiso mucho mayor con el ideario católico que el que vimos era exigible para los demás profesores de los centros privados.

IV. LA ENSEÑANZA DE RELIGIÓN DE LAS CONFESIONES CON ACUERDO

Como ya se apuntó, actualmente, además de la Iglesia Católica las otras confesiones con acuerdo con el Estado y que, por tanto, tienen reconocida la posibilidad de impartir enseñanza sobre su confesión en centros docentes son: judíos, islámicos y evangélicos. Ahora bien, ya dijimos que la regulación de la Iglesia Católica y de las otras confesiones con acuerdo es diversa, por lo que en este epígrafe analizaremos de forma más detallada los diversos elementos de la enseñanza de estas otras religiones, para poder apuntar qué elementos la diferencian de la asignatura de religión católica ya analizada. Tras esto, estudiaremos el encaje de tal regulación con el derecho a la libertad religiosa y los derechos del ámbito educativo, para ver si la diversa regulación supone también distintas consecuencias en relación con éstos.

1. REGULACIÓN DE LA ENSEÑANZA DE LAS CONFESIONES CON ACUERDO

La regulación de la enseñanza de las confesiones con acuerdo – diversas a la católica– en el sistema educativo la encontramos en los acuerdos suscritos entre el Estado y las confesiones y en la normativa educativa, que desde la LOGSE ha hecho referencia a ella.

⁸⁶⁷ STC 38/2007, FJ 10.

En lo que a la enseñanza se refiere, los acuerdos de 1992 fueron desarrollados para las confesiones evangélica e islámica por los Convenios de 12 de marzo de 1996 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 Secundaria⁸⁶⁸. Convenios que, como ya había sucedido en 1992, eran de contenido idéntico. En la práctica ha funcionado mejor el de los evangélicos⁸⁶⁹, debido a las disidencias internas que dificultan la elección del profesorado islámico⁸⁷⁰.

Puesto que los judíos de momento no han desarrollado la posibilidad de impartir enseñanza de religión en los centros docentes⁸⁷¹, nos referiremos en exclusiva a la regulación de evangélicos e islámicos.

⁸⁶⁸ Publicados como anexos de resoluciones del 23 de abril de 1996 (BOE, núm. 107, de 3 de mayo de 1996, y núm. 108, de 4 de mayo de 1996).

⁸⁶⁹ La enseñanza religiosa evangélica se imparte en todas las Comunidades Autónomas excepto en la Comunidad Valenciana, La Rioja, País Vasco y en Ceuta y Melilla; en el curso académico 2012/2013 la han recibido unos diez mil alumnos en quinientos centros (según datos ofrecidos por Margarita GARCÍA ROMERO, Responsable de la Consejería de Enseñanza Religiosa de FEREDE, coordinadora de la formación de Diaconía y Consejera de Enseñanza del Consejo Evangélico de Madrid, en una entrevista publicada el 9 de septiembre de 2012 en <http://www.protestantedigital.com/ES/Magacin/articulo/4963/Margarita-g-romero-y-la-ensenanza-religiosa> [consultado el 27 de agosto de 2013]). En cambio, la enseñanza de religión islámica sólo se imparte en cuatro Comunidades Autónomas, Andalucía, Aragón, Canarias y País Vasco, y en Ceuta y Melilla, con lo que precisamente donde residen más familias musulmanas –Cataluña, Madrid y Murcia– carecen de profesorado para esta enseñanza. Así, “el 90% de los 223.000 niños musulmanes que viven en nuestro país no tiene la posibilidad de estudiar su religión en el colegio” (según información recogida en el artículo periodístico de Patricia DE BLAS GASCA “Religión en las aulas”, publicado en <http://www.aragondigital.es/noticia.asp?notid=108154>, [consultado el 27 de agosto de 2013]).

⁸⁷⁰ BENASULY, Alberto: “Asistencia religiosa, alimentos y festividades en los acuerdos de cooperación de 1992”, en GONZÁLEZ RIVAS, Juan José (dir.): *Pluralismo religioso y Estado de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 351-352.

⁸⁷¹ Los judíos reclaman que se potencien las escuelas parroquiales como vehículo idóneo para la formación religiosa de los menores (SOUTO GALVÁN, Beatriz: *op cit*, p. 280).

1.1. El artículo 10 de los Acuerdos de 1992

Vamos a comenzar analizando lo que disponen los cuatro primeros apartados del artículo 10⁸⁷² de los Acuerdos de 1992 sobre la enseñanza religiosa en los centros docentes de niveles de educación infantil, primaria y secundaria, dado que se configuran como punto de partida en la regulación de la enseñanza de estas otras confesiones.

El primer apartado establece el reconocimiento general del derecho a recibir esta enseñanza, quién puede solicitarlo y los centros en los que deberá de prestarse:

“A fin de dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 27.3 de la Constitución, así como en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, y en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, 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 evangélica 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”

Así, lo primero que llama la atención es quién puede pedir la impartición de esta enseñanza: los alumnos, los padres o los órganos de gobierno de los centros. La inclusión de los alumnos hace que este precepto sea respetuoso con la libertad religiosa de los menores, al no necesitar que sean sus padres los que reclamen esta enseñanza si ellos ya son lo suficientemente maduros como para hacerlo por ellos mismos. En cuanto a la referencia que se hace a los propios centros, debe

⁸⁷² Dejamos así al margen los dos últimos apartados de este precepto por alejarse de nuestro objeto de estudio, al referirse a las Universidades (apartado 5) y a la creación de centros docentes (apartado 6).

entenderse que la facultad de éstos está condicionada igualmente a las solicitudes de los alumnos (o sus padres), así, señala DE DIEGO-LORA:

“Es prudente pensar que el precepto sólo pretende garantizar ese derecho a los órganos escolares de gobierno en la medida misma que esas escuelas tengan alumnos cuyos padres deseen tal tipo de enseñanza religiosa. Pero no les corresponde gozar de la garantía que se describe en el precepto si los órganos escolares, al margen de las necesidades de los alumnos, aspiran a que se introduzca tal enseñanza religiosa específica en sus escuelas”⁸⁷³

Efectivamente, este es un derecho individual, por lo que la petición del centro sólo se fundamenta en base a que efectivamente haya alumnos que deseen recibir esta formación.

En segundo lugar, debemos de llamar la atención respecto a los centros en los que podrá recibirse esta formación: los públicos y los privados concertados en los que no lo impida el ideario. Es decir, a diferencia de lo que sucede con la enseñanza de religión católica, que debe de impartirse en todos los centros docentes, tanto públicos como privados y con independencia de lo que se disponga en el ideario, la enseñanza de estas confesiones no se podrá solicitar en todos los centros docentes.

Como vimos en el epígrafe anterior, esta exclusión de los centros privados en los que tal enseñanza pueda entrar en conflicto con su ideario nos parece mucho más respetuosa con la libertad de enseñanza prevista por la Constitución. Ahora bien, la no previsión de que se imparta en los centros privados en los que no entre en conflicto con su ideario creemos que debe de interpretarse en el sentido de que no podrá solicitarse por los padres o los alumnos, pero no impide que un centro

⁸⁷³ DIEGO-LORA, Carmelo de: “La enseñanza religiosa escolar después de los Acuerdos de 1992 con federaciones religiosas no católicas”, en *Ius Canonicum*, vol. XXXIII, núm. 65, 1993, p. 100.

pueda decidir incluirlo entre las materias impartidas en el mismo, precisamente porque éstas sean parte de su ideario.

Respecto al profesorado de estas enseñanzas, el apartado segundo establece que será designado por las propias confesiones:

“La enseñanza religiosa evangélica será impartida por profesores designados por las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la conformidad de ésta”

Así pues, con esta regulación dependerían de la confesión tanto en relación con su nombramiento como con el coste, pues no se establece ninguna obligación de financiación de este profesorado por parte del Estado.

Igualmente es competencia de las confesiones establecer el contenido que deba impartirse o los libros de texto que puedan utilizarse, tal y como se establece en el punto tercero:

“Los contenidos de la enseñanza religiosa evangélica, así como los libros de texto relativos a la misma, serán señalados por las Iglesias respectivas con la conformidad de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España”

Como ya dijimos al analizar la enseñanza de la religión católica, esta competencia, como la de designar a los profesores, tiene como causa el que el Estado se defina como aconfesional y por tanto sea incompetente para determinar qué personas son idóneas para impartir esta enseñanza o cuáles son los contenidos que deben de estudiar los alumnos⁸⁷⁴. Ahora bien, sí podrán supervisar que tales contenidos respeten los principios y valores constitucionales, pues no deja de ser

⁸⁷⁴ Como ya vimos, esto ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional, en la STC 38/2007, FJ 9.

una materia que se imparte en el entorno escolar y, por tanto, es de aplicación el artículo 27.2 CE⁸⁷⁵.

El currículo de la enseñanza religiosa evangélica se publicó en la Orden de 28 de junio de 1993⁸⁷⁶, mientras que el de la islámica, debido a los problemas internos de la federación, se demoró unos años, publicándose en la orden de 11 de enero de 1996⁸⁷⁷. Los judíos de momento no han publicado su currículo, por lo que no se imparte esta materia⁸⁷⁸.

Por último, nos referimos al apartado 4, que es el que de modo más claro define el modelo al que se corresponde la enseñanza prevista en este artículo y establece:

“Los centros docentes públicos y los privados concertados a que se hace referencia en este artículo deberán facilitar los locales adecuados para el ejercicio de aquel derecho en armonía con el desenvolvimiento de las actividades lectivas”

Así, el sistema previsto en estos acuerdos se corresponde con el sistema de libertad de acceso, pues en ellos los poderes públicos sólo se comprometen a la cesión de los locales (las aulas de los centros docentes).

Ya hemos adelantado que esta enseñanza no se configura como una asignatura del sistema educativo, lo que queda evidenciado con

⁸⁷⁵ No obstante, entendemos que esta supervisión será menor que la de la asignatura de religión católica, en cuanto no es una materia del currículo académico.

⁸⁷⁶ *BOE*, núm. 160, de 6 de julio de 1993.

⁸⁷⁷ *BOE*, núm. 16, de 18 de enero de 1996.

⁸⁷⁸ Ciertamente, esto puede resultar llamativo si tenemos en cuenta que los judíos fueron una de las tres confesiones minoritarias que se acogieron al sistema de las órdenes de 1980.

este precepto que se refiere explícitamente a la no interferencia de esta enseñanza con las “actividades lectivas”⁸⁷⁹.

Así, el Estado con estos acuerdos se obligaba a que al finalizar el horario lectivo estas confesiones pudiesen acceder a los centros educativos para impartir su enseñanza a los alumnos que así lo desearan. Por tanto, no se plantea problema alguno en relación con los alumnos que no cursen estas enseñanzas, pues al producirse una vez finalizado el horario escolar no es necesario plantear ninguna materia alternativa⁸⁸⁰.

Por otro lado, en relación con la evaluación de esta asignatura, lo primero que debe de tenerse en cuenta es que, al no incluirse como materia del currículo académico, su calificación –si es que la hay– no tendrá reflejo en el expediente académico de los alumnos y por tanto no computará en las medias de éstos. En los Acuerdos no se dispone nada respecto a la evaluación de esta enseñanza, pero sí en las Órdenes que publican los contenidos de las enseñanzas. En el caso de la religión evangélica se establece que dado

“lo incongruente que resultaría –con la naturaleza y los objetivos de dicha enseñanza– reducir la evaluación a una calificación cuantitativa, el aprendizaje de los alumnos en este área ha de evaluarse considerando el valor que dichos aprendizajes han tenido para mejorar la vida de los alumnos y no según parámetros de éxito-fracaso en la superación de pruebas de evaluación.

Es por ello que se recomienda que la evaluación –mucho más allá que limitarse al hecho de «poner nota» a los alumnos– se entienda

⁸⁷⁹ Así lo entiende también MANTECÓN SANCHO, Joaquín: “Acerca de la enseñanza religiosa de las confesiones minoritarias”, en ALENDA SALINAS [et al.]: *Estudios en homenaje al Profesor Martínez Valls*, vol. I, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, p. 423.

⁸⁸⁰ El hecho de que no se imparta a la vez que la religión católica supone que estos niños deberían de optar por la enseñanza alternativa a la religión católica, además de cursar esta enseñanza una vez finalizado el horario lectivo.

como todo un proceso de recogida de información sobre el curso del aprendizaje seguido, del que se haga partícipe al alumno, tanto como 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 la evaluación de la Enseñanza Religiosa Evangélica deben participar los alumnos y sus padres. Es conveniente que los resultados de la evaluación –expresados personalmente y no necesariamente de modo cuantitativo– sean comunicados también a los propios alumnos y a sus padres, con el propósito de que puedan contribuir al desarrollo personal, espiritual y social de los alumnos”

Respecto a la enseñanza islámica, por su parte, se dispone:

“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”

Así pues, en ambos casos se opta por un sistema diverso al establecido con la Iglesia Católica en el que, además de contar en el currículo académico, se califica con una nota numérica⁸⁸¹. Al contrario, estas confesiones optan por una evaluación dirigida a informar a los padres y a los propios alumnos sobre su rendimiento, e incluso a los profesores a fin de que vayan adaptando sus enseñanzas si fuese necesario.

Así pues, el modelo que se adopta en 1992 con las otras confesiones dista de ser el de integración orgánica asumido con la Iglesia Católica e incluso inicialmente previsto para todas las

⁸⁸¹ O precisamente por esto, pero en cualquier caso es importante subrayar que la Iglesia Católica siempre se ha mostrado interesada en que su calificación tuviese reflejo en el expediente académico de los alumnos, e igualmente que tuviese un peso específico.

confesiones, conforme a las Órdenes de 1980. Con el modelo de libertad de acceso la implicación del Estado con la enseñanza de estas confesiones es mucho menor.

1.2. Los convenios de 1996

Para poder poner en funcionamiento la enseñanza religiosa de estas confesiones en los centros docentes, y de acuerdo con lo que se establece en la disposición final única de los Acuerdos de 1992, en 1996 se firmó con los evangélicos y los islámicos un convenio sobre la designación y régimen económico de este profesorado.

En dichos convenios se establecía que al inicio de cada curso escolar la administración educativa informaría a las confesiones de las solicitudes de alumnos que desearan recibir esta enseñanza. La confesión comunicaría a la Administración⁸⁸² las personas idóneas para realizar esta función y quién sería el encargado de impartir dicha enseñanza en cada centro y curso escolar⁸⁸³.

Además del procedimiento de nombramiento, estos convenios prevén que, en determinadas circunstancias el Estado correrá con su financiación, tal y como se establece en su cláusula octava:

“A fin de garantizar la efectividad de lo dispuesto en este Convenio – y sin perjuicio de lo establecido en la cláusula anterior –, el Estado compensará económicamente a las iglesias Evangélicas por los servicios prestados por las personas que imparten Enseñanza Religiosa Evangélica en los correspondientes centros docentes públicos del Estado español, en los niveles de Educación Primaria y

⁸⁸² La Administración competente será en este caso la autonómica, por englobarse en las competencias de ejecución.

⁸⁸³ La selección podría recaer en un maestro de un centro público que tenga alumnos que quieran recibir esta enseñanza. En este caso, sería directamente retribuido por la administración competente.

Educación Secundaria, optimizando las condiciones de impartición de dicha enseñanza, según lo que se establece a continuación:

1) Los alumnos y alumnas del mismo nivel educativo que, en un mismo centro, soliciten la Enseñanza Religiosa Evangélica, serán agrupados para recibir esta enseñanza. En este caso, el número de alumnos por grupo no será mayor que el establecido por la normativa vigente para la correspondiente etapa.

2) En el caso de que al aplicarse lo dispuesto en el apartado anterior, el grupo formado sea inferior a diez, se agruparán los alumnos y alumnas de diferentes niveles educativos de una misma etapa que, en un mismo centro, hubiesen solicitado recibir la Enseñanza Religiosa Evangélica.

3) La hora de clase de Enseñanza Religiosa Evangélica será compensada económicamente por el Estado cuando el número de alumnos a que se imparta, una vez aplicado lo acordado en los apartados 1 y 2 de esta cláusula, sea igual o superior a diez. El importe económico, por cada hora de Enseñanza Religiosa Evangélica, tendrá el mismo valor que la retribución real, por hora de clase, de cualquier materia impartida por un profesor interino del mismo nivel”

Es decir, los convenios prevén la posibilidad de agrupar a los alumnos de distintos niveles para recibir esta enseñanza y cuando haya un mínimo de diez alumnos será el Estado el que corra con los gastos de dicha enseñanza.

Ahora bien, tal y como se establece en las cláusulas séptima y novena, el Estado no asume ninguna relación con dichos profesores, que dependerán de las confesiones que les hayan nombrado y, por tanto, cuando se den las condiciones que supongan que sea el Estado el que corra con los gastos, éste transferirá el dinero a las confesiones y no a los profesores que hayan impartido dicha enseñanza.

Como han señalado algunos autores, con estos convenios se modificó el modelo de enseñanza religiosa que se había acordado en

1992. Y es que no sólo se vio afectada la implicación del Estado en cuanto a la financiación de los docentes, sino que en la práctica tal intervención supuso que esta enseñanza pasase a incluirse dentro del horario lectivo, si bien sin computarse su evaluación.

La problemática que, desde nuestro punto de vista, genera esa inclusión en el horario escolar la detallaremos en el próximo apartado, al analizar la normativa actual.

Por último, nos parece relevante hacer alusión a lo establecido en la cláusula sexta, en la que se dispone:

“Las autoridades designadas por cada Administración educativa y los respectivos Consejos Provinciales de la Enseñanza Religiosa Evangélica adoptarán las medidas oportunas para conseguir los objetivos siguientes:

- 1) Que, cualquiera que sea su número, los alumnos o alumnas que lo soliciten puedan recibir la Enseñanza Religiosa Evangélica.
- 2) Que cada persona, al efecto designada para impartir la Enseñanza Religiosa Evangélica, pueda atender el mayor número posible de alumnos y alumnas que hubiesen solicitado recibirla en los diversos centros docentes de un mismo ámbito territorial”

Así pues, si bien el Estado sólo compensará a las confesiones si se llega a los diez alumnos, sí se compromete a que, aun siendo menos, en cualquier caso puedan recibir la enseñanza de estas confesiones.

1.3. La normativa educativa

Hasta aquí la normativa acordada con las confesiones, pero debe tenerse igualmente presente cómo han reconocido las leyes educativas esta enseñanza. La primera que hace alusión a la enseñanza de otras confesiones distinta a la católica es la LOGSE, si bien, dado que en el momento de su aprobación aún no se habían firmado los acuerdos de

1992, su referencia es bastante genérica y se asimila a la enseñanza religiosa católica.

La LOCE –que recordemos que no llegó a ser aplicada– establecía que la enseñanza de la religión se ajustaría a lo acordado con las confesiones, por lo que debemos entender que en caso de que se hubiese llegado a aplicar la asignatura no debería de haber sido objeto de evaluación, o que hubiese sido necesaria la firma de nuevos acuerdos que permitiesen su inclusión como materia curricular⁸⁸⁴.

En cuanto a la normativa de educación ahora vigente, la LOE se refiere a la enseñanza religiosa de otras confesiones en el segundo párrafo de su Disposición Adicional Segunda, en el que se dispone:

“La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas”

Así pues, lo primero sobre lo que debemos de llamar la atención es sobre el hecho de que la enseñanza de estas confesiones no se establece (como hace el primer punto de esta misma disposición en relación con la religión católica) como “área o materia en los niveles educativos”, lo que significa que no será incluida entre las asignaturas del currículo académico y por tanto tampoco será objeto de evaluación ni tendrá reflejo en el expediente académico de los alumnos que la cursen. Por otro lado, al referirse la ley a que la enseñanza se hará

⁸⁸⁴ Ciertamente esto genera algunas dudas, pues debe recordarse que en la LOCE se incluía la asignatura obligatoria de “Sociedad, Cultura y Religión”, con dos vertientes, una confesional y otra no confesional. Al incluirse así la enseñanza de la religión evangélica o islámica como una asignatura más y que por tanto debe de ser objeto de calificación y figurar en el ordenamiento académico, no quedaba muy claro hasta dónde llegaba ese mandamiento de “ajustarse” a lo establecido en los acuerdos.

según lo establecido en los Acuerdos, entendemos que es totalmente respetuoso con éstos.

Más problemática nos parece la Disposición Adicional Tercera, pues supone una importante novedad respecto a los docentes, dado que, tal y como vimos en el epígrafe anterior, se establece que serán contratados por el Estado (al referirse a “los profesores que impartan la enseñanza de las religiones” se incluyen tanto los de la Iglesia Católica como los de estas otras confesiones). Esto supone un cambio radical en relación con lo acordado con las confesiones, pues recordemos que conforme a lo pactado en 1996 el Estado no contrataba de forma directa y que sólo abonaba el coste en determinadas circunstancias.

Más allá de que esta nueva normativa ha implicado un cambio unilateral de regulación, su contenido nos hace plantearnos algunas cuestiones, que tampoco resuelve el Real Decreto que la ha desarrollado (696/2007), y que fundamentalmente se reconducen a si siguen o no vigentes las normas pactadas con las confesiones.

Así, comenzando por la contratación de los docentes, surge el interrogante de si el Estado contratará siempre que haya demanda a un profesor o si siguen siendo aplicables los criterios que establecían los convenios de 1996 para que el Estado estuviese obligado a compensar a las confesiones. Es decir, si contratará al docente con independencia del número de alumnos o si sólo lo hará cuando se alcancen grupos de un mínimo de diez.

Dado que no hay muchos alumnos que opten por cursar la enseñanza de estas confesiones (salvo en determinadas zonas), entendemos que la primera posibilidad puede suponer un gasto excesivo y poco proporcionado para el Estado, que se vería obligado a contratar a un gran número de profesores para un escaso número de alumnos.

La segunda posibilidad –no contratar a un docente si no hay un mínimo de diez alumnos– también nos parece problemática, al menos por dos motivos. En primer lugar, porque si se aplica lo establecido en los convenios de 1996 supondrá que, en los casos en los que en un mismo nivel sean menos de diez alumnos los que opten por la enseñanza de una de estas confesiones, se deben de juntar a alumnos de diversos niveles. Como no todos los niveles tendrán asignado el mismo horario para la enseñanza religiosa católica, esto supone que alguno deba de cursar esta enseñanza mientras sus compañeros estén dando otra asignatura curricular, y que por tanto no podrán cumplir con el currículo académico establecido por los poderes públicos, interfiriendo así en las actividades lectivas.

Por otro lado, esta segunda opción también supone la contradicción con lo establecido en la Cláusula sexta de los convenios de 1996, pues a pesar de que en ésta se establece que se procurará que todos los alumnos que lo deseen puedan recibir esta enseñanza, con esta regulación se impide que lo den si no se llega al mínimo de diez, pues sólo así se contrataría al profesor.

Esta regulación plantea una segunda duda respecto a si ha dejado de ser una materia extracurricular para impartirse dentro del horario lectivo, aunque no esté prevista como “área o materia” (es decir, se impartiría de un modo similar a la alternativa a la religión católica, dentro del horario escolar pero sin ser calificada ni constar en el expediente académico del alumno), interpretación que contradeciría lo establecido en los Acuerdos de 1992, más aún, podría suceder que no se reciba a la vez que sus compañeros están en religión católica o en la alternativa, sino en otras materias curriculares, lo que desde luego supondría que esta enseñanza no se estuviera proporcionando “en armonía con el desenvolvimiento de las actividades lectivas” y, por tanto, en clara contradicción con lo acordado en 1992.

En esta materia la actuación no está siendo clara, pues a estas dudas que surgen con la normativa estatal debemos sumar que quien debería contratar a estos profesores son las Comunidades Autónomas, con lo que su desarrollo es muy distinto de unas a otras y depende de los convenios que existan entre estas confesiones y cada una de las Comunidades Autónomas. Aparentemente, donde se está impartiendo la enseñanza de la religión evangélica y/o islámica se están contratando a profesores incluso para menos de diez alumnos, pero se juntan a los de distintos niveles para que el grupo sea la más numeroso posible (siempre sin exceder el número máximo establecido en la normativa), coincidiendo o no con la asignatura de religión católica.

Ante la falta de directrices por parte de las Comunidades Autónomas, el modo de organizar esta enseñanza depende de cada centro escolar, que actúa según sus propios criterios, bien agrupando sólo a aquellos que les coincida el horario de religión de estas confesiones con el de religión católica y alternativa, de modo que a aquellos que no les coincida no recibirán dicha enseñanza; o bien agrupándoles en todo caso, incluso si supone la pérdida de horas lectivas de otras materias⁸⁸⁵.

Por tanto, la actual regulación de la enseñanza de estas confesiones contradice en algunos aspectos lo señalado en las normas pactadas, lo que nos lleva a plantear si debe de entenderse que éstas

⁸⁸⁵ Así, los centros deberán de decidir en qué cursos coincidirá la enseñanza de estas confesiones con la asignatura de religión católica (puesto que si hay que agrupar a niños de distintos niveles será imposible que a todos les coincida) y qué materia perderán los demás, pues no se ha previsto directiva alguna en este sentido. Esto es lo que parece que viene sucediendo, al menos en algunas Comunidades Autónomas, según lo publicado en medios de comunicación. Así se cuenta, entre otros, en el artículo de 29 de mayo de 2013 “Religión en las aulas”, publicado en <http://www.aragondigital.es/noticia.asp?notid=108154>, (consultado el 27 de agosto de 2013), en el que un profesor de religión islámica de Aragón cuenta cómo en ocasiones tiene que sacar a los alumnos de clases de matemáticas, lengua o inglés.

han quedado derogadas, si bien ésta habría sido una derogación tácita, pues no se dice nada al respecto ni en la LOE ni en el RD 696/2007.

Tal y como apuntamos al referirnos al principio de cooperación, aunque las normas por las cuales se aprueban los acuerdos con las confesiones sean leyes, no puede interpretarse que tales normas puedan ser derogadas por una ley posterior, pues ello limitaría el principio de cooperación para pasar a ser una serie de decisiones unilaterales del Estado⁸⁸⁶. Pero, incluso aceptando que pudiese ser una decisión unilateral del Estado, creemos que ésta debería ser expresa y no tácita, pues lo contrario sería fuente de inseguridad jurídica.

Así pues, creemos que la LOE debe ser interpretada desde los acuerdos y convenios, de modo que sólo se contratará a los profesores en el caso de que haya un mínimo de diez alumnos y no podrá suponer interferencia con la actividad lectiva, de modo que, en su caso, deberá de impartirse esta enseñanza una vez haya concluido el horario lectivo.

2. LA ENSEÑANZA DE LAS RELIGIONES CON ACUERDO Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Tal y como hicimos en el epígrafe anterior, analizaremos ahora el encaje constitucional de la regulación de esta enseñanza en relación con el derecho a la libertad religiosa y los derechos del ámbito educativo. Ahora bien, dado que como acabamos de ver entre el modelo inicialmente previsto en los acuerdos de 1992 y el que se aplica en la actualidad hay divergencias relevantes, nos referiremos a ambos por separado.

⁸⁸⁶ ÁLVAREZ-MANZANEDA ROLDÁN, María Concepción: *op cit*, p. 133.

2.1. La enseñanza prevista en los acuerdos de 1992

Comenzaremos analizando el sistema de libertad de acceso previsto en el artículo 10 de los acuerdos de 1992.

A) El artículo 10 de los Acuerdos y la libertad religiosa

Debemos comenzar manifestando que el sistema diseñado en los Acuerdos de 1992 para la enseñanza religiosa en centros educativos nos parece plenamente respetuoso con el contenido del artículo 16 de la Constitución. En primer lugar, y dado que se hace referencia a “los alumnos”, debemos entender que en esta ocasión sí se tuvo presente la condición del menor como titular de su libertad religiosa, que ejercerá cuando tenga capacidad para ello, subsanando así deficiencias de otras regulaciones.

Respecto al deber de comunicar el deseo de recibir estas enseñanzas, además de ser una condición lógica –pues obviamente no se puede promocionar aquello que no se sabe que se quiere– ya dijimos que no contravenía el artículo 16.2 CE, dado que no existe obligación de hacer dicha comunicación.

Asimismo, con el modelo diseñado por estos Acuerdos se mantiene intacto el principio de aconfesionalidad del Estado, pues ni supone una confusión de funciones ni conlleva la pérdida de neutralidad del Estado la cesión de instalaciones fuera del horario lectivo y sin trascendencia a nivel académico, pues no debe olvidarse que la Constitución no establece una separación estricta que impida la cooperación con las confesiones.

El hecho de que sólo las confesiones con acuerdo puedan acceder a los centros educativos para impartir su enseñanza no supone una vulneración del principio de igualdad, pues ya se vio que dicho principio no impedía que el Estado llegase a acuerdos, siempre y cuando la

determinación de quiénes puedan suscribirlos se haga conforme a criterios objetivos.

En el caso concreto que nos ocupa, al tratarse de las confesiones con mayor arraigo en España, podemos entender que efectivamente se ha considerado que hay un mayor número de alumnos de estas confesiones que de las que no tienen suscritos acuerdos⁸⁸⁷, por lo que ese sería el elemento objetivo que puede justificar que con estas se permita que los alumnos se queden en el centro docente y sean miembros de la confesión los que se trasladen (y no al contrario).

Por lo que se refiere a los alumnos que no optan por cursar esta enseñanza, no se plantea inconveniente alguno, dado que ésta se da fuera del horario lectivo.

Así pues, este modelo nos parece un ejemplo de cooperación plenamente respetuosa con el contenido del artículo 16 CE.

B) El artículo 10 de los Acuerdos de 1992 y los derechos del ámbito educativo

Dado el contenido adoctrinador que tiene la enseñanza de una religión –desde una perspectiva confesional y no como hecho religioso– entendemos que los elementos del ámbito educativo que en mayor medida podrían verse comprometidos son: los fines de la educación, la neutralidad de los centros públicos, el derecho al ideario de los centros privados y la libertad de cátedra de los profesores.

En relación con los fines de la educación –establecidos en el artículo 27.2 CE– lo primero que debemos destacar es que, a pesar de que el artículo 10 del Acuerdo establece que la enseñanza religiosa no debe interferir en el horario lectivo (y por tanto entendemos que se

⁸⁸⁷ Esto se ha visto reforzado por el aumento de alumnos inmigrantes, muchos de ellos islámicos o evangélicos. Ciertamente, la duda puede residir en relación con el número de alumnos judíos.

impartirá fuera del horario escolar), tales fines son igualmente aplicables, pues la enseñanza de estas confesiones se desarrolla en el entorno educativo, por tanto, no podrían incluirse contenidos contrarios a los derechos fundamentales y libertades públicas, o a los principios y valores constitucionales.

Respecto a los primeros, recordamos que acabamos de señalar que no se produce vulneración alguna de la libertad religiosa ni de los principios que ésta conlleva. Más dudas puede ocasionarnos la referencia al “pleno desarrollo de la personalidad” dentro de la cual debe entenderse, como se dijo, la libre formación de la conciencia, elemento que podría verse afectado al recibir el menor una enseñanza confesional que muy probablemente condicionará el desarrollo de su propia conciencia y sistema de valores. Ahora bien, en relación con esto creemos que no es indiferente que tal enseñanza se produzca fuera del horario lectivo, como una actividad extraescolar, pues en estos casos la vertiente positiva del artículo 27.2 CE perdería importancia. Lo contrario sería tanto como negar la facultad (y deber) que tienen los padres de educar a sus hijos en el entorno familiar, lo que obviamente supondrá la transmisión de unos valores (religiosos o no).

Tampoco se ve comprometida la neutralidad de los centros docentes públicos, pues aunque la enseñanza se imparta en las instalaciones docentes no se hace como una materia más del currículo y los profesores que la imparten no se integran en el claustro, con lo que no se producen elementos distorsionadores de dicha neutralidad.

El hecho de que los acuerdos prevean que sólo se estará obligado a facilitar esta enseñanza en los colegios privados concertados en los que no se produzca un conflicto con el ideario, excluye la posibilidad de que tal materia pudiese vulnerar la libertad de enseñanza por el deber de integración de una materia contraria al carácter propio del centro.

En cuanto a los privados que no han suscrito un concierto con la Administración, y a los que no se hace referencia en los Acuerdos, no estarán obligados a incluirla en ningún caso. Ahora bien, obviamente, ello no implica la imposibilidad de que la organicen si así se contempla en su ideario –y/o en su proyecto educativo–, pues tal prohibición vulneraría la libertad de enseñanza de tales centros.

Por último, en cuanto a la libertad de cátedra entendemos que, puesto que sus clases se darían fuera del horario lectivo y no estarían incluidas en las enseñanzas regladas, los profesores que impartiesen enseñanza religiosa tal y como viene establecido en los Acuerdos no serían sujetos titulares de esta libertad.

Así pues, el modelo de enseñanza religiosa que diseñaba el artículo 10 de los Acuerdos de 1992 es plenamente respetuoso con los derechos del ámbito educativo que recoge nuestra Constitución.

2.2. La enseñanza de las otras confesiones en la actualidad

Como hemos visto, el sistema actual de enseñanza de estas otras confesiones dista de ser el contemplado en los Acuerdos de 1992, por lo que debemos de analizar la regulación educativa que, en esta materia, se ha ido asimilando en algunos aspectos a la enseñanza de la religión católica, por lo que muchas de las observaciones que se hicieron al analizar ésta deben de ser reproducidas aquí.

A) La actual regulación y la libertad religiosa

A diferencia de lo que vimos que sucede en los Acuerdos de 1992, en los que se respeta el derecho a la libertad religiosa de los menores –o al menos puede hacerse una interpretación en este sentido– ya hemos visto cómo a partir del Real Decreto 2438/1994 la normativa que regula la enseñanza de religión en los colegios no se refiere sólo a la católica, sino que se extiende a las “confesiones con acuerdo”. Como ya dijimos,

en esta norma se establece que el derecho de elección sobre cursar o no una materia confesional corresponde a los padres y sólo podrán hacerlo directamente los alumnos cuando sean mayores de edad. Tal y como concluimos al analizar este aspecto en relación con la religión católica, debemos de volver a señalar que el hecho de que los padres sean los encargados de decidir sobre la asistencia o no⁸⁸⁸ a clase de religión evangélica o islámica (o judía) incluso en contra de las creencias propias del alumno, supone una vulneración del derecho a la libertad religiosa de los menores maduros por no permitir el ejercicio autónomo de su derecho y, en los casos en los que no compartan las creencias de sus progenitores, por imponerles la enseñanza de una fe que no profesan.

Puesto que la implicación del Estado en esta enseñanza ha ido aumentando con las sucesivas regulaciones, creemos que su contribución a esta vulneración es también cada vez mayor, desentendiéndose de la protección de este derecho de los menores maduros.

Respecto a la obligación de solicitar esta enseñanza, ya hemos dicho que no supone contradicción alguna con la vertiente negativa de la libertad religiosa reconocida en el artículo 16.2 CE.

Con relación al principio de aconfesionalidad del Estado debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo dispuesto en los Acuerdos de 1992, los poderes públicos no se limitan a permitir el acceso de los profesores, sino que organizan esta enseñanza dentro del horario lectivo y contratan al profesorado. Este aumento del papel del Estado conlleva la confusión de funciones y la ausencia de neutralidad vedadas por el principio de aconfesionalidad, pues se ha integrado en el sistema educativo la enseñanza confesional de estas religiones, con lo que el

⁸⁸⁸ Como dijimos, pensamos que el problema es mayor cuando la decisión es que sí asistan a esta clase que cuando se opta por que no lo hagan, ya que en este segundo caso no se producirá adoctrinamiento en contra de las creencias del alumno.

Estado decide dedicar una parte del horario lectivo a esta enseñanza (en detrimento de otras) y una importante cantidad de recursos económicos para la contratación del profesorado.

Ahora bien, ciertamente, el hecho de que, a diferencia de lo que sucede con la religión católica, no se incluya como “materia” del currículo académico y que la evaluación de esta enseñanza tenga sólo efectos internos para la propia confesión hace que la confusión de funciones sea inferior a la que existe en el caso de la asignatura de religión católica.

Desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación, cuanto más financia el Estado más detenidamente debe analizarse el respeto a este principio. Si tenemos en cuenta que no se exige un número mínimo de alumnos para contratar un profesor que imparta esta enseñanza, sino que deberá facilitarse incluso para un único alumno, podrá haber centros en los que haya más alumnos de una confesión sin acuerdo y que sin embargo no puedan recibir enseñanza de su religión, mientras que el Estado asumirá la contratación de un profesor islámico o evangélico para un único alumno⁸⁸⁹. No cabe duda de que esta situación podría darse igualmente con la aplicación del modelo de libre acceso de los Acuerdos, sin embargo, al haber aquí una mayor implicación del Estado, especialmente a nivel económico, nos parece más flagrante la vulneración del principio de igualdad, pues se está realizando una financiación mayor –aunque sea indirecta– sin atender a criterios objetivos que pudieran legitimarla⁸⁹⁰.

⁸⁸⁹ Nos parece que este supuesto no es difícil de imaginar en la práctica, pues, por ejemplo, puede darse el caso de un centro en el que haya un único alumno evangélico pero que haya dos familias Testigos de Jehová con varios hijos en edad escolar.

⁸⁹⁰ Aunque esto podría apuntarse igualmente en relación con la religión católica, al ser la mayoritaria del país con una gran diferencia respecto a las demás, parece más difícil imaginar que pudiese haber más alumnos de una confesión sin acuerdo que

En relación con los alumnos que no asistan a clase de religión sino a su alternativa, nos remitimos a lo señalado en relación con la religión católica.

Por último, creemos pertinente hacer una alusión al principio de cooperación, dados los cambios que, de manera unilateral, ha introducido el Estado respecto a lo acordado con las confesiones. No nos detendremos aquí en ello, pues no es el objeto de nuestro estudio, pero sí dejamos apuntado que sería conveniente una reflexión, a la luz del principio de cooperación, sobre qué ha sucedido con el artículo 10 de los Acuerdos de 1992, si ha sido derogado, si se encuentra “latente” mientras se aplica esta regulación o si debe entenderse vigente y de aplicación preferente a la normativa unilateral por ser una norma acordada.

B) La regulación actual y los derechos del ámbito educativo

Como ya hicimos al analizar la regulación del artículo 10 de los Acuerdos y los derechos del ámbito educativo, nos referiremos ahora al encaje de la regulación actual con los fines a los que se refiere el artículo 27.2 CE, la neutralidad de los centros públicos, el derecho al ideario y la libertad de cátedra, a lo que, a diferencia de lo que hicimos entonces, añadiremos el derecho a la educación.

Al haberse integrado, en los centros docentes públicos, la enseñanza religiosa de estas confesiones dentro del horario escolar, aunque no sea considerada una “materia o área del currículo académico”, se reproducen en parte los problemas que, a raíz del estudio de la asignatura de religión católica, señalamos: por un lado esta regulación no es respetuosa con la libertad religiosa del menor ni con el principio de aconfesionalidad del Estado, por lo que

católicos en un centro. Ahora bien, por supuesto, si así fuera también se produciría una vulneración del principio de igualdad.

contravendría los derechos y principios a los que hace referencia el artículo 27.2 CE.

Respecto a la libre formación de la conciencia (componente del libre desarrollo de la personalidad) debemos llegar a la misma conclusión, pues su inclusión en el horario lectivo conlleva el que en cierta medida sea el Estado el que condicione tal formación.

Como ya hemos adelantado, creemos conveniente plantearnos la compatibilidad de la regulación objeto de análisis con el derecho a la educación y ello por las concretas circunstancias en las que se ofrece esta enseñanza. Ya dijimos que en algunos casos para impartir la enseñanza de la religión evangélica e islámica se juntarán a alumnos de diversos grupos y niveles⁸⁹¹, puesto que no es posible que todos los grupos a los que pertenecen tengan a la vez clase de religión católica, lo que supondrá que la asignatura sobre su confesión se imparta en el mismo horario en el que sus compañeros de grupo dan otras materias curriculares. Esta circunstancia conlleva que, cuando suceda esto, los alumnos no cumplan con el número de horas que la normativa prevé que debe darse cada materia, lo que por un lado implicaría que no “cumplan” el currículo, pues no tendrían el mismo número de horas que sus compañeros, y por otro les pone en una clara desventaja de cara a la evaluación de esas materias que pudiesen verse afectadas, todo ello propiciado por los poderes públicos que son los que determinan esta coincidencia en el horario.

En relación con la neutralidad de los centros públicos y la libertad de cátedra, nos parecen trasladables aquí las conclusiones a las que llegamos al analizar la asignatura de religión católica.

⁸⁹¹ Ya hemos visto cómo la normativa no es clara, pero que efectivamente es lo que en la práctica están haciendo algunos centros.

Al suponer el modelo actual la inclusión de la enseñanza religiosa en el horario lectivo y la contratación del profesorado por el Estado – siendo un miembro más del claustro–, se rompe la neutralidad, en primer lugar porque se impartirá una enseñanza confesional y en segundo lugar porque los profesores no tendrán una actitud neutral ante las creencias religiosas.

En relación con la libertad de cátedra, como ya dijimos, ésta se ve condicionada por la materia que estos profesores imparten, puesto que es seleccionado por la confesión y por tanto en su labor deberá de respetar –incluso promover– esas creencias.

Para finalizar, puesto que esta nueva regulación afecta sólo a los centros públicos⁸⁹², la normativa actual de la enseñanza religiosa de estas confesiones en centros privados no colisiona con el derecho a establecer un ideario, tal y como dijimos al analizar los Acuerdos de 1992.

Así pues, el paso que se ha dado entre la regulación de 1992 –plenamente respetuosa con los derechos del ámbito educativo– y la regulación actual ha supuesto que entre en conflicto con los fines de la educación, la vulneración del principio de neutralidad de los centros públicos y, lo que nos parece aún más grave, del derecho a la educación.

⁸⁹² Art. 1 RD 696/2007.

CONCLUSIONES

I. Llegados a este punto, parece conveniente recapitular las principales conclusiones a las que hemos llegado a lo largo de este trabajo, así como aventurar posibles medidas que limitarían algunas de las contradicciones que hemos observado entre la regulación analizada y el texto constitucional.

Comenzamos analizando el derecho a la libertad religiosa y los principios que de él se derivan. En relación con el derecho vimos cómo es de titularidad universal –incluyendo así a los menores de edad, principales afectados por el objeto de nuestro trabajo–, lo que implica que el contenido que se dé a este derecho deberá predicarse de todas las personas, con independencia de sus creencias religiosas. Entre ese contenido encontramos, conforme a lo dispuesto por el artículo 2.1c) LOLR, la enseñanza religiosa, es decir, todos los individuos podrán ejercer este derecho.

Si se deduce de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR) que se pretende que el Estado se encargue de proporcionar dicha enseñanza, lo que sucederá es que convertiremos un derecho tradicionalmente de libertad en un derecho de prestación, pero es más, dado que en nuestra sociedad actual hay presentes numerosas

religiones, tal derecho conllevaría su inevitable incumplimiento por los poderes públicos, a los que les sería imposible asumir dicha actuación.

Ciertamente, la LOLR prevé una vertiente prestacional en la libertad religiosa que supone que los poderes públicos faciliten a las confesiones su labor religiosa. Ahora bien, esto no sucede en todos los casos sino exclusivamente cuando los individuos no puedan ejercer su derecho sin esa ayuda del Estado por encontrarse en una situación de “sujeción especial”. Esta labor del Estado se realizará en relación con el contenido del derecho y con respecto a todas las personas, con independencia de la religión que profesen, de modo que no podrá vincularse a ella el que se haya previsto la enseñanza religiosa en centros docentes –incluso como una materia más del sistema educativo– sólo para los que pertenecen a unas confesiones determinadas y no a todas.

Por otro lado, incluso si considerásemos que esta enseñanza en los centros educativos forma parte del contenido del derecho, debemos recordar que la libertad religiosa sólo puede limitarse por el orden público o por la colisión con derechos de terceros. Entendemos que establecer una limitación justificada en el hecho de que sería un gasto inasumible para el Estado no puede ser reconducido a ninguno de estos aspectos, con lo que en caso de que efectivamente se entienda que tal enseñanza forma parte del contenido del derecho, los poderes públicos lo estarían vulnerando sistemáticamente, pues ni siquiera llegan a preverlo en la legislación educativa.

En relación con los principios en materia de libertad religiosa – aconfesionalidad, igualdad y cooperación– recordemos que no se encuentran en un mismo nivel, sino que la cooperación está subordinada a los otros dos. Igualmente hemos sostenido que no debe confundirse la cooperación con la vertiente prestacional del derecho, pues la primera sólo se realizará con unas cuantas confesiones,

mientras que la segunda deberá realizarse con todas ellas, para garantizar al individuo el ejercicio de su derecho. A pesar de esto, en la práctica los poderes públicos han primado la cooperación a la aconfesionalidad o la igualdad, y en ocasiones se ha utilizado como instrumento indispensable para hacer efectivo el ejercicio del derecho, excluyendo así del mismo a todas las confesiones sin acuerdo. De este modo, muchos de los elementos o de las actuaciones que han hecho cuestionarse a la doctrina si son o no conformes con la aconfesionalidad del Estado han venido justificadas por el principio de cooperación y por los acuerdos firmados con las confesiones (fundamentalmente con la Iglesia Católica), y ésta ha sido causa suficiente para la Administración, los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional (así como una parte de la doctrina) para entender que efectivamente no se producía una mengua en el carácter aconfesional del Estado.

Entendemos que esta actuación, este modo de proceder, analizando primero los acuerdos y luego la Constitución, ha hecho que, en la práctica, el principio de aconfesionalidad se encuentre subordinado a lo acordado con las confesiones, lo que ha afectado incluso al propio contenido del derecho, que debería entenderse igual para todas las personas y todas las confesiones, sin embargo, el derecho de unos es más “amplio” y engloba determinadas acciones que no incluye el de los que pertenecen a confesiones minoritarias, pues no tienen acuerdos que los recojan.

II. En el segundo capítulo de este trabajo hemos visto cómo hay numerosos derechos vinculados con el ámbito educativo, entre los que destacan el derecho a la educación, la libertad de enseñanza y la libertad de cátedra. El primero de ellos es un derecho de carácter prestacional, que supone que los poderes públicos deben tomar las

medidas necesarias para garantizar el disfrute de este derecho, especialmente cuando nos referimos a la educación básica, a través de la creación de centros, e igualmente son ellos los encargados de establecer el sistema educativo, definiendo las edades que comprende, las etapas y las materias que se impartirán. Los centros públicos deben ser neutrales, lo que supone la prohibición del adoctrinamiento de los alumnos, pues ello contravendría los derechos paternos.

Nuestra Constitución, a diferencia de lo que hacían otros textos, en los que uno parecía excluyente del otro, reconoce junto al derecho a la educación la libertad de enseñanza, constitucionalizando así la posibilidad de crear centros docentes de carácter privado y dotarlos de un ideario o carácter propio.

Así, en España existen tres tipos de centros: de titularidad pública, de titularidad privada y concertados –estos últimos como garantía de que, efectivamente, todos los alumnos en edad de educación básica sean escolarizados, pues ante una posible falta de plazas en centros públicos, se prevé la posibilidad de suscribir conciertos con centros privados, de modo que la educación sea gratuita para todo aquel que lo solicite–. Todos ellos imparten enseñanzas regladas y por tanto deben ofrecer a los alumnos las materias que han establecido los poderes públicos que conforman cada una de las etapas del sistema educativo.

El hecho de que los centros privados (con o sin concierto) puedan tener un ideario no supone que la educación que reciban los alumnos sea sesgada o que no incluya todas las materias diseñadas por el Estado, y ello porque estamos ante una enseñanza reglada y porque la propia Constitución establece como finalidad de la misma el pleno desarrollo de la personalidad y el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales. Esta previsión planea sobre todo lo vinculado a la educación, por lo que funciona como límite a las

actuaciones que se puedan llevar a cabo o lo que pretenda transmitirse a los alumnos desde el ámbito educativo.

Por otro lado, entendemos que en los centros concertados, si bien no pierden su naturaleza de centros privados y por tanto con derecho a establecer un ideario propio, sería conveniente –con el objetivo de respetar la libertad de conciencia de padres y alumnos– que los poderes públicos tuviesen en cuenta que es posible que la inscripción en el mismo se deba no a que compartan el ideario, sino a que la propia Administración haya obligado a matricularlos en este centro por una insuficiente oferta de plazas en centros públicos, por lo que, si bien es cierto que los centros mantienen sus derechos intactos, creemos que la legislación debería de advertir que estos alumnos (o sus padres) deben respetar el ideario del centro, pero en ningún caso se les podrá exigir que lo acaten, de modo que entendemos que sería contrario a los derechos paternos que las familias a las que la Administración ha obligado a inscribir a sus hijos en un centro de esta naturaleza se vean compelidos a que sus hijos reciban una enseñanza confesional o a participar en actos religiosos.

En relación con la libertad de cátedra de los profesores, se ve limitada por la edad de los alumnos y por la naturaleza del centro en el que desempeñen su labor. Respecto a los primeros, cuanto más pequeños sean más restringida verá el profesor su actuación, pues se tratará de menores inmaduros que no hayan desarrollado aún su personalidad. La naturaleza de los centros limita la actividad del profesor en cuanto que, en virtud de la libertad de enseñanza, éste deberá de respetar el ideario educativo, pero desde luego no le será exigible que en el desarrollo de sus clases realice apología del mismo. Por su parte, si pertenece a un centro de titularidad pública a él también le es aplicable la neutralidad que se predica de tales centros.

El desarrollo de estos derechos, si bien ha sido pacífico en cuanto al deber del Estado de proporcionar plazas a todos los menores en edad de educación básica, no lo ha sido tanto en otros aspectos, como el respeto de la libertad de conciencia de padres y alumnos en centros concertados (que se ha visto sistemáticamente subordinada al derecho al ideario, sin articularse cómo puedan resolverse estos conflictos, o un control por parte de la inspección de que efectivamente no se produzcan). Igualmente creemos que se ha optado por una interpretación del principio de neutralidad de la escuela pública un tanto “peculiar”, pues se incluye todo excepto las materias que por definición no podrán ser neutrales (la enseñanza confesional), y se dice cumplir con tal neutralidad con el hecho de no obligar a recibirla, sin cuestionar la oferta misma.

En el periodo constituyente la educación fue uno de los mayores ejemplos del consenso, tras el enfrentamiento inicial, al que llegaron las diversas fuerzas políticas, sin embargo, una vez aprobada la Constitución dicho consenso desapareció, de modo que cada cambio de partido en el Gobierno ha supuesto un cambio de ley, lo que sin duda dificulta que puedan realizarse grandes avances, ni en la educación que se recibe ni en la consecución de la finalidad establecida desde el propio texto constitucional.

III. Una vez analizados los derechos anteriores, estamos en mejor disposición de analizar la enseñanza religiosa en centros educativos. En Derecho comparado existen distintos modelos de incorporación de dicha enseñanza: integración orgánica, sistema de libre acceso, modelo de libertad de salida o la enseñanza religiosa como hecho cultural, explicado desde un punto de vista aconfesional. El modelo recogido en el Acuerdo de Enseñanza y Asuntos Culturales (AEAC) y en la normativa sobre educación se corresponde con el modelo de integración

orgánica, mientras que el de los acuerdos con otras confesiones de 1992 se corresponde con el de libertad de acceso.

El análisis de la regulación sobre la enseñanza religiosa nos ha permitido apreciar cómo ésta no ha sido ajena a las reformas educativas, antes al contrario, cada reforma de la ley ha supuesto un nuevo sistema de enseñanza de la religión (cuando no más), siendo los elementos sobre los que suelen pivotar los cambios el contenido de la asignatura alternativa a la religión y el valor de su calificación. Igualmente se han ido produciendo cambios en lo relativo al régimen del profesorado y la enseñanza de otras confesiones con acuerdo.

Ya hemos afirmado que, al contrario de lo que interpreta una parte de la doctrina, entendemos que no existe obligación constitucional alguna respecto a la inclusión de esta enseñanza (fundamentalmente en lo que se refiere a la católica) en el currículo académico, y ello porque creemos que ninguno de los artículos que se citan para avalar tal posición (los artículos 16 y 27.3 CE) puede ser interpretado en tal sentido, en primer lugar porque en ambos casos estamos ante derechos de libertad, lo que si bien no descarta que pueda existir un cierto componente prestacional, lo que sí hace es excluir una interpretación de ellos que exija siempre y en todo caso una labor prestacional del Estado sin la cual no pueda ejercerse el derecho –cosa que sucedería si entendiésemos que la inclusión de una asignatura confesional en el currículo académico por los poderes públicos, o la apertura de los centros a las confesiones, es necesaria para poder disfrutar del derecho–. En segundo lugar, porque estamos hablando de derechos individuales, no de las confesiones, por lo que, en caso de entender que efectivamente la Constitución reconoce este derecho, debería de ser proporcionado a todos los ciudadanos, pues todos deberán poder ejercerlo, y no sólo aquellos que pertenezcan a las confesiones mayoritarias, pues cuando se enuncia el derecho a la libertad religiosa no se le otorga distinto contenido según la fe que se profese, por lo que

todo él deberá ser garantizado por los poderes públicos a todos los ciudadanos por igual. En un Estado como la España actual, en el que a pesar de haber una religión mayoritaria cada día son más el número de confesiones a las que pertenecen sus ciudadanos, garantizar que todos ellos pudiesen recibir una enseñanza religiosa dentro del currículo académico sería económicamente inviable y, por tanto, conllevaría la vulneración sistemática de este derecho por parte del Estado.

Así pues, si bien la enseñanza (o el aprendizaje) de la propia fe es parte de la libertad religiosa, no podemos entender que esta facultad exija que se desarrolle en el ámbito educativo. Lo que la libertad religiosa nos garantiza es que podamos formarnos no sólo nosotros, sino también que podamos transmitir tales enseñanzas a los hijos que no tengan una madurez suficiente como para decidir por sí mismos respecto a tal enseñanza.

Respecto al artículo 27.3 CE, garantiza que los padres puedan efectivamente proporcionar esa enseñanza religiosa –y así podrán matricular a sus hijos en centros con un ideario confesional determinado–, e igualmente –y aquí está lo novedoso respecto a la libertad religiosa reconocida en el artículo 16 CE– permite impedir que sus hijos sean adoctrinados en contra de sus propias creencias, lo que implica, entre otras cosas, que las escuelas de titularidad pública deban ser neutrales, al igual que las materias que se impartan, que deberán de hacerse desde parámetros objetivos y respetuosos con las creencias de los alumnos y sus padres.

Ahora bien, como hemos visto, la cuestión no se reduce a que no exista un mandato constitucional de incluir estas enseñanzas en el sistema educativo, sino que la concreta regulación que se ha realizado por el legislador educativo contraviene algunos de los contenidos constitucionales que hemos estudiado en este trabajo y es, por tanto, inconstitucional.

Comenzando por la regulación de la asignatura de religión católica, que se imparte desde una perspectiva confesional y, por tanto, sin los criterios de objetividad que se exige a las demás materias, se ha configurado como de oferta obligatoria para los centros y de seguimiento voluntario para los alumnos. En su desarrollo debemos tener en cuenta que el artículo II del AEAC establece que la enseñanza de la religión católica se dará en “condiciones equiparables” a las demás materias y esta equiparabilidad es, fundamentalmente, el origen de las distorsiones entre la normativa que la ha desarrollado y el texto constitucional.

Los elementos fundamentales de esta asignatura que hemos identificado son: el contenido, la organización, el profesorado, el sujeto de elección, la evaluación y la materia alternativa. En relación con el primero de ellos debemos comenzar señalando que estamos ante una materia cuyo contenido, así como la idoneidad del profesorado, no pueden ser establecidos por los poderes públicos, pues al ser confesional sólo la Iglesia Católica podrá determinar tales aspectos, lo que ha sido perfectamente respetado en su desarrollo y en la actuación de los tribunales, que han entendido que, efectivamente, los poderes públicos carecían de competencia para determinarlos. Esto obviamente ya hace que no podamos hablar de materias “equiparables”, pues los poderes públicos carecen de las competencias que sí tienen en todas las demás materias integradas en el ordenamiento educativo.

También es complicado poder predicar tal “equiparabilidad” en relación con su evaluación, pues no se entiende cómo el Estado aconfesional puede valorar que los alumnos conozcan o no su fe (o la de sus padres) reflejándola en el expediente académico de los alumnos que la cursen e incluso otorgándole una calificación de cara a la media a tener en cuenta para el acceso a determinadas ayudas o becas, para el acceso a la universidad o la promoción de curso. Precisamente la evaluación y el cómputo de las calificaciones ha sido uno de los

aspectos más controvertidos, que ha ido variando de una regulación a otra, dándole más o menos peso, si bien nunca ha llegado a ser eliminada por entender que tal medida habría vulnerado el artículo II AEAC.

Por otro lado, como no podía ser de otra manera, se prevé como una asignatura optativa para los alumnos (o sus padres), pues al ser una materia confesional lo contrario vulneraría su libertad de creencias. Esto supone que deba preverse un régimen de “alternativa” para los alumnos que no la cursen. El desarrollo de esta materia alternativa es el otro gran elemento que más polémica ha suscitado y que más se ha ido modificando en la regulación.

Lo primero que debemos decir es que algo en lo que han coincidido las distintas normativas es en configurarla como una “alternativa obligatoria” –con la única excepción de lo que preveía la LOE para los cursos de Bachillerato–, en cuanto que aquellos alumnos que no sean católicos (o de otra de las confesiones que se imparta en el mismo horario que aquélla) estarán obligados a inscribirse en la misma.

El segundo elemento a tener en cuenta es que los tribunales se han pronunciado en varias ocasiones en relación con su contenido y el resultado de tales intervenciones ha sido que ésta no puede suponer un refuerzo en otras materias, e incluso parece deducirse que tampoco pueden darse otras que resulten de excesivo provecho, y ello porque han entendido que tales contenidos vulnerarían el derecho a la igualdad y no discriminación de los alumnos que optasen por la materia confesional. Otro posible contenido de la materia alternativa es la enseñanza de ética cívica, pero ésta ha sido igualmente declarada contraria a derecho porque supone, por un lado, la imposibilidad de que los alumnos de religión adquieran esos conocimientos, y por otro lado, porque parece esconder un prejuicio del Estado sobre que los alumnos que no asisten a religión carecerían de valores, por lo que les deben ser

transmitidos en las aulas, carencia que no tendrían sus compañeros creyentes⁸⁹³.

El modo en el que se ha venido regulando esta asignatura de religión católica entendemos que es contraria al texto constitucional, dado que no respeta el principio de aconfesionalidad del Estado, ni el de igualdad y no discriminación, asimismo consideramos que la inclusión de una materia adoctrinadora contraviene los fines de la educación; por último, el hecho de que se incluya como un área de conocimiento más y por tanto sea de oferta obligatoria para todos los centros supone que aquellos que no sean católicos pueden ver mermado su derecho a la libertad de enseñanza en cuanto se vean obligados a incluir una materia contraria a su ideario.

Por otro lado, se ha previsto que los encargados de optar por tal asignatura sean los padres, salvo que los alumnos sean mayores de edad, lo que contraviene el derecho a la libertad religiosa de los menores maduros, que podrán no compartir la elección de sus padres y, por tanto, verse obligados a asistir a una enseñanza confesional cuya fe no comparten.

Respecto a la enseñanza de las otras confesiones con acuerdo (evangélicos, islámicos y judíos⁸⁹⁴), debemos diferenciar entre los acuerdos de 1992, los convenios de 1996 y la regulación educativa actual.

⁸⁹³ La regulación de la LOMCE parece querer resolver tales críticas posibilitando que se ofrezca tanto religión como ética, además de como una asignatura específica con alternativa, como una asignatura específica optativa, de modo que teóricamente los alumnos que cursen religión también podrán recibir ética. Ahora bien, como ya dijimos, tal posibilidad nos parece más aparente que real, pues es difícil que, en la práctica, los colegios puedan ofrecerla como optativa de manera efectiva.

⁸⁹⁴ Los judíos no han desarrollado este artículo, por lo que en la actualidad sólo reciben tal enseñanza evangélicos e islámicos.

En el artículo 10 de los acuerdos de 1992 se establece un sistema de libre acceso a los centros educativos públicos y a aquellos privados concertados en los que tales enseñanzas no contravengan su ideario, disponiéndose explícitamente que no podrán interferir en las actividades lectivas. En cambio, los convenios de 1996 que desarrollaban dicho artículo diferían de su redacción en cuanto que el Estado se obligaba ya no sólo a permitir el acceso, sino también a compensar a las confesiones el gasto que les supusieran los profesores cuando hubiese al menos diez alumnos, momento a partir del cual estas enseñanzas se comenzaron a desarrollar dentro del horario escolar. Por último, con la regulación actual la implicación de los poderes públicos va un paso más allá, al haberse equiparado los profesores que imparten estas enseñanzas en centros públicos a los católicos, de modo que los seleccionarán las confesiones, pero quien los contrata es el Estado.

Así, del modelo previsto en 1992 a la regulación actual se han introducido cambios sensibles que afectan al encaje constitucional de esta enseñanza. Si bien la LOE no incluye esta enseñanza como “área o materia” del currículo (probablemente porque tal consideración implicaría que se debiese de ofertar en todos los centros que imparten enseñanza reglada), sí parece incluirse entre las materias impartidas en el horario lectivo, como muestra el hecho de que el profesorado sea contratado por la Administración y como tal sea un miembro más del claustro. Es decir, ya no estamos ante un modelo de libre acceso, sino que en los centros públicos se ha producido una integración orgánica, por lo que los problemas que vimos en relación con la asignatura de religión católica se producen ahora también en la enseñanza de estas otras confesiones, problemas que no se daban con el régimen pactado de libertad de acceso, en el que quedaban salvaguardados el principio de aconfesionalidad, el de igualdad y no discriminación, la libertad de

enseñanza de los centros privados y la neutralidad de los centros públicos, entre otros.

Pero es más, el hecho de que no haya tantos alumnos de estas otras confesiones como católicos hace que en estos casos se produzcan otras anomalías que no se producen con aquélla, debido a que cada Comunidad Autónoma y cada centro escolar está implantando esta enseñanza sin unas directrices claras que aúnen los criterios sobre cuándo se recibirá o no dicha enseñanza y en qué momentos. Los acuerdos de 1996 establecen que todos los alumnos que lo deseen podrán recibir esta enseñanza e igualmente disponen que los poderes públicos compensarán el gasto del profesorado cuando sean al menos diez alumnos, para lo que se podrá juntar a niños de distintos grupos y niveles; la normativa actual en cambio no establece nada al respecto, pero tampoco deroga tales acuerdos –que entendemos que no pueden ser derogados de modo tácito y unilateral por el Estado, sino que requeriría la concurrencia de las confesiones, o al menos, su derogación expresa–. Así pues, nos encontramos con la duda de cuándo, cómo y quién recibirá dicha enseñanza: si la tendrán todos los que la soliciten, si se realizará a la vez que la religión católica indistintamente del número de alumnos que la hayan solicitado o si habrá que juntar o no a los alumnos de distintos grupos y niveles, preguntas para las que ni la normativa estatal ni la autonómica nos da respuesta alguna, con lo que en la práctica cada centro está aplicando sus propias directrices, yendo desde que todos los alumnos que lo soliciten la reciban uniéndose grupos y niveles, con lo que a algunos les coincidirá con la clase de religión católica, pero otros perderán horas de materias curriculares, hasta los que establecen que sólo lo darán aquellos a los que los horarios del profesor de estas religiones coincidan con los que tienen asignados para religión católica, de modo que sólo se agrupan niveles si hay más de un profesor de religión católica. Ambas soluciones plantean problemas claros; en el primero, la formación religiosa supone la

pérdida de clases de otras materias y por tanto de los contenidos explicados en la misma, además de los inconvenientes que puede acarrear el juntar a alumnos de niveles muy distintos; en el segundo, se plantea el problema de la discrecionalidad al decidir quiénes cursaran o no esta enseñanza.

Así, con esta regulación para las confesiones con acuerdos de 1992 nos encontramos no sólo con problemas de constitucionalidad de la regulación, sino que la propia normativa pactada se ve contravenida, a pesar de que aquella se ajustaba perfectamente al texto constitucional.

Para finalizar con la enseñanza religiosa de estas otras confesiones nos parece destacable el hecho de que, en relación con éstas, sólo se prevea en los centros públicos o en los privados concertados si no contradice su ideario, cosa que ya hemos dicho que no sucede en relación con la asignatura católica, que según la normativa debe ofrecerse en todo tipo de centros. Esta previsión que sí se hace en este caso parece una muestra más de la reminiscencia de elementos confesionales del Estado, pues sólo se aprecia tal contradicción cuando se trata de religiones minoritarias, pero no al regular la enseñanza católica, como si con ésta ningún ideario de centro privado pudiese entrar en conflicto.

IV. Visto todos estos aspectos, entendemos que es necesaria una reforma en esta materia, que se planifique desde los derechos y principios constitucionales.

En este sentido, es urgente acomodar la regulación a la libertad religiosa del menor, con lo que deberá de preverse que los menores maduros sean los encargados de adoptar tal decisión (igual que deciden las asignaturas optativas). Creemos que una buena opción sería que

fuese decisión de ellos al comenzar la Educación Secundaria Obligatoria (12 años), si bien podría preverse que durante los dos primeros cursos de esta etapa la decisión pudiera ser de los padres o de los alumnos, dado que el menor podría no ser aún maduro.

Por otro lado, los poderes públicos deberían abandonar esa actitud de protección del interés católico (recordemos que incluso algunas sentencias han considerado lo relativo a los niños que no cursaban religión como no válido porque podría “desincentivar” la inscripción a religión, apreciación que nos parece de todo punto contradictoria con la neutralidad que debe predicárseles).

Igual que en relación con las otras confesiones se puntualiza que la enseñanza de éstas no podrá exigirse en los centros privados cuyo ideario lo impida, debería realizarse una previsión similar respecto a la religión católica, pues esta diferencia sólo se puede explicar desde una reminiscencia confesional que debiera entenderse contraria a nuestro actual sistema constitucional. Tal precisión, a su vez, supone que no pueda recogerse como una “materia” más del currículo.

Parece que en general se está más dispuesto a aceptar que las escuelas privadas pueden tener un ideario y que en virtud de éste no se las podrá obligar a impartir materias adoctrinadoras contrarias al mismo, que a aceptar el hecho de que las escuelas públicas deben ser neutrales y, por tanto, no deberían impartir ninguna materia cuyo objetivo sea adoctrinar, por más que tenga un carácter optativo, pues lo relevante es la naturaleza del centro y su inclusión como una asignatura más del programa, de modo que a ojos de los alumnos no existirá diferencia alguna.

Los problemas relativos a los profesores han ido en aumento, lo que ha ocasionado diversos cambios en su régimen laboral. Ahora bien, mientras se siga incluyendo la asignatura de religión como una más,

con un carácter confesional respecto a la cual el Estado está incapacitado para decidir sobre quién pueda impartirla, pero que sin embargo es contratado por la Administración y se incorpora como un miembro más del claustro a todos los efectos, no podrá dejar de dar problemas, pues a fin de cuentas sólo la confesión podrá decidir si la persona es o no idónea y, salvo casos flagrantes, parece difícil poder contra-argumentar por un tribunal (poder público y por tanto aconfesional) los criterios en los que la confesión basa su pérdida de confianza.

Ahora bien, dicho esto, no olvidamos el deber de cooperación del Estado con las confesiones religiosas, en virtud del cual podría ceder espacios de los centros escolares para que, una vez terminado el horario lectivo, las confesiones pudiesen usar estas instalaciones para impartir su enseñanza, o incluso podría plantearse algún tipo de “compensación” o ayuda a las confesiones para la contratación de ese profesorado (por supuesto, sin que suponga su contratación por la propia Administración). Lo fundamental será que no se confundan las funciones del Estado –que se desempeñan en horario lectivo y cuyas materias están presididas por el principio de neutralidad– y las de las confesiones –que se darán fuera de dicho horario y cuyo contenido será, en mayor o menor medida, adoctrinador–.

Así pues, encaja mejor con nuestro texto constitucional el sistema de libre acceso, que podrá establecerse con unas confesiones y no con otras en virtud del principio de cooperación constitucionalmente previsto. Ciertamente, también sería posible que esta posibilidad de acceder a los centros educativos estuviese abierta a todas las confesiones, de modo que cuando hubiese un número significativo de miembros de una confesión sin acuerdo tales enseñanzas pudiesen impartirse en el recinto escolar fuera del horario lectivo, si bien tendrán siempre preferencia las confesiones que tengan suscrito algún convenio con el Estado.

Este modelo de libertad de acceso entendemos que sería exclusivamente para los centros públicos, pues respecto a los centros privados, estén o no concertados por la Administración, no podrían estar sujetos a la obligación de permitir tal acceso, pues las enseñanzas de tales confesiones podrían ser contrarias al ideario del centro. Obviamente, estos centros podrían, precisamente en aplicación de su ideario, llegar a acuerdos con las confesiones para permitir su acceso, o incluso incluir entre las materias que imparten, además de las establecidas por el Estado, otras que podrían ser confesionales, o incluir actividades de contenido religioso; ahora bien, en el caso de los centros concertados, tales actividades deberán de tener siempre un carácter voluntario, pues no puede olvidarse que sus alumnos pueden haberse visto obligados por la Administración a acudir a ellos por la falta de plazas en los centros públicos y que por tanto no compartan el ideario del centro –voluntariedad que debería ser supervisada por la inspección educativa–.

Así pues, el régimen actual de alternativa podría ser el sistema idóneo para los centros concertados confesionales, pues así se compaginaría la libertad de los padres e hijos con el derecho al ideario de los centros, aunque en cualquier caso sería preferible un sistema “facultativo” que no implicase una carga a los alumnos que no quisiesen seguir tal asignatura.

A pesar de que nuestro ordenamiento no cuenta con ningún antecedente del modelo de libertad de salida, consideramos que este sería igualmente conforme a los derechos y principios constitucionales. Este sistema presenta la virtud de posibilitar la enseñanza a todas las confesiones, pues no depende de la suscripción previa de acuerdos con el Estado.

De todos los problemas planteados hasta aquí, ninguno parece que vaya a tratar de paliarse a corto plazo. Ya hemos visto cómo acaba de aprobarse una nueva reforma de la ley educativa, que modifica sensiblemente la regulación actual de enseñanza religiosa, pero desde luego no resuelve las divergencias con el texto constitucional aquí apuntadas. A esta nueva ley no se le augura una vida demasiado larga, pues la mayor parte de los grupos parlamentarios de la oposición se han comprometido a derogarla cuando tengan una mayoría suficiente. Veremos si entonces se deciden a abordar esta materia desde los derechos y principios de nuestro texto constitucional.

CONCLUSIONI

I. A questo punto, mi sembra opportuno riassumere le principali conclusioni che abbiamo raggiunto in questo lavoro, nonché suggerire le misure possibili che limiterebbero alcune delle contraddizioni che abbiamo osservato tra la regolazione analizzata e il testo costituzionale.

Cominciamo con il diritto alla libertà religiosa e i principi che ne derivano. In relazione al diritto abbiamo visto come sia di titolarità universale –includendo così i minorenni, maggiori interessati dall’oggetto del nostro lavoro–, e che ciò comporta che il contenuto che viene dato a questo diritto deve essere esteso a tutte le persone, indipendentemente dalle loro convinzioni religiose. Tra i contenuti troviamo come previsto dall’articolo 2.1c) della LOLR⁸⁹⁵, l’insegnamento religioso, vale a dire che tutti gli individui possono esercitare questo diritto.

Se si evince dalla LOLR che è previsto che lo Stato abbia la responsabilità di fornire tale educazione, si converte un diritto tradizionalmente di libertà in un diritto prestazionale, inoltre, data la presenza nella nostra società di molte religioni, un tale diritto

⁸⁹⁵ *Legge organica sulla libertà religiosa, in seguito LOLR.*

porterebbe al suo inevitabile inadempimento da parte delle autorità pubbliche, che non sarebbero in grado di assumere tale condotta.

Certo è che la LOLR prevede un aspetto prestazionale nella libertà religiosa che suppone che le autorità pubbliche facilitino alle confessioni religiose il proprio lavoro. Ciò non avviene tuttavia in tutti i casi, ma solo quando gli individui non sono in grado di esercitare il loro diritto senza l'aiuto dello stato, dal momento che si trovano in una situazione di "soggetto speciale". Questa mansione dello Stato sarà eseguita in merito al contenuto del diritto e rispetto a tutte le persone, indipendentemente dalla religione che professino, in modo che non possa essere collegata ad essa il fatto che sia stata fornita l'istruzione religiosa nelle scuole –anche come una materia in più del sistema scolastico– solo a coloro che appartengono a determinate confessioni e non a tutte.

Anche se crediamo che questo insegnamento nelle scuole forma parte del contenuto del diritto, dobbiamo altresì ricordare che la libertà religiosa può essere limitata solo per ragioni di buon costume o collisione con diritti di terzi. Intendiamo che una limitazione, giustificata dal fatto che si tratterebbe di una spesa insostenibile per lo Stato, non può ricondursi a nessuno di questi aspetti, e dunque se si dovesse effettivamente intendere che tale insegnamento è parte del contenuto del diritto, le autorità pubbliche lo starebbero sistematicamente violando, dal momento che non arrivano neppure a prevederlo nella legislazione educativa.

In relazione ai principi in materia di libertà religiosa –laicità, uguaglianza e cooperazione– ricordiamo che non sono allo stesso livello, ma che la cooperazione è subordinata agli altri due. Abbiamo anche sostenuto che la cooperazione non deve essere confusa con l'aspetto prestazionale del diritto, dal momento che la prima sarà realizzata solo

con un paio di confessioni, mentre il secondo dovrebbe esistere per tutte quelle, al fine di garantire l'esercizio del singolo del suo diritto.

Nonostante questo, nella pratica, le autorità hanno fatto sì che primasse la cooperazione rispetto alla laicità o all'uguaglianza, e quella, talvolta, è stata usata come strumento indispensabile per un efficace esercizio del diritto, escludendo dallo stesso tutte le confessioni senza accordi. Così, molti degli elementi o delle azioni la cui conformità o meno con la laicità dello Stato è stata messa in discussione dalla dottrina, sono stati giustificati dal principio di cooperazione e dagli accordi con le confessioni (soprattutto con la Chiesa cattolica), e ciò è stato sufficiente per l'Amministrazione, gli organi giudiziari e il *Tribunal Constitucional* (così come per una parte della dottrina) per capire che esisteva una breccia nella laicità dello Stato.

Siamo consapevoli che questa azione, questo approccio, prima analizzando gli accordi e poi la Costituzione, ha fatto sì che nella pratica, il principio di laicità sia subordinato a ciò che è stato accordato con le confessioni, e che ha coinvolto anche il contenuto effettivo del diritto che si dovrebbe intendere uguale per tutti i popoli e tutte le confessioni; tuttavia, il diritto di alcuni è più "ampio" e copre alcune azioni che non include invece il diritto di quelli appartenenti a minoranze religiose, non aventi accordi che le prevedano.

II. Abbiamo, inoltre, osservato come ci siano numerosi diritti connessi all'ambito dell'istruzione, in particolare il diritto all'istruzione, la libertà di insegnamento e la libertà accademica. Il primo è un diritto a carattere prestazionale, il che significa che le autorità pubbliche devono adottare le misure necessarie per garantire il godimento di questo diritto, soprattutto quando si tratta d'istruzione elementare, attraverso la creazione di centri, essendo altresì responsabili quelle della

determinazione del sistema educativo, e delle fasce d'età che esso comprende, le varie fasi e le materie da impartire. Le scuole pubbliche devono essere neutrali, che equivale a dire che in esse è vietato l'indottrinamento degli studenti in quanto ciò sarebbe in contrasto con i diritti dei loro genitori.

La nostra Costituzione, a differenza di altri testi in cui sembrava che l'uno escludesse l'altro, ha riconosciuto insieme al diritto all'istruzione, la libertà di educazione e la possibilità di creare scuole a carattere privato, e di fornire loro un'ideologia o un carattere propri.

In Spagna ci sono quindi tre tipi di scuole: di proprietà pubblica, di proprietà privata, e parificate –queste ultime per garantire che in effetti tutti gli studenti in età di obbligo di istruzione di base siano scolarizzati; a causa di una possibile mancanza di posti nei centri pubblici, è infatti prevista la possibilità di firmare un accordo di parifica con i centri privati, in modo che l'istruzione sia gratuita per chiunque ne faccia richiesta-. Tutti questi centri impartiscono formazione regolamentata e, pertanto, devono offrire agli studenti le materie stabilite dalle autorità e che compongono ciascuna delle fasi del sistema scolastico.

Il fatto che le scuole private (con o senza accordo di parifica) possano essere caratterizzate da un'ideologia, non significa che l'educazione che gli studenti ricevono sia distorta o non preveda tutte le materie definite dallo Stato, poiché ci troviamo di fronte ad un'educazione formale, e perchè la stessa Costituzione stabilisce come fine di quella, il pieno sviluppo della personalità ed il rispetto dei principi democratici e dei diritti e delle libertà fondamentali. Questa previsione pianifica tutto ciò che riguarda l'istruzione, e pertanto funziona come un limite sulle azioni che possono essere portate a termine, o su quello che si voglia trasmettere agli studenti attraverso l'ambito educativo.

D'altro canto, ci rendiamo conto che nelle scuole parificate, sebbene queste non perdano il loro carattere di scuole private e quindi il diritto di stabilire le propria ideologia, sarebbe opportuno –al fine di rispettare la libertà di coscienza di genitori e studenti–, che le autorità tenessero conto che è possibile che l'iscrizione presso quel centro sia stata dovuta non ad una condivisione dell'ideologia del centro, ma al fatto che la propria Amministrazione li abbia obbligati ad iscriversi presso suddetto centro a causa di un'insufficiente disponibilità di posti liberi nelle scuole pubbliche, il che significa che, se è vero che le scuole mantengono intatti i loro diritti, riteniamo che la legislazione dovrebbe avvertire che questi studenti (o i loro genitori) tenuti a rispettare l'ideologia del centro, in nessun caso potranno vedersi obbligati a condividerla, per cui capiamo che sarebbe contrario ai diritti dei genitori che le famiglie, costrette dall'Amministrazione ad iscrivere i propri figli presso un centro di questo tipo, si vedano obbligate a che i loro figli ricevano un'istruzione religiosa o debbano partecipare ad attività religiose.

Secondo quanto concerne la libertà accademica dei docenti, essa è limitata in base all'età degli studenti e alla natura dell'istituto in cui svolgono il proprio lavoro. Per quanto riguarda la prima quanto più giovane è lo studente, tanto più limitata sarà la performance del professore dal momento che si tratta di minori immaturi che non hanno ancora sviluppato la loro personalità. La natura delle scuole limita l'attività del docente in quanto, in virtù della libertà di insegnamento, questi deve rispettarne l'ideologia educativa, ma naturalmente non gli sarà richiesto, nello svolgimento delle sue lezioni, di fare apologia della medesima. Se invece appartiene ad una scuola pubblica, la neutralità predicata in tali centri verrà applicata anche al docente.

Lo sviluppo di questi diritti, sebbene pacifico in quanto al dovere dello Stato di garantire posti sufficienti per tutti i bambini in età di istruzione elementare, non lo è stato tanto in altri aspetti, come il

rispetto della libertà di coscienza di genitori e studenti di scuole parificate (che è stato sistematicamente subordinato al diritto ad un'ideologia, non articolato in modo risolutivo per questi conflitti, o senza un'ispezione affinché questi ultimi non si verificassero). Riteniamo, inoltre, che lo Stato abbia optato per un'interpretazione del principio di neutralità delle scuole pubbliche piuttosto "singolare", perché esso comprende tutte le materie tranne quelle che, per definizione, non possono essere neutrali, come l'insegnamento della religione, e dice di rispettare tale neutralità non obbligando a ricevere tale insegnamento, senza tuttavia metterne in discussione l'offerta stessa.

Nel periodo di formazione costituzionale, l'istruzione fu uno dei più grandi esempi del consenso raggiunto dalle diverse forze politiche, tuttavia, una volta approvata la Costituzione, tale consenso scomparve, sicché ad ogni cambiamento di partito al governo è corrisposta una modifica della legge, che certamente rende difficile che si possano fare grandi progressi, né nell'istruzione che si riceve, né nel raggiungimento della finalità stabilita dal proprio contesto costituzionale.

III. Dopo aver analizzato i diritti qui sopra, siamo maggiormente in grado di analizzare l'insegnamento della religione nelle scuole. In diritto comparato ci sono diversi modelli che comprendono tale insegnamento: l'integrazione organica, il sistema d'accesso libero, il modello di libertà di uscita o di insegnamento religioso come un fatto culturale, spiegato da un punto di vista laico. Il modello previsto nell'Accordo sull'Istruzione ed Affari Culturali (CSSA⁸⁹⁶) e nella normativa in materia d'istruzione, corrisponde al modello di integrazione organica, mentre gli

⁸⁹⁶ Acuerdo de Enseñanza y Asuntos Culturales, in seguito AEAC.

accordi con le altre confessioni del 1992 corrispondono al sistema d'accesso libero.

L'analisi della normativa in materia d'istruzione religiosa ci ha permesso di apprezzare come questa non sia stata immune alle riforme scolastiche, al contrario, ogni riforma del diritto ha significato un nuovo sistema di insegnamento della religione (se non più di uno), essendo gli elementi perno dei cambiamenti i contenuti della materia alternativa alla religione, e la valutazione di questa. Si sono verificati, inoltre, cambiamenti in merito al regime dei professori e all'insegnamento di altre confessioni con accordi.

Abbiamo già detto che, contrariamente a quello che interpreta una parte della dottrina, si intende che non vi è alcun obbligo costituzionale sull'inserimento di questo insegnamento nei programmi scolastici e questo perchè consideriamo che nessuno degli articoli citati a sostegno di tale posizione (articoli 16 e 27.3 della CE) possano essere interpretati in questo senso; in primo luogo perchè in entrambi i casi abbiamo a che fare con diritti di libertà, che anche se non scartano l'esistenza di un componente prestazionale, si escludono una loro interpretazione che richieda sempre ed in ogni caso una condotta dello Stato basata sulle prestazioni, senza la quale il diritto non può essere esercitato –cosa che accadrebbe se intendessimo che l'inclusione di una materia religiosa nei programmi ministeriali da parte delle autorità pubbliche, o l'apertura di scuole alle confessioni, è necessaria per esercitare tale diritto–. In secondo luogo, perchè stiamo parlando di diritti individuali, non delle confessioni, quindi se si intende che effettivamente la Costituzione lo riconosce, questo diritto dovrebbe essere fornito a tutti i cittadini, dal momento che tutti dovrebbero essere in grado di poterlo esercitare, e non solo gli appartenenti alle religioni maggioritarie, poichè quando si enuncia il diritto di libertà religiosa per tutti i cittadini non è dato un contenuto diverso a seconda della fede che si professa, questo diritto deve essere garantito

integralmente dalle autorità pubbliche allo stesso modo a tutti i cittadini. In uno stato come la Spagna attuale, in cui pur esistendo una religione maggioritaria è sempre maggiore il numero di confessioni a cui appartengono i suoi cittadini, garantire che tutti possano ricevere un'istruzione religiosa nei programmi ministeriali sarebbe economicamente impossibile, e comporterebbe la sistematica violazione di questo diritto da parte dello Stato.

Così, mentre l'insegnamento (o apprendimento) della propria fede è parte della libertà religiosa, non possiamo intendere che questa facoltà esiga il suo sviluppo in ambito scolastico. Ciò che ci garantisce la libertà di religione è che non solo possiamo formarci noi, ma che possiamo trasmettere questi insegnamenti ai nostri figli che non hanno una maturità sufficiente per decidere per se stessi in merito a tale insegnamento.

L'articolo 27.3 della CE garantisce che i genitori possano fornire effettivamente quest'insegnamento religioso –e così iscrivere i propri figli nelle scuole con una particolare ideologia religiosa–, e altrettanto –e qui troviamo la novità rispetto alla libertà religiosa sancita dall'articolo 16 della CE– permette di impedire che i propri figli siano indottrinati contro le proprie convinzioni, il che implica, tra le altre cose, che le scuole pubbliche dovrebbero essere neutrali, così come le materie ivi impartite, che devono essere concepite con parametri obiettivi e rispettosi delle credenze degli studenti e dei loro genitori.

Ora, come abbiamo visto, la questione non si riduce al fatto che non vi sia alcun mandato costituzionale con il fine di includere queste materie nel sistema educativo, ma che il regolamento specifico sviluppato dal legislatore educativo contravviene alcuni dei contenuti costituzionali studiati in questo lavoro; cominciando dalla regolazione del tema della religione cattolica, materia che viene insegnata dal punto di vista religioso e pertanto non possiede i criteri di obiettività richiesti

alle altre materie, che è stata configurata come un'offerta obbligatoria per le scuole, con frequenza volontaria da parte degli studenti. Nel suo sviluppo, dobbiamo considerare che l'articolo II del AEAC stabilisce che l'insegnamento della religione cattolica verrà impartito a "parità di condizioni" con le altre materie, e che questa equiparabilità è fondamentalmente l'origine delle distorsioni tra la norma che lo ha sviluppato e la Costituzione.

Gli elementi chiave della materia che abbiamo individuato sono: il contenuto, l'organizzazione, i docenti, l'avvalentesi, la valutazione e la materia alternativa. Per quanto riguarda il primo di questi, si dovrebbe iniziare dicendo che questa è una questione che, così come lo è l'idoneità degli insegnanti, non può essere stabilita dalle autorità pubbliche, poichè essendo un tema religioso, solo la Chiesa cattolica può determinare tali aspetti, questione molto rispettata nel suo sviluppo e nelle azioni dei tribunali, che hanno inteso che, in effetti, le autorità pubbliche non hanno competenza per la determinazione di quelli. Questo significa, ovviamente, che non possiamo più parlare di materie "equiparabili", perché le autorità pubbliche non hanno le competenze che si hanno in tutte le altre materie integranti il sistema educativo.

E' anche difficile poter predicare tale "equiparabilità" in relazione alla sua valutazione, poichè non si capisce come lo Stato laico possa valutare se gli studenti conoscono la loro fede (o quella dei loro genitori) rispecchiandola nel curriculum accademico degli studenti avvalentesi, ed addirittura otorgando che faccia media scolastica e possa determinare l'accesso a talune sovvenzioni o borse di studio, all'università o la promozione stessa. Proprio la valutazione e il calcolo della media dei voti è stato uno dei temi più controversi, che è cambiato a seconda della regolazione, che le ha dato più o meno peso, anche se non è mai arrivato ad essere eliminato, con la motivazione che tale azione avrebbe violato l'articolo II dell'AEAC.

D'altra parte, non potrebbe essere altrimenti, è prevista come materia facoltativa per gli studenti (o i loro genitori), poichè essendo una materia confessionale lederebbe la loro libertà di credo. Ciò prevede che debba essere previsto un sistema "alternativo" per gli studenti non avvalentisi. Lo sviluppo di questa materia alternativa è l'altro grande elemento che più polemiche ha scatenato, ed è stato oggetto di maggiori modificazioni nella regolazione.

La prima cosa da dire, e comune alle diverse normative, è che è stata configurata come una "alternativa obbligatoria" –con l'unica eccezione di quello che prevedeva la LOE per gli anni di baccalareato– dal momento che gli studenti che non sono cattolici (o appartenenti ad altre confessioni il cui insegnamento è impartito alla stessa ora di quella) saranno obbligati ad iscriversi alla stessa.

Il secondo elemento da considerare è che i tribunali si sono pronunciati in diverse occasioni per quanto riguarda il contenuto, e l'esito di tali interventi è stato che la materia alternativa non può essere una lezione di sostegno in altre materie, e sembra altresì che non debbano impartirsi materie che possano apportare un eccessivo profitto, poichè si intende che tali contenuti violerebbero il diritto alla parità e alla non discriminazione degli studenti che invece optano per l'insegnamento confessionale. Un altro possibile contenuto della materia alternativa è l'insegnamento dell'educazione civica, ma anche questo è stato dichiarato contrario alla legge perché comporta, da un lato l'impossibilità degli studenti avvalentisi di acquisire questa conoscenza, e dall'altro, perché sembra nascondere un pregiudizio dello Stato nei confronti degli studenti non avvalentisi, in quanto li considerebbe privi dei valori che devono essere trasmessi loro in classe, necessità che non avrebbero i loro compagni avvalentisi⁸⁹⁷.

⁸⁹⁷ La regolazione della LOMCE pare abbia risolto tali critiche offrendo la possibilità di impartire sia etica che religione, oltre ad una materia specifica con alternativa, come

Consideriamo che il modo in cui è stato regolato l'insegnamento della religione cattolica non è conforme al testo costituzionale, dal momento che non rispetta il principio di laicità dello Stato, né quello di uguaglianza e di non discriminazione; altresì consideriamo che l'inclusione di una materia indottrinante contravviene lo scopo dell'istruzione; ed infine, il fatto che essa sia inclusa come un'area didattica addizionale e sia quindi un'offerta obbligatoria per tutte le scuole, suppone che coloro che non sono cattolici possano vedere diminuito il loro diritto alla libertà d'insegnamento, in quanto costretti ad includere una materia contraria alla loro ideologia.

Inoltre, si prevede che i responsabili della scelta di avvalersi o meno di tale insegnamento siano i genitori, eccetto per gli studenti già maggiorenni, fatto che viola il diritto alla libertà religiosa dei minori maturi, che possono non condividere la scelta dei loro genitori e quindi essere costretti a assistere ad una formazione confessionale la cui fede non condividono.

Per quanto riguarda l'insegnamento di altre fedi con accordi (evangelici, musulmani ed ebrei⁸⁹⁸), dobbiamo distinguere tra gli accordi del 1992, gli accordi del 1996 e quelli del regolamento scolastico corrente.

Nell'articolo 10 degli accordi del 1992 si stabilisce un sistema di libero accesso alle scuole pubbliche e private parificate, in cui tali insegnamenti non contravvengano la loro ideologia, e prevede espressamente che non interferiranno con le attività scolastiche. Invece, gli accordi del 1996 che hanno sviluppato tale articolo, differivano nella

una materia facoltativa specifica, in modo che anche gli avvalentisi di religione potranno frequentare etica. Tuttavia, come già detto tale possibilità sembra più apparente che reale, è difficile in pratica che le scuole possano offrirla come facoltativa efficacemente.

⁸⁹⁸ Gli ebrei non hanno sviluppato questo articolo, per tanto attualmente solo evangelici e musulmani si avvalgono delle lezioni di religione.

formulazione in quanto si obbligava non solo a consentire l'accesso, ma anche a compensare alle confessioni il costo che supponevano i professori quando fossero presenti almeno dieci studenti che sollecitassero tale insegnamento, che fu anche il momento in cui questi insegnamenti cominciarono a svolgersi durante l'orario scolastico. Infine, ai sensi della normativa vigente si fa un passo avanti nel coinvolgimento delle autorità pubbliche, avendo equiparato questi professori a quelli che insegnano religione cattolica nelle scuole pubbliche, in modo che siano le confessioni stesse a selezionarli, ma lo Stato ad assumerli.

Pertanto, dal modello del 1992 alle norme vigenti, sono state introdotte modifiche sensibili che interessano l'incastratura costituzionale di questo insegnamento. Se la LOE non comprende questo insegnamento come "blocco o materia" della programmazione scolastica (probabilmente perché tale considerazione implica che si debba offrire in tutti i centri d'istruzione regolata), si sembra sia inserita tra le materie insegnate in orario scolastico, come mostra il fatto che il docente è nominato dall'Amministrazione e come tale è un membro in più del consiglio docenti. Non ci troviamo dunque di fronte ad un modello di accesso libero ma, nelle scuole pubbliche si è prodotta un'integrazione organica che ha provocato problemi relativi all'ambito della religione cattolica, che si verificano anche in relazione all'insegnamento di queste altre confessioni, problemi che non esistevano con il regime concordato di libero accesso, dove si salvaguardava il principio di laicità, quello di uguaglianza e di non discriminazione, la libertà di insegnamento nelle scuole private e la neutralità anche dei centri pubblici.

Per di più, il fatto che non ci siano così tanti studenti di queste altre confessioni, come di cattolici, significa che si verificheranno altre anomalie dal momento che ogni Comunità Autonoma e ogni scuola stanno introducendo questo insegnamento senza linee guida chiare su

quando impartire tali lezioni ed in che momento. Gli accordi del 1996 prevedono che tutti gli studenti che lo desiderino, potrebbero ricevere questo insegnamento e prevedono anche che la spesa pubblica compensi il costo degli insegnanti in presenza di gruppi di almeno dieci studenti, per cui sarà possibile aggruppare bambini di diversi gruppi e livelli; l'attuale legislazione non prevede cambiamenti al rispetto, ma non abroga tali accordi –che intendiamo non possono essere abrogati tacitamente ed unilateralmente dallo Stato, ma che richiederebbero il concorso delle confessioni, o almeno la loro espressa abrogazione–. Così ci troviamo di fronte alla questione di quando, come e chi riceverà tale insegnamento: se lo riceverà chiunque lo solleciti, se contemporaneamente si insegnerà la religione cattolica indipendentemente dal numero di studenti che l'abbiano richiesta, o se si riuniranno o meno gli studenti provenienti da diversi gruppi e livelli; tutte domande alle quali né la normativa statale, né quella autonoma danno alcuna risposta. Nella pratica ogni centro sta implementando le proprie linee guida: si passa da studenti riuniti in gruppi che ne fanno richiesta, con alunni a cui queste ore coincideranno con quelle di religione cattolica, ma con altri che perderanno ore di materie del programma scolastico, a chi permetterà di ricevere le ore di queste altre confessioni quando coincidano con quelle assegnate alla religione cattolica, in modo che sarà possibile raggruppare più livelli solo in presenza di più di un insegnante di religione cattolica. Entrambe le soluzioni presentano evidenti problemi: in primo luogo, la formazione religiosa implica la perdita di ore di lezione di altre materie, e quindi dei contenuti spiegati nelle stesse, oltre agli inconvenienti che potrebbe comportare il riunire studenti di livelli molto diversi fra loro; in secondo luogo, pone il problema della discrezionalità per decidere chi potrà ricevere o meno questo insegnamento.

Quindi, con questo regolamento per le confessioni con accordi del 1992, non abbiamo solo problemi di costituzionalità della regolazione,

ma di infrazione della normativa stessa precedentemente accordata, nonostante questa fosse perfettamente adattata al testo costituzionale.

Per concludere con l'insegnamento religioso di queste altre confessioni, sembra degno di nota che, in relazione a queste, esso sia espressamente previsto solo nelle scuole pubbliche o parificate se non contraddice l'ideologia di queste ultime, cosa che non accade con la religione cattolica, che secondo la normativa deve essere offerta in ogni tipo di scuola. Questa previsione che si viene fatta in questo caso sembra un altro esempio di reminiscenza dello Stato confessionale, in quanto tale contraddizione si verifica soltanto quando si tratta di religioni minoritarie, ma non nel caso dell'insegnamento cattolico attuale, come se nessuna ideologia caratterizzante una scuola privata potesse entrare in conflitto con quest'ultimo.

IV. Avendo trattato tutti questi aspetti, riteniamo che sia necessaria una riforma in questa materia, che sia pianificata a partire dai diritti e principi costituzionali.

In questo senso è urgente adattare la normativa alla libertà religiosa del minore, che dovrà prevedere che i minori maturi siano responsabili di prendere tale decisione (così come lo sono per la scelta delle materie facoltative). Crediamo che una buona opzione sarebbe che fossero loro a scegliere a partire dalla Scuola Secondaria dell'Obbligo (12 anni), anche se ci si potrebbe aspettare che, durante i primi due anni di questa fase, la decisione potrebbe essere sia del genitore che dello studente, dal momento che il bambino potrebbe non essere ancora del tutto maturo.

I poteri pubblici dovrebbero inoltre abbandonare questo atteggiamento protettivo nei confronti degli interessi cattolici (ricordiamo che anche alcune sentenze riguardanti i bambini non

avvalentisi dell'insegnamento della religione cattolica, ritennero come non valida la loro opzione perché avrebbe "scoraggiato" l'iscrizione ai corsi di religione, apprezzamento che ci sembra peraltro del tutto contraddittorio con la neutralità che andrebbe invece applicata).

Così come in relazione alle altre confessioni si è dichiarato che l'insegnamento di queste non può essere richiesto in scuole private la cui ideologia lo impedirebbe, dovrebbe essere eseguita una disposizione analoga per quanto riguarda la religione cattolica, poichè questa differenza può essere spiegata solo da una reminiscenza religiosa dello Stato, che dovrebbe essere intesa come contraria al nostro sistema costituzionale attuale. Tale precisazione, a sua volta, suppone che non potrà essere raccolta come una "materia" in più del programma.

Sembra che in generale si sia più disposti ad accettare che le scuole private possano avere un'ideologia, e che in virtù della stessa non si possano vedere obbligate ad impartire materie in contrasto con essa, che ad accettare il fatto che le scuole pubbliche debbano essere neutrali e nelle quali, per tanto, non dovrebbero essere impartite materie il cui obiettivo fosse l'addottrinamento, nonostante abbiano carattere facoltativo, poichè ciò che conta è la natura della scuola e l'inclusione della materia nel programma, dal momento che agli occhi degli studenti non ci sarà alcuna differenza tra materie.

I problemi relativi agli insegnanti sono aumentati ed hanno provocato diversi cambiamenti nel loro regime lavorativo. Fino a che la religione cattolica continuerà ad essere parte del programma scolastico come una qualsiasi altra materia, con un carattere religioso che impedisce allo Stato di decidere chi può impartirla -Stato che tuttavia assume il docente che entra a far parte del collegio docenti a tutti gli effetti- non smetteranno di sollevarsi problemi, perché in sostanza solo la confessione potrà decidere se la persona è o non è adeguata, e salvo casi flagranti, sembra difficile che un tribunale (potere pubblico e quindi

laico) possa controbattere i criteri in cui la confessione basa la sua perdita di fiducia.

Ora, detto questo, non bisogna dimenticare il dovere di cooperazione tra Stato e confessioni religiose, in base al quale si potrebbero assegnare spazi di strutture scolastiche che, dopo l'orario scolastico, le confessioni potrebbero utilizzare per impartire il suo insegnamento; o si potrebbe anche prendere in considerazione una sorta di "compensazione" o di aiuto alle confessioni per l'assunzione di questi insegnanti (naturalmente, senza coinvolgere la loro assunzione da parte dell'Amministrazione). La linea di fondo è che le funzioni dello Stato –che si svolgono durante le ore scolastiche e le cui materie sono disciplinate dal principio di neutralità– e quelle delle confessioni –che saranno impartite all'infuori di questi orari e il cui contenuto sarà in maggiore o in minore misura l'addottrinamento–, non vengano confuse.

Così, il sistema che meglio si adatta la nostra Costituzione è quello dell'accesso libero che potrà essere stabilito con alcune confessioni e non con altre, in base al principio costituzionale della cooperazione prevista.

Certo, sarebbe anche possibile che questa capacità di accedere alle strutture scolastiche fosse aperta a tutte le confessioni, in modo che quando vi fosse un numero significativo di membri di una confessione senza accordo, queste lezioni potrebbero essere impartite nei locali della Scuola, al di fuori dell'orario scolastico, sempre dando la precedenza alle confessioni che hanno firmato un accordo con lo Stato.

Questo modello di libertà di accesso intendiamo che sarebbe esclusivamente destinato alle scuole pubbliche, poichè le scuole private, parificate o meno, non potrebbero essere soggette all'obbligo di consentire tale accesso, in quanto gli insegnamenti di tali confessioni potrebbero essere contrari all'ideologia del centro. Ovviamente, questi

centri potrebbero, proprio applicando la propria ideologia, raggiungere un accordo con le altre confessioni per consentirne l'accesso, o addirittura includere nelle materie impartite, oltre a quelle stabilite dallo Stato, altre che potrebbero essere confessionali, o includere attività di contenuto religioso; tuttavia, nel caso di scuole parificate, tali attività dovrebbe essere sempre volontarie, in quanto non si può dimenticare che alcuni dei loro studenti possono essere stati costretti dall'amministrazione ad iscriversi presso il loro centro per mancanza di posti nelle scuole pubbliche, e che quindi non condividono l'ideologia del centro –volontarietà che dovrebbe essere controllata con ispezioni scolastiche–.

Pertanto, l'attuale regime alternativo potrebbe essere il sistema ideale per le scuole parificate religiose, così da conciliare la libertà di genitori e figli con il diritto all'ideologia delle scuole, anche se in qualunque caso sarebbe preferibile un sistema di "facoltativo" che non comporti oneri per gli studenti che non desiderassero frequentare tale corso.

Di tutte le questioni sollevate qui, nessuna sembra che verrà mitigata a breve termine. Abbiamo visto come è stata appena adottata una nuova riforma della legge dell'istruzione, che altera in modo significativo l'attuale regolazione dell'educazione religiosa, ma che di certo non risolve le questioni sollevate in questo lavoro. Non si stima che la durata di questa legge sia troppo lunga dal momento che la maggior parte dei gruppi di opposizione parlamentare si è impegnata ad abrogarla non appena raggiunta una maggioranza sufficiente. Vedremo se allora si decideranno ad affrontare la questione dai diritti e dai principi del nostro testo costituzionale.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

“Actas de la Ponencia constitucional, Las”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984, pp. 251-419.

Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1992.

AGUIAR DE LUQUE, Luís: “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, pp. 9-34.

ALAEZ CORRAL, Benito: “El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, 2011, pp. 91-129.

- “Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003, pp. 89-125.

- *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique: *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2008.

ÁLVAREZ CORTINA, Andrés Corsino; RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel (coords.): *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio. (Comentarios a su articulado)*, Comares, Granada, 2006.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a Isabel; ALCÓN YUSTAS, M^a Fuencisla: “Breve estudio sobre la situación del derecho a la educación”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 60, 2003, pp. 221-239.

ALZAGA, Óscar: *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel: “La patria potestad y la educación religiosa de los hijos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, 2011, pp. 17-41.

- *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006.

BARNES VÁZQUEZ, Javier: “La educación en la Constitución de 1978. (Una reflexión conciliadora)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984, pp. 23-65.

BARRERO ORTEGA, Abraham: *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma [et al.]: *Teoría general de los derechos*

fundamentales en la Constitución española de 1978, Tecnos, Madrid, 2004.

BENASULY, Alberto: “Asistencia religiosa, alimentos y festividades en los acuerdos de cooperación de 1992”, en GONZÁLEZ RIVAS, Juan José (dir.): *Pluralismo religioso y Estado de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 333-380.

BENEYTO PÉREZ, José María: “Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 303-338.

BRIONES MARTÍNEZ, Irene M^a: “Aspectos controvertidos de la nueva ley de educación”, en DOMINGO, María (ed.): *Educación y religión. Una perspectiva de Derecho Comparado*, Comares, Granada, 2008, pp. 1-43.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: “Sí, pueden: (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007, pp. 33-46.

CALVO CHARRO, María: “Régimen de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos”, en REQUEJO IBÁÑEZ, José Luis; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (dirs.): *Los derechos fundamentales en la educación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 79-115.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: “Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.): *Derecho Constitucional y Cultura: Estudios En Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 439-462.

- “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, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, pp. 2159-2191.

CARRILLO, Marc: “La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos”, en FERRERES COMELLA, Víctor; BIGLINO CAMPOS, Paloma; CARRILLO, Marc: *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 63-88.

CARRO, José Luis: “Libertad de enseñanza y escuela privada”, en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 33, 1982, pp. 209-222.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario, hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CASTILLO, Luis: “La dimensión subjetiva o de libertad del derecho a la educación”, en *Persona y Derecho*, núm. 50, 2004, pp. 551-576.

CEBRIÁ GARCÍA, M^a Dolores: “El derecho a la libertad religiosa: el ateísmo como posible manifestación de su ejercicio conforme al ordenamiento vigente en España”, en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 14-15, 1996-1997, pp. 225-242.

CELADOR ANGÓN, Óscar: “Laicidad y estatuto jurídico de los profesores de religión en la escuela pública: las lecciones del modelo estadounidense”, en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 12, vol. I, 2012, pp. 107-142.

- “La religión en la escuela: el contexto español y europeo”, en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (dir.): *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Dykinson, Sevilla, 2005, pp. 301-337.

- *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

CONTRERAS MAZARÍO, José María: *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

COTINO HUESO, Lorenzo: *El derecho a la educación como derecho fundamental, especial atención a su dimensión social prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

CUBILLAS RECIO, L. Mariano: “La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, en *Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 2, 2002, pp. 157-219.

- *Enseñanza confesional y cultura religiosa. Estudio jurisprudencial*, Secretario de Publicaciones e Intercambio Científico-Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997.

DÍAZ REVORIO, F. Javier: *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el Ordenamiento Estatal y Autonómico de Castilla-la Mancha*, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 2002.

DIEGO-LORA, Carmelo de: “La enseñanza religiosa escolar después de los Acuerdos de 1992 con federaciones religiosas no católicas”, en *Ius Canonicum*, vol. XXXIII, núm. 65, 1993, pp. 97-122.

- “La igualdad constitucional, en los escolares, opten o no por la enseñanza religiosa”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. V, 1989, pp. 121-133.

DÍEZ-PICAZO, Luís María: *Sistema de derechos fundamentales*, [3ª ed.], Civitas, Madrid, 2008.

- “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: repuesta a Francisco Caamaño”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, pp. 63-70.

- “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pp. 63-75.

DURISOTTO, David: *Educazione e libertà religiosa del minore*, Jovene Editore, Nápoles, 2011.

ELVIRA PERALES, Ascensión: “Libertad de circulación y orden público en España”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2008 [revista electrónica].

EMBID IRUJO, Antonio: “La descentralización en la enseñanza. Marco jurídico y problemas pendientes”, en EMBID IRUJO, Antonio [et al.]: *La descentralización de la enseñanza*, Egido editorial, Zaragoza, 1999, pp. 15-53.

- “La transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 21, 1994, pp. 7-37.

- *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1982.

- “El contenido del derecho a la educación”, en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 31, 1981, pp.653-681.

ESTEBAN, Jorge de; LÓPEZ GUERRA, Luis: *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1982.

EXPÓSITO, Enriqueta: *La libertad de cátedra*, Tecnos, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ SORIA, Juan Manuel: “Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la reforma educativa (LOE)”, en *Revista de educación*, núm. 346, 2008, pp. 245-265.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: “Artículo 27. Enseñanza”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, pp. 157-272.

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

FERRARI, Silvio; IBÁN, Iván C.: *Derecho y religión en Europa occidental*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

FERREIRO GALGUERA, Juan: “Símbolos religiosos en la escuela pública: crucifijos en el aula y alumnas con *hiyab*”, en SOUTO PAZ, José Antonio (dir.): *Educación y libertad*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 81-126.

- *Profesores de religión de la enseñanza pública y Constitución Española*, Universidade da Coruña-Atelier, Barcelona, 2004.

FORNÉS, Juan: “La enseñanza de la religión en España”, en *Ius Canonicum*, núm. 40, 1980, pp. 87-114.

GALLEGO-DÍAZ, Soledad; CUADRA, Bonifacio de la: *Crónica secreta de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1989.

GARCÍA GARCÍA, Ricardo: *La Comunidad de Madrid ante la libertad religiosa*, Colex, Madrid, 2010.

GARCÍA VILARDELL, M^a Rosa: “El derecho educativo paterno a la formación religiosa y moral de los hijos: precisiones en torno a su alcance. Su aplicación al caso concreto del *homeschooling*”, en POLO SABAU, José Ramón (dir.): *Anuario de Derecho a la educación*, 2012, pp. 129-161.

- “La libertad de creencias del menor y las potestades educativas paternas: la cuestión del derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 66, 2009, pp. 325-351.

GARCÍA-PARDO, David: *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill Interamérica, Madrid, 1998.

GARCIMARTÍN MONTERO, Carmen: “Educación en el estado laico: ¿de quién es el derecho?”, en POLO SABAU, José Ramón (dir.): *Anuario de Derecho a la educación*, 2012, pp. 63-91.

- “La laicidad en las cortes constituyentes de 1978”, en *Ius Canonicum*, núm. 72, vol. XXXVI, 1996, pp. 539-594.

- GARRIDO FALLA, Fernando: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 626-647.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 123-145.
- GUILLÉN LÓPEZ, Enrique: “Derechos, principios y objetivos educativos”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (dir.): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pp. 537-549.
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús: *Tolerancia, educación y libertad religiosa. Reflexiones en torno a la Conferencia Internacional de Madrid sobre la educación escolar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- HERA, Alberto de la: “Los problemas de la libertad religiosa: el modelo español”, en ALENDA SALINAS [et al.]: *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, vol. I, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, pp. 155-165.
- IBÁN, Iván C.: “El contenido de la libertad religiosa”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. I, 1985, pp. 353-362.
- IBÁN, Iván C.; PRIETO SANCHÍS, Luís; MOTILLA, Agustín: *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: “Libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones religiosas en la Europa del siglo XXI”, en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y

Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 2008, pp. 13-81.

- “Educación en valores y enseñanza religiosa en el sistema educativo español”, en SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo; CONTRERAS MAZARÍO, José M^a (eds.): *Interculturalidad y educación en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 395-422.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio (ed.): *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

- “Libertad de conciencia y de religión”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001, pp. 11-42.

LÓPEZ GUERRA, Luis: “La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de educación”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 7, 1983, pp. 293-333.

LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, Alicia: “La educación en casa (*homeschooling*): ¿Una objeción a la escolarización?”, en POLO SABAU, José Ramón (dir.): *Anuario de derecho a la educación*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 181-195.

LORENZO VÁZQUEZ, Paloma: *Libertad religiosa y enseñanza en la constitución*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

LOZANO, Blanca: *La libertad de cátedra*, UNED-Marcial Pons, Madrid, 1995.

LUCAS VERDÚ, Pablo: “Libertad de cátedra”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XV, Seix, Barcelona, 1974, p. 341.

MANTECÓN SANCHO, Joaquín: “Acerca de la enseñanza religiosa de las confesiones minoritarias”, en ALENDA SALINAS [et al.]: *Estudios en homenaje al Profesor Martínez Valls*, vol. I, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, pp. 421-431.

- *El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, comentarios y bibliografía*, Eunsa, Pamplona, 1996.

MANTECÓN SANCHO, Joaquín; TIRAPU MARTÍNEZ, Daniel: “La enseñanza de la religión en el sistema educativo español”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 17-20, 1989-1992, pp. 127-144.

MARTÍ SÁNCHEZ, José M^a: “Conciencia del niño y libertad de enseñanza”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, 2008, pp. 471-491.

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro: *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto a las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Comares, Granada, 2002.

- “El derecho a la libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Ius Canonicum*, vol. XXXIII, núm. 65, 1993, pp. 61-96.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho Público)*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, pp. 287-328.

MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: *La enseñanza de la religión en los centros docentes: (a la luz de la Constitución y del acuerdo con la Santa Sede)*, Universidad, Murcia, 1993.

- *La interpretación de la Constitución en materia de enseñanza y problemas del estatuto de centro escolares*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1982.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José: *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, Sevilla, 2003.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis: “El artículo 27 CE: análisis de su contenido, doctrina, jurisprudencia. Tratados internacionales suscritos por España”, en REQUEJO IBÁÑEZ, José Luis; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (dirs.): *Los derechos fundamentales en la educación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 15-78.

- “La educación en la Constitución española (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)”, en *Persona y Derecho*, núm. 6, 1979, pp. 215-295.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 2003, (revista electrónica).

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Granada, 13-16 de mayo de 1997*, Comares, Granada, 1998.

MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, Marina: *Análisis jurídico de la libertad de enseñanza a través de la realidad educativa de los centros docentes de gestión privada*, Universidad de Málaga-Servicio de Publicaciones, Málaga, 2005.

- MORENO ANTÓN, María: *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007.
- MORENO BOTELLA, Gloria: “Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro”, en MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Marcos (coords.): *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio fundamental de la libertad religiosa en España*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, pp. 391-428.
- MOTILLA, Agustín: *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- MOZOS TOUYA, Isabel de: *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995.
- NICOLÁS MUÑIZ, Jaime: “Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 7, 1983, pp. 335-356.
- NOGUEIRA, Rosario: *Principios constitucionales del sistema educativo español*, Centro de Publicaciones Ministerio de educación y ciencia, Madrid, 1988.
- ODRIOZOLA IGUAL, Cristina: “El derecho a la educación como mecanismo de control en los conflictos entre ideario y libertad de cátedra”, en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 3, 2003, pp. 277-308.
- OLIVERAS JANÉ, Neus: “La evolución de la libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. 33, 2006 (revista electrónica).

- OLLERO, Andrés: “Un Estado laico: apuntes para un léxico argumental, a modo de introducción”, en *Persona y derecho*, núm. 53, 2005, pp. 21-53.
- ORTIZ DÍAZ, José: *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, Málaga, 1980.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de: *Obras completas*, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010.
- PALACIOS, Máximo; CASTILLO, Javier; CALLE, Natalia de la: “El derecho a la educación en la Constitución Española de 1978”, en *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 12, 2005, pp. 435-452.
- POLO SABAU, José Ramón: “La enseñanza de la religión en la escuela pública: fundamento constitucional y desarrollo normativo”, en *Iustel. Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 33, 2013 (revista electrónica).
- “En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución española”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 129, 2005, pp. 137-162.
- PORRAS RAMÍREZ, José María (coord.), *Derecho y factor religioso*, Tecnos, Madrid, 2011.
- PORRAS RAMÍREZ, José María: *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luís: “Religión y política. (A propósito del Estado laico)”, en *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005, pp. 113-138.

- PUELLES BENÍTEZ, Manuel de: *Educación e ideología en la España contemporánea*, Labor, Barcelona, 1980.
- PUENTE ALCUBILLA, Verónica: *Minoría de edad, religión y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Dirección General de Acción Social, del Menor y de la Familia, Madrid, 2001.
- REDONDO ANDRÉS, M^a José: “La libertad religiosa del menor”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XX, 2004, pp. 131- 161.
- REDONDO, Ana María: *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- RIBES SURIOL, Ana I.: “La enseñanza actual de la religión católica en España: influencia de la historia”, en ALENDA SALINAS, Manuel [et al.]: *Estudios en homenaje al Profesor Martínez Valls*, vol. I, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, pp. 585-593.
- ROCA, M^a José: “«Teoría» y «práctica» del principio de laicidad del Estado. Acerca de su contenido y su función jurídica”, en *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005, pp. 223-257.
- RODRIGO LARA, María Belén: *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Universidad Complutense-Facultad de Derecho-Servicio de publicaciones, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel: “La enseñanza de la religión en la escuela pública española (1979-2005)”, en *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 2005 (revista electrónica).
- RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1998.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: “El Estado aconfesional o neutro como sujeto «religiosamente incapaz». Un modelo explicativo del artículo 16.3 CE”, en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 2008, pp. 115-146.

ROSADO VILLAVERDE, Cecilia: “Inmigración y educación: la aparición de guetos escolares en los centros educativos”, en SOUTO PAZ, José Antonio (dir.), *Educación y libertad*, Dykinson, Madrid, 2012.

-*La regulación estatutaria de los derechos y libertades*, Dykinson, Madrid, 2012.

RUBIO LLORENTE, Francisco: “Constitución y educación”, en SÁNCHEZ AGESTA, Luis (coord.): *Constitución y economía: la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales: [textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid los días 29 y 30 de Junio de 1977]*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pp. 99-108.

RUIZ MIGUEL, Alfonso: “Para una interpretación laica de la Constitución”, en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 2008, pp. 147-178.

SALGUERO, Manuel: *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, Ariel, Barcelona, 1997.

SATRÚSTEGUI, Miguel: “Los derechos en el ámbito educativo”, en LÓPEZ GUERRA, Luis [et al.]: *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 361-383.

SEGLERS, Álex: “La descentralización autonómica del Registro de Entidades Religiosas (RER)”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 2003, (revista electrónica).

SEPÚLVEDA SÁNCHEZ: Alfredo: *Profesores de religión: aspectos históricos, jurídicos y laborales*, Atelier, Barcelona, 2005.

SOUTO GALVÁN, Beatriz: “La enseñanza de la religión en el sistema educativo español”, en POLO SABAU, José Ramón (dir.): *Anuario de Derecho a la educación*, 2012, pp. 279-300.

SOUTO PAZ, Antonio; SOUTO GALVÁN, Clara: *El derecho a la libertad de creencias*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo: “La laicidad en la Constitución española”, en *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005, pp. 157-182.

- “La enseñanza de la religión en el sistema educativo español”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 4, 2004, pp. 225-247.

TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro: “El desarrollo postconstitucional del derecho fundamental de libertad religiosa en España”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 120, 2003, pp. 243-268.

TRONCOSO REIGADA, Antonio: “La clase de religión y su alternativa constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45 (I), 1996, pp. 241-289.

VALENCIA CANDALIJA, Rafael: *La enseñanza de la religión en el Ordenamiento estatal y autonómico*, Dykinson-Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, Madrid, 2013.

- VALERO HEREDIA, Ana: *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J.: *Laicidad y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, José María: “La enseñanza de la religión católica en España: algunos aspectos de sus regulaciones tras la Constitución de 1978”, en *Ius Canonicum*, núm. 89, 2005, pp. 143-181.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- VILADRICH, Pedro-Juan; FERRER ORTIZ, Javier: “Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español”, en FERRER ORTIZ, Javier (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*, [6ª ed.], Eunsa, Pamplona, 2007.

ANEXO: NORMATIVA SOBRE ENSEÑANZA RELIGIOSA EN CENTROS EDUCATIVOS

NORMATIVA DEL ESTADO DESDE LA APROBACIÓN DE 1978

Normativa vigente

Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (*BOE*, núm. 159, de 4 de julio de 1985).

Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (*BOE*, núm. 295, de 10 de diciembre de 2013).

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (*BOE*, núm. 106, de 4 de mayo de 2006).

Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil (*BOE*, núm. 4, de 4 de enero de 2007).

Orden ECI/3960/2007, de 19 de diciembre, por la que se establece el currículo y se regula la ordenación de la educación infantil (*BOE*, núm. 5, de 5 de enero de 2008).

Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación primaria (*BOE*, núm. 293, de 8 de diciembre de 2006).

Orden ECI/2211/2007, de 12 de julio, por la que se establece el currículo y se regula la ordenación de la Educación primaria (*BOE*, núm. 173, de 20 de julio de 2007).

Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria (*BOE*, núm. 5, de 5 de enero de 2007).

Orden ECI/2220/2007, de 12 de julio, por la que se establece el currículo y se regula la ordenación de la Educación secundaria obligatoria (*BOE*, núm. 174, de 21 de julio de 2007).

Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas (*BOE*, núm. 266, de 6 de noviembre de 2007).

Orden ESD/1729/2008, de 11 de junio, por la que se regula la ordenación y se establece el currículo del bachillerato (*BOE*, núm. 147, de 18 de junio de 2008).

Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (*BOE*, núm. 138, de 9 de junio de 2007).

Normativa derogada

Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (*BOE*, núm. 154, de 27 de junio de 1980).

Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (BOE, núm. 307, de 24 de diciembre de 2002).

Real Decreto 829/2003, de 27 de junio, por el que se establecen las enseñanzas comunes de la Educación Infantil (BOE, núm. 156, de 1 de julio de 2003).

Real Decreto 830/2003, de 27 de junio, por el que se establecen las enseñanzas comunes de la Educación Primaria (BOE, núm. 157, de 2 de julio de 2003).

Real Decreto 831/2003, de 27 de junio, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes de la Educación Secundaria Obligatoria (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2003).

Real Decreto 832/2003, de 27 de junio, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes del Bachillerato (BOE, núm. 159, de 4 de julio de 2003).

Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo (BOE, núm. 238, de 4 de octubre de 1990).

Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de la Religión (BOE, núm. 22, de 26 de enero de 1995).

Real Decreto 1330/1991, de 6 de septiembre, por el que se establecen los aspectos básicos del currículo de la Educación Infantil (BOE, núm. 215, de 7 de septiembre de 1991).

Real Decreto 1006/1991, de 14 de junio, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Primaria (BOE, núm. 152, de 26 de junio de 1991).

Real Decreto 1007/1991, de 14 de junio, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria (*BOE*, núm. 152, de 26 de junio de 1991).

Real Decreto 1700/1991, de 29 de noviembre, por el que se establece la estructura del Bachillerato (*BOE*, núm. 288, de 2 de diciembre de 1991).

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 (*BOE*, núm. 236, de 2 de octubre de 1993).

Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa (*BOE*, núm. 187, de 6 de agosto de 1970).

Orden de 16 de julio de 1980 sobre la enseñanza de la Religión y Moral de diversas Iglesias, Confesiones o Comunidades en Educación Preescolar y Educación General Básica (*BOE*, núm. 173, de 19 de julio de 1980).

Orden de 18 de julio de 1980 sobre la enseñanza de la Religión y Moral de diversas Iglesias, confesiones o comunidades en Bachillerato y Formación Profesional para el año académico 1980-81 (*BOE*, núm. 173, de 19 de julio de 1980).

NORMATIVA REFERIDA A LAS CONFESIONES RELIGIOSAS DESDE LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

IGLESIA CATÓLICA

Normativa vigente

Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 (instrumento de ratificación publicado en *BOE*, núm. 300, de 15 de diciembre de 1979).

Orden ECI/1957/2007, de 6 de junio, por la que se establecen los currículos de las enseñanzas de religión católica correspondientes a la educación infantil, a la educación primaria y a la educación secundaria obligatoria (*BOE*, núm. 158, de 3 de julio de 2007).

Orden de 5 de octubre de 1993 por la que se establece el currículo de «Religión Católica» en el Bachillerato (*BOE*, núm. 245, de 13 de octubre de 1993). [Existe una nueva versión del currículo, adaptada a la LOE, que no ha sido publicada por el Estado. Puede consultarse en: <http://www.conferenciaepiscopal.es/images/stories/comisiones/ensenanza/2007curriculo.pdf> (consultado el 03/12/2013)].

Convenio de 26 de febrero de 1999 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, de Educación Primaria y de Educación Secundaria (publicado en la Orden de 9 de abril de 1999, *BOE*, núm. 94, de 20 de abril de 1999).

Normativa derogada

Orden ECD/3509/2003, de 15 de diciembre, por la que se establecen los currículos del área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión (Opción Confesional Católica) correspondientes a la Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, y de las enseñanzas de Religión Católica en la Educación Infantil (*BOE*, núm. 301, de 17 de diciembre de 2003).

Orden de 3 de noviembre de 1993 por la que se establece el currículo del área de «Religión Católica» en la Educación Infantil, y se le asigna un tiempo específico en la jornada escolar (*BOE*, núm. 270, de 11 de noviembre de 1993).

Orden de 20 de febrero de 1992 por la que se establece el currículo del área de «Religión Católica» en la Educación Primaria (*BOE*, núm. 60, de 10 de marzo de 1992).

Orden de 20 de febrero de 1992 por la que se establece el currículo del área de «Religión Católica» en la Educación Secundaria Obligatoria (*BOE*, núm. 60, de 10 de marzo de 1992).

Orden de 18 de julio de 1980 sobre enseñanza de la Religión y Moral Católicas en los Centros docentes de Educación Preescolar y Educación General Básica (*BOE*, núm. 173, de 19 de julio de 1980).

Orden de 16 de julio de 1980 sobre enseñanza de la Religión y Moral Católico en Bachillerato y Formación Profesional (*BOE*, núm. 173, de 19 de julio de 1980).

Convenio de 20 de mayo de 1993 sobre el régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza de la religión católica en los Centros públicos de Educación Primaria (publicado en la Orden de 9 de septiembre de 1993, *BOE*, núm. 219, de 13 de septiembre de 1993).

OTRAS CONFESIONES

Ley 24/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (*BOE*, núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).

Orden de 28 de junio de 1993 por la que se dispone la publicación de los currículos de Enseñanza Religiosa Evangélica, correspondiente a Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato (*BOE*, núm. 160, de 6 de julio de 1993).

Convenio de 12 de marzo de 1996 sobre designación y régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza religiosa evangelica, en los centros decentes públicos de Educación Primaria y Secundaria (publicado en la Resolución de 23 de abril de 1996, *BOE*, núm. 108, de 4 de mayo de 1996).

Ley 25/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (*BOE*, núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).

Orden de 9 de abril de 1981 por la que se incorpora a los niveles de Educación Preescolar y Educación General Básica el programa de la enseñanza religiosa judía y establecido por la Federación de Comunidades Israelitas de España (*BOE*, núm. 95, de 21 de abril de 1981).

Ley 26/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (*BOE*, núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).

Orden de 11 de enero de 1996 por la que se dispone la publicación de los currículos de Enseñanza Religiosa Islámica correspondientes a Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato (*BOE*, núm. 16, de 18 de enero de 1996).

Convenio de 12 de marzo de 1996 sobre designación y régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza religiosa islámica, en los centros decentes públicos de Educación Primaria

y Secundaria (publicado en la Resolución de 23 de abril de 1996, *BOE*, núm. 107, de 3 de mayo de 1996).

Orden de 1 de julio de 1983 por la que se incorpora a los Niveles de Educación Preescolar y Educación General Básica el programa de la Enseñanza Religiosa Adventista, propuesto por la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día (*BOE*, núm. 163, de 9 de julio de 1983).

Orden de 7 de noviembre de 1983 por la que se incorpora al Bachillerato el programa de la Enseñanza Religiosa Adventista propuesto por la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día (*BOE*, núm. 272, de 14 de noviembre de 1983).

Orden de 22 de noviembre de 1985 por la que se incorpora al nivel de Educación General Básica el programa de la Enseñanza Religiosa de la iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (*BOE*, núm. 287, de 30 de noviembre de 1985).

Orden de 19 de junio de 1984 por la que le incorporan a los planes de estudios de Bachillerato y de Formación Profesional las enseñanzas de formación religiosa de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días y se aprueban los cuestionarios y las orientaciones pedagógicas (*BOE*, núm. 161, de 6 de julio de 1984).

NORMATIVA VIGENTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

Orden de 29 de febrero de 2012, por la que se dispone dar publicidad al convenio de colaboración entre la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía y la Consejería de Educación del Consejo

Evangélico Autonómico de Andalucía (CEAA), sobre la enseñanza de la Religión Evangélica en Andalucía (*BOJA*, núm. 61, de 28 de marzo de 2012).

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (*BOE*, núm. 68, de 20 de marzo de 2007).

Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía (*BOJA*, núm. 252, de 26 de diciembre de 2007).

Decreto 428/2008, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas correspondientes a la Educación Infantil en Andalucía (*BOJA*, núm. 164, de 19 de agosto de 2008).

Orden de 29 de diciembre de 2008, por la que se establece la Ordenación de la Evaluación en la Educación Infantil en la Comunidad Autónoma de Andalucía. (*BOJA*, núm. 15, de 23 de enero de 2009).

Decreto 230/2007, de 31 de julio, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas correspondientes a la educación primaria en Andalucía (*BOJA*, núm. 156, de 8 de agosto de 2007).

Orden de 10 de agosto de 2007, por la que se establece la ordenación de la evaluación del proceso de aprendizaje del alumnado de educación primaria en la Comunidad Autónoma de Andalucía (*BOJA*, núm. 166, de 23 de agosto de 2007)

Decreto 231/2007, de 31 de julio, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas correspondientes a la educación secundaria obligatoria en Andalucía (*BOJA*, núm. 156, de 8 de agosto de 2007).

Orden de 10 de agosto de 2007, por la que se establece la ordenación de la evaluación del proceso de aprendizaje del alumnado de educación secundaria obligatoria en la Comunidad Autónoma de Andalucía (*BOJA*, núm. 166, de 23 de agosto de 2007).

Decreto 416/2008, de 22 de julio, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas correspondientes al Bachillerato en Andalucía (*BOJA*, núm. 149, de 28 de julio de 2008).

Orden de 5 de agosto de 2008, por la que se desarrolla el currículo correspondiente al Bachillerato en Andalucía (*BOJA*, núm. 169, de 26 de agosto de 2008).

Orden de 13 de diciembre de 1994, por la que se establece el currículum de religión católica en el Bachillerato, en Andalucía (*BOJA*, núm. 3, de 10 de enero de 1995).

ARAGÓN

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía para Aragón (*BOE*, núm. 97, de 23 de abril de 2007).

Ley 6/2008, de 26 de diciembre, de Educación de Cantabria (*BOE*, núm. 21, de 24 de enero de 2009; *BOCAN*, núm. 251, de 30 de diciembre de 2008).

Orden de 28 de marzo de 2008, del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, por la que se aprueba el currículo de la Educación infantil y se autoriza su aplicación en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Aragón (*BOA*, núm. 43, de 14 de abril de 2008).

Orden de 9 de mayo de 2007, del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, por la que se aprueba el currículo de la Educación primaria y se autoriza su aplicación en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Aragón (*BOA*, núm. 65, de 1 de junio de 2007).

Orden de 9 de mayo de 2007, del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, por la que se aprueba el currículo de la Educación secundaria obligatoria y se autoriza su aplicación en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Aragón (*BOA*, núm. 65, de 1 de junio de 2007).

Orden de 1 de julio de 2008, del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, por la que se aprueba el currículo del Bachillerato y se autoriza su aplicación en los centros docentes de la Comunidad autónoma de Aragón (*BOA*, núm. 105, de 17 de julio de 2008).

PRINCIPADO DE ASTURIAS

Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias (*BOE*, núm. 9, de 11 de enero de 1982).

Ley Orgánica 1/1994, de 24 de marzo, de reforma de los artículos 10, 11, 12, 13 y 18 de la Ley Orgánica 7/1981, de Estatuto de Autonomía para Asturias (*BOE*, núm. 72, de 25 de marzo de 1994).

Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 7/1981, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (*BOE*, núm. 7, de 8 de enero de 1999).

Decreto 85/2008, de 3 de septiembre, por el que se establece el currículo del segundo ciclo de Educación Infantil (*BOPA*, núm. 122, de 11 de septiembre de 2008).

Decreto 56/2007, de 24 de mayo, por el que se regula la ordenación y se establece el currículo de la Educación Primaria en el Principado de Asturias (*BOPA*, de 16 de junio de 2007).

Decreto 74/2007, de 14 de junio, por el que se regula la ordenación y se establece el currículo de la Educación secundaria obligatoria en el Principado de Asturias (*BOPA*, núm. 162, de 12 de julio de 2007).

Decreto 75/2008, de 6 de agosto, por el que se establece la ordenación y el currículo del Bachillerato (*BOPA*, núm. 196, de 22 de agosto de 2008).

ISLAS BALEARES

Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las *Illes Balears* (*BOE*, núm. 52, de 1 de marzo de 2007).

Decreto 67/2008, de 6 de junio, por el cual se establece la ordenación general de las enseñanzas de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria obligatoria en las Islas Baleares (*BOIB*, núm. 83, de 14 de junio de 2008).

Decreto 71/2008, de 27 de junio, por el cual se establece el currículo de la educación infantil en las Islas Baleares (*BOIB*, núm. 92, de 2 de julio de 2008).

Decreto 72/2008, de 27 de junio, por el cual se establece el currículo de la educación primaria en las Islas Baleares (*BOIB*, núm. 92, de 2 de julio de 2008).

Orden de la Consejera de Educación y Cultura de 22 de diciembre. Evaluación del aprendizaje del alumnado de educación primaria en las Islas Baleares (*BOIB*, núm. 2, de 3 de enero de 2009).

Orden de la consejera de Educación y Cultura de día 27 de abril de 2009, sobre el desarrollo de la educación primaria en las Islas Baleares (*BOIB*, núm. 69, de 12 de mayo de 2009).

Decreto 73/2008, de 27 de junio, por el cual se establece el currículo de la educación secundaria obligatoria en las Islas Baleares (*BOIB*, núm. 92, de 2 de julio de 2008).

Orden de la Consejera de Educación y Cultura de 22 de diciembre de 2008, sobre la evaluación del aprendizaje del alumnado de educación secundaria obligatoria en las Islas Baleares (*BOIB*, núm. 2, de 3 de enero de 2009).

Orden de la consejera de Educación y Cultura de día 27 de abril de 2009, sobre el desarrollo de la educación secundaria obligatoria en las Islas Baleares (*BOIB*, núm. 69, de 12 de mayo de 2009).

Decreto 82 /2008, de 25 de julio, por el cual se establece la estructura y el currículo del bachillerato en las Islas Baleares (*BOIB*, núm. 107, de 1 de agosto de 2008).

Orden de la consejera de Educación y Cultura de día 27 de abril de 2009, sobre el desarrollo del bachillerato en las Islas Baleares (*BOIB*, núm. 69, de 12 de mayo de 2009).

CANARIAS

Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias (*BOE*, núm. 195, de 16 de agosto de 1982).

Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias (*BOE*, núm. 315, de 31 de diciembre de 1996).

Decreto 183/2008, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación y el currículo del 2º ciclo de la Educación Infantil en la Comunidad Autónoma de Canarias (*BOC*, núm. 163, de 14 de agosto de 2008).

Decreto 126/2007, de 24 de mayo, por el que se establece la ordenación y el currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de Canarias (*BOC*, núm. 112, de 6 de junio de 2007).

Decreto 127/2007, de 24 de mayo, por el que se establece la ordenación y el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de Canarias (*BOC*, núm. 113, de 7 de junio de 2007).

Orden de 7 de noviembre de 2007, por la que se regula la evaluación y promoción del alumnado que cursa la enseñanza básica y se establecen los requisitos para la obtención del Título de Graduado o Graduada en Educación Secundaria Obligatoria (*BOC*, núm. 235, de 23 de noviembre de 2007).

Decreto 187/2008, de 2 de septiembre, por el que se establece la ordenación del Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Canarias (*BOC*, núm. 185, de 16 de septiembre de 2008).

Orden de 14 de noviembre de 2008, por la que se regula la evaluación y promoción del alumnado que cursa Bachillerato y se establecen

los requisitos para la obtención del Título de Bachiller (*BOC*, núm. 236, de 25 de noviembre de 2008).

Orden de 18 de junio de 2010, por la que se regula la impartición de determinadas áreas o materias en Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Canarias (*BOC*, núm. 163, de 14 de agosto de 2008).

CANTABRIA

Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria (*BOE*, núm. 9, de 11 de enero de 1982).

Ley Orgánica 2/1994, de 24 de marzo, sobre reforma del Estatuto de Autonomía para Cantabria (*BOE*, núm. 72, de 25 de marzo de 1994).

Ley Orgánica 11/1998, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria (*BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1998).

Ley 6/2008, de 26 de diciembre, de Educación de Cantabria (*BOE*, núm. 21, de 24 de enero de 2009; *BOCAN*, núm. 251, de 30 de diciembre de 2008).

Decreto 79/2008, de 14 de agosto por el que se establece el currículo del segundo ciclo de Educación Infantil en la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOCAN*, núm. 164, de 25 de agosto de 2008).

Orden EDU/62/2008, de 18 de agosto, por la que se dictan instrucciones para la implantación del Decreto 79/2008, de 14 de

agosto, por el que se establece el currículo del segundo ciclo de Educación Infantil en la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOCAN*, núm. 167, de 28 de agosto de 2008).

Decreto 56/2007, de 10 de mayo, por el que se establece el currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOCAN*, núm. 100, de 24 de mayo de 2007).

Orden EDU/41/2007, de 13 de junio, por la que se dictan instrucciones para la implantación del Decreto 56/2007, de 10 de mayo, por el que se establece el currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOCAN*, núm. 123, de 26 de junio de 2007).

Decreto 57/2007, de 10 de mayo, por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOCAN*, núm. 101, de 25 de mayo de 2007).

Orden EDU/43/2007, de 20 de mayo, por la que se dictan instrucciones para la implantación del Decreto 57/2007, de 10 de mayo, por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOCAN*, núm. 126, de 29 de junio de 2007).

Orden EDU/56/2007, de 28 de noviembre, por la que se establecen las condiciones para la evaluación, promoción y titulación en Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOCAN*, núm. 237, de 7 de diciembre de 2007).

Decreto 74/2008, de 31 de julio por el que se establece el Currículo del Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOCAN*, núm. 156, de 12 de agosto de 2008).

Orden EDU/58/2008, de 8 de agosto, por la que se dictan instrucciones para la implantación del Decreto 74/2008, de 31 de julio, por el que se establece el Currículo de Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOCAN*, núm. 159, de 18 de agosto de 2008).

Orden EDU/100/2008, de 21 de noviembre, por la que se regulan las condiciones para la evaluación en el Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOCAN*, núm. 232, de 1 de diciembre de 2008).

CASTILLA Y LEÓN

Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (*BOE*, núm. 288, de 1 de diciembre de 2007).

Decreto 122/2007, de 27 de diciembre, por el que se establece el currículo del segundo ciclo de la Educación Infantil en la Comunidad de Castilla y León (*BOCL*, núm. 1, de 2 de enero de 2008).

Orden EDU/721/2008, 5/05, por la que se regula la implantación, el desarrollo y la evaluación del segundo ciclo de la educación infantil en la Comunidad de Castilla y León (*BOCL*, núm. 89, de 12 de mayo de 2008).

Decreto 40/2007, de 3 de mayo, por el que se establece el Currículo de la Educación Primaria en la Comunidad de Castilla y León (*BOCL*, núm. 89, de 9 de mayo de 2007).

Orden EDU/1045/2007, de 12 de junio, por la que se regula la implantación y el desarrollo de la educación primaria en la

Comunidad de Castilla y León (*BOCL*, núm. 114, de 13 de junio de 2007).

Decreto 52/2007, de 17 de mayo, por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad de Castilla y León (*BOCL*, núm. 99, de 23 de mayo de 2007).

Orden EDU/1046/2007, de 12 de junio, por la que se regula la implantación y el desarrollo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad de Castilla y León (*BOCL*, núm. 114, de 13 de junio de 2007).

Decreto 42/2008, de 5 de junio, por el que se establece el currículo de bachillerato en la Comunidad de Castilla y León (*BOCL*, núm. 111, de 11 de junio de 2008).

Orden EDU/1061/2008, de 19 de junio, por la que se regula la implantación y el desarrollo del bachillerato en la Comunidad de Castilla y León (*BOCL*, núm. 118, de 20 de junio de 2008).

CASTILLA-LA MANCHA

Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (*BOE*, núm. 195, de 16 de agosto de 1982).

Ley Orgánica 7/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (*BOE*, núm. 72, de 25 de marzo de 1994).

Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (*BOE*, núm. 159, de 4 de julio de 1997).

Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha (*BOE*, núm. 248, de 13 de octubre de 2010; *DOCM*, núm. 144, de 28 de julio de 2010).

Decreto 67/2007, de 29 de mayo de 2007, por el que se establece y ordena el currículo del segundo ciclo de la Educación infantil en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, núm. 116, de 1 de junio de 2007).

Orden de 12 de mayo de 2009, de la Consejería de Educación y Ciencia, por la que se regula la evaluación del alumnado del segundo ciclo de Educación infantil en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, núm. 96, de 21 de mayo de 2009).

Decreto 68/2007, de 29 de mayo de 2007, por el que se establece y ordena el currículo de la Educación primaria en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, núm. 116, de 1 de junio de 2007).

Orden de 12 de junio de 2007, de la Consejería de Educación y ciencia por la que se establece el horario y la distribución de las áreas de conocimiento en la Educación Primaria de la CCAA de Castilla-La Mancha (*DOCM*, núm. 129, de 20 de junio de 2007).

Decreto 69/2007, de 29 de mayo de 2007, por el que se establece y ordena el currículo de Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, núm. 116, de 1 de junio de 2007).

Orden de 12 de junio de 2007 de la Consejería de Educación y Ciencia por la que se establece el horario y la distribución de las materias en la Educación secundaria obligatoria en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, núm. 129, de 20 de junio de 2007).

Decreto 85/2008, de 17 de junio de 2008, por el que se establece y ordena el currículo del bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, núm. 128, de 20 de junio de 2008).

Orden de 25 de junio de 2008, de la Consejería de Educación y Ciencia, por la que se establecen el horario y la distribución de las materias del bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, núm. 132, de 25 de junio de 2008).

Orden de 9 de junio de 2009, de la Consejería de Educación y Ciencia, por la que se regula la evaluación del alumnado en el bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, núm. 114, de 15 de junio de 2009).

CATALUÑA

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (*BOE*, núm. 172, de 20 de julio de 2006).

Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación (*BOE*, núm. 189, de 6 de agosto de 2009; *DOG*, núm. 5422, de 16 de julio de 2009).

Decreto 181/2008, de 9 de septiembre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil (*DOG*, núm. 5216, de 16 de septiembre de 2008).

Decreto 142/2007, de 26 de junio, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas de la educación primaria (*DOG*, núm. 4915, de 29 de junio de 2007).

Decreto 143/2007, de 26 de junio, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas de la educación secundaria obligatoria (*DOG*C, núm. 4915, de 29 de junio de 2007).

Decreto 142/2008, de 15 de julio, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas del bachillerato (*DOG*C, núm. 5183, de 29 de julio de 2008).

EXTREMADURA

Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (*BOE*, núm. 25, de 29 de enero de 2011).

Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura (*BOE*, núm. 70, de 23 de marzo de 2011; *DOE*, núm. 47, de 9 de marzo de 2011).

Decreto 4/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Currículo de Educación Infantil para la Comunidad Autónoma de Extremadura (*DOE*, núm. 12, de 18 de enero de 2008).

Orden de 16 de mayo de 2008 por la que se establecen determinados aspectos relativos a la ordenación e implantación de las enseñanzas de Educación Infantil, reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (*DOE*, núm. 100, de 26 de mayo de 2008).

Decreto 82/2007, de 24 de abril, por el que se establece el Currículo de Educación Primaria para la Comunidad Autónoma de Extremadura (*DOE*, núm. 50, de 3 de mayo de 2007).

Orden de 24 de mayo de 2007 por la que se establecen determinados aspectos relativos a la ordenación e implantación de las enseñanzas de Educación Primaria reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (*DOE*, núm. 64, de 5 de junio de 2007).

Decreto 83/2007, de 24 de abril, por el que se establece el Currículo de Educación Secundaria Obligatoria para la Comunidad Autónoma de Extremadura (*DOE*, núm. 51, de 5 de mayo de 2007).

Orden de 24 de mayo de 2007 por la que se regulan determinados aspectos relativos a la ordenación e implantación de las enseñanzas de Educación Secundaria Obligatoria establecidas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (*DOE*, núm. 64, de 5 de junio de 2007).

Decreto 115/2008, de 6 de junio, por el que se establece el currículo del Bachillerato en Extremadura (*DOE*, núm. 117, de 18 de junio de 2008).

Orden de 1 de agosto de 2008 por la que se regulan determinados aspectos relativos a la ordenación e implantación de las enseñanzas de establecidas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (*DOE*, núm. 157, de 13 de agosto de 2008).

GALICIA

Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia (*BOE*, núm. 101, de 28 de abril de 1981).

Decreto 330/2009, de 4 de junio, por el que se establece el currículo de la educación infantil en la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG*, núm. 121, de 23 de junio de 2009).

Orden de 25 de junio de 2009 por la que se regula la implantación, el desarrollo y la evaluación del segundo ciclo de la educación infantil en la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG*, núm. 134, de 10 de julio de 2009).

Decreto 130/2007, de 28 de junio, por el que se establece el currículo de la educación primaria en la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG*, núm. 132, de 9 de julio de 2007).

Orden de 23 de noviembre de 2007 por la que se regula la evaluación en la educación primaria en la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG*, núm. 232, de 30 de noviembre de 2007).

Decreto 133/2007, de 5 de julio, por el que se regulan las enseñanzas de la educación secundaria obligatoria en la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG*, núm. 136, de 13 de julio de 2007).

Orden de 6 de septiembre de 2007 por la que se desarrolla la implantación de la educación secundaria obligatoria en la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG*, núm. 177, de 12 de septiembre de 2007).

Decreto 126/2008, de 19 de junio, por el que se establece la ordenación y el currículo de bachillerato en la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG*, núm. 120, de 23 de junio de 2008).

Orden de 24 de junio de 2008 por la que se desarrolla la organización y el currículo de las enseñanzas de bachillerato en la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG*, núm. 124, de 27 de junio de 2008).

COMUNIDAD DE MADRID

Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (*BOE*, núm. 51, de 1 de marzo de 1983).

Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (*BOE*, núm. 72, de 25 de marzo de 1994).

Decreto 17/2008, de 6 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se desarrollan para la Comunidad de Madrid las enseñanzas de la Educación Infantil (*BOCM*, núm. 61, de 12 de marzo de 2008).

Decreto 22/2007, de 10 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo de la Educación Primaria (*BOCM*, núm. 126, de 29 de mayo de 2007).

Orden 3319-01/2007, de 18 de junio, del Consejero de Educación, por la que se regulan para la Comunidad de Madrid la implantación y la organización de la Educación Primaria derivada de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (*BOCM*, núm. 171, de 20 de julio de 2007).

Decreto 23/2007, de 10 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria (*BOCM*, núm. 126, de 29 de mayo de 2007).

Orden 3320-01/2007, de 20 de junio, del Consejero de Educación, por la que se regulan para la Comunidad de Madrid la implantación y la organización de la Educación Secundaria Obligatoria derivada de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (*BOCM*, núm. 185, de 6 de agosto de 2007).

Decreto 67/2008, de 19 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo del Bachillerato (*BOCM*, núm. 152, de 27 de junio de 2008).

Orden 3347/2008, de 4 de julio, de la Consejería de Educación, por la que se regula la organización académica de las enseñanzas del Bachillerato derivado de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (*BOCM*, núm. 168, de 16 de julio de 2008).

REGIÓN DE MURCIA

Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (*BOE*, núm. 146, de 19 de junio de 1982).

Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (*BOE*, núm. 72, de 25 de marzo de 1994).

Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio, de reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (*BOE*, núm. 143, de 16 de junio de 1998).

Decreto número 254/2008, de 1 de agosto, por el que se establece el currículo del Segundo Ciclo de la Educación Infantil en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (*BORM*, núm. 182, de 6 de agosto de 2008).

Orden de 22 de septiembre de 2008, de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, por la que se regulan, para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la implantación, el desarrollo y la evaluación en el segundo ciclo de la Educación Infantil (*BORM*, núm. 238, de 11 de octubre de 2008).

Decreto núm. 286/2007, de 7 de septiembre, por el que se establece el currículo de la educación primaria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (*BORM*, núm. 211, de 12 de septiembre de 2007).

Orden de 13 de septiembre de 2007, de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, por la que se regulan para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la implantación y el desarrollo de la Educación Primaria (*BORM*, núm. 223, de 26 de septiembre de 2007).

Decreto número 291/2007, de 14 de septiembre, por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (*BORM*, núm. 221, de 24 de septiembre de 2007).

Orden 25 de septiembre de 2007, de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, por la que se regulan para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la implantación y el desarrollo de la Educación Secundaria Obligatoria (*BORM*, núm. 234, de 9 de octubre de 2007).

Decreto núm. 262/2008, de 5 de septiembre, por el que se establece el currículo del Bachillerato en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (*BORM*, núm. 211, de 10 de septiembre de 2008).

Orden de 24 de septiembre de 2008, de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, por la que se regulan para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la implantación y desarrollo del Bachillerato (*BORM*, núm. 229, de 1 de octubre de 2008).

NAVARRA

Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra (*BOE*, núm. 195, de 16 de agosto de 1982).

Ley Foral 26/2002, de 2 de julio, de medidas para la mejora de las enseñanzas no universitarias (*BON*, núm. 84, de 12 de julio de 2002).

Decreto Foral 28/2007, de 26 de marzo, por el que se regula el primer ciclo de educación infantil en la Comunidad Foral de Navarra y se establecen los requisitos que deben cumplir los centros que lo imparten, así como los contenidos educativos del mismo (*BON*, núm. 56, de 4 de mayo de 2007).

Decreto Foral 24/2007, de 19 de marzo, por el que se establece el currículo de las enseñanzas de Educación Primaria en la Comunidad Foral de Navarra (*BON*, núm. 64, de 23 de mayo de 2007).

Orden Foral 51/2007, de 23 de mayo, del Consejero de Educación, por la que se regula la implantación de las enseñanzas correspondientes al segundo ciclo de la Educación infantil y a la Educación primaria, establecidas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y se dan instrucciones sobre la organización de los horarios de dichas enseñanzas para los centros docentes públicos y privados concertados situados en la Comunidad Foral (*BON*, núm. 74, de 15 de junio de 2007).

Decreto Foral 25/2007, de 19 de marzo, por el que se establece el currículo de las enseñanzas de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Foral de Navarra (*BON*, núm. 65, de 25 de mayo de 2007).

Orden Foral 52/2007, de 23 de mayo, del Consejero de Educación, por la que se regula la implantación de las enseñanzas de la Educación Secundaria Obligatoria recogidas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y se fija el horario de las mismas para los centros docentes públicos y privados concertados situados en la Comunidad Foral (*BON*, núm. 74, de 15 de junio de 2007).

Decreto Foral 49/2008, de 12 de mayo, por el que se establecen la estructura y el currículo de las enseñanzas del bachillerato en la Comunidad Foral de Navarra (*BON*, núm. 70, de 6 de junio de 2008).

Orden Foral 66/2008, de 14 de mayo, del Consejero de Educación, por la que se implanta el bachillerato, se desarrolla su estructura, se regula su organización, se fija su horario y se aprueba el currículo de materias optativas correspondientes al mismo en la Comunidad Foral de Navarra (*BON*, núm. 71, de 9 de junio de 2008).

PAÍS VASCO

Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (*BOE*, núm. 306, de 22 de diciembre de 1979).

Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca (*BOPV*, núm. 38, de 25 de febrero de 1993).

Ley 3/2008, de 13 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Escuela Pública Vasca (*BOPV*, núm. 118, de 23 de junio de 2008).

Decreto 12/2009, de 20 de enero, por el que se establece el currículo de la Educación Infantil y se implantan estas enseñanzas en la

Comunidad Autónoma del País Vasco (*BOPV*, núm. 21, de 30 de enero de 2009).

Decreto 175/2007, de 16 de octubre, por el que se establece el currículo de la Educación Básica y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco (*BOPV*, núm. 218, de 13 de noviembre de 2007).

Orden de 24 de junio de 2010, de la Consejera de Educación, Universidades e Investigación, por la que se da publicidad al currículo del área de Religión Católica de la Educación Básica para la Comunidad Autónoma del País Vasco establecido por la autoridad eclesiástica competente (*BOPV*, núm. 146, de 30 de julio de 2010).

Decreto 23/2009, de 3 de febrero, por el que se establece el currículo de Bachillerato y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco (*BOPV*, núm. 41, de 27 de febrero de 2009).

Decreto 97/2010, de 30 de marzo, por el que se modifica el Decreto que establece el currículo de la Educación Básica y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco (*BOPV*, núm. 72, de 20 de abril de 2010).

Orden de 26 de julio de 2010, de la Consejera de Educación, Universidades e Investigación, por la que se regula la ordenación y el proceso de evaluación en el Bachillerato (*BOPV*, núm. 174, de 9 de septiembre de 2010).

LA RIOJA

Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (*BOE*, núm. 146, de 19 de junio de 1982).

Ley Orgánica 3/1994, de 24 de marzo, de ampliación de competencias del Estatuto de Autonomía de La Rioja (*BOE*, núm. 72, de 25 de marzo de 1994).

Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 3/1982, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (*BOE*, núm. 7, de 8 de enero de 1999).

Decreto 25/2007, de 4 de mayo, por el que se establece el Currículo del Segundo Ciclo de Educación Infantil en la Comunidad Autónoma de La Rioja (*BOR*, núm. 62, de 8 de mayo de 2007).

Decreto 4/2011, de 28 de enero, por el que se establece el Currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de La Rioja (*BOR*, núm. 16, de 4 de febrero de 2011).

Orden 4/2008, de 4 de marzo, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de La Rioja, por la que se regula la evaluación del alumnado que cursa Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de La Rioja (*BOR*, núm. 43, de 29 de marzo de 2008).

Decreto 5/2011, de 28 de enero, por el que se establece el Currículo de la Educación Secundaria Obligatoria de la Comunidad Autónoma de La Rioja (*BOR*, núm. 16, de 4 de febrero de 2011).

Orden 23/2007, de 19 de Junio, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, por la que se regula la Impartición de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de La Rioja (*BOR*, núm. 84, de 23 de junio de 2007).

Orden 3/2008, de 22 de febrero, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, por la que se regula la evaluación, promoción y titulación del alumnado que cursa Educación Secundaria

Obligatoria en la Comunidad Autónoma de La Rioja (*BOR*, núm. 34, de 8 de marzo de 2008).

Decreto 45/2008, de 27 de junio, por el que se establece el currículo de bachillerato de la Comunidad Autónoma de La Rioja (*BOR*, núm. 88, de 3 de julio de 2008).

Orden 6/2009, de 16 de enero, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, por la que se regula la evaluación, promoción y titulación del alumnado que cursa bachillerato en la Comunidad Autónoma de La Rioja (*BOR*, núm. 12, de 26 de enero de 2009).

COMUNIDAD VALENCIANA

Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (*BOE*, núm. 86, de 11 de abril de 2006).

Decreto 38/2008, de 28 de marzo, del *Consell*, por el que se establece el currículo del segundo ciclo de la Educación Infantil en la *Comunitat Valenciana* (*DOCV*, núm. 5734, de 3 de abril de 2008).

Decreto 111/2007, de 20 de julio, del *Consell*, por el que se establece el currículo de la Educación Primaria en la *Comunitat Valenciana* (*DOCV*, núm. 5562, de 24 de julio de 2007).

Orden de 28 de agosto de 2007, de la *Conselleria* de Educación, por la que se regula el horario de la Educación Primaria (*DOCV*, núm. 5594, de 7 de septiembre de 2007).

Decreto 112/2007, de 20 de julio, del *Consell*, por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la *Comunitat Valenciana* (*DOCV*, núm. 5562, de 24 de julio de 2007).

Orden de 29 de abril de 2008, de la *Conselleria* de Educación, por la que se regula el horario de la educación secundaria obligatoria (*DOCV*, núm. 5763, de 15 de mayo de 2008).

Decreto 102/2008, de 11 de julio, del *Consell*, por el que se establece el currículo del bachillerato en la *Comunitat Valenciana* (*DOCV*, núm. 5806, de 15 de julio de 2008).

Orden de 24 de noviembre de 2008, de la *Conselleria* de Educación, sobre evaluación en bachillerato en la *Comunitat Valenciana* (*DOCV*, núm. 5913, de 15 de diciembre de 2008).