

## LIBERTAD DE CONCIENCIA DEL ALUMNO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CENTRO EDUCATIVO

### RESUMEN

En la Constitución de 1978 la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad del alumno (art. 27.2). En este proceso de desarrollo de la personalidad juegan un papel decisivo los derechos y libertades fundamentales, sobre todo el derecho a la libertad de conciencia por ser la conciencia un elemento esencial de la personalidad del individuo. La libertad de conciencia del alumno aparece condicionada por la naturaleza jurídica pública o privada del centro y, en consecuencia, por las características específicas de los centros públicos y privados: el deber de no adoctrinar en la escuela pública y el adoctrinamiento inherente a la escuela privada, concertada o no. Esta relación existente entre la libertad de conciencia del alumno y la naturaleza del centro es consecuencia del intento de conciliar los derechos de los integrantes de la comunidad escolar y, en último término, de entender la educación principalmente como un medio de transmisión de valores.

*Palabras clave:* Libertad de conciencia, enseñanza pública, enseñanza privada.

### ABSTRACT

#### THE FREEDOM OF CONSCIENCE OF THE PUPIL AND THE LEGAL STATUS OF THE LEARNING CENTRE

Under the 1978 Constitution education is considered to be aimed at fully developing the personality of the pupil (art. 27.2). Fundamental rights and liberties play a decisive role in this personality development process, especially the right to freedom of conscience; conscience being an essential part of the individual's personality. The freedom of conscience of the pupil is conditioned by the whether the learning centre is considered public or private under the law and, as a result, is also conditioned by the specific characteristics of those public and private educational centres: the duty not to indoctrinate in state schools and the indoctrination inherent to private schools, be they state-assisted or otherwise. This relationship between the freedom of conscience of the pupil and the type of school is a consequence of the attempt to conciliate the rights of those who form part of the school community and, ultimately, to understand education mainly as a means of passing on values.

*Keywords:* Freedom of conscience, state education, private, education.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

La familia y la escuela constituyen los principales ámbitos en los que la condición de sujeto de derechos del menor se proyecta y despliega efectos. Aunque la familia es un espacio privado, protegido constitucionalmente como tal por el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), no significa que en ella los individuos carezcan de derechos fundamentales, por no ser la familia un compartimento estanco o ajeno a la Constitución y a los derechos que consagra. No obstante, es en la escuela donde los derechos del menor alcanzan una mayor trascendencia social y pública, consecuencia de la importancia que el texto constitucional les reconoce en el desarrollo de la personalidad del alumno, en cuanto objeto y finalidad asignada constitucionalmente a la educación (art. 27.2 CE). Los derechos del alumno en la escuela aparecen condicionados por tres factores: ser normalmente un menor de edad; los derechos de los demás integrantes de la comunidad escolar, especialmente los derivados de la libertad de enseñanza, y el carácter o naturaleza del centro.

La importancia de los derechos y libertades fundamentales en el desarrollo de la personalidad del alumno se compadece con la concepción actual de la minoría de edad como un periodo dinámico de la vida del individuo, en el que desarrolla y madura la personalidad a través del ejercicio autónomo de los derechos. Al ser el alumno normalmente menor de edad, juegan especial protagonismo en sus derechos no sólo las peculiaridades inherentes a la condición de sujeto de derechos del menor, también el principio de interés del menor, en cuanto orden público que debe seguirse en cualquier actuación pública o privada seguida en relación con un menor. El interés del menor puede así entenderse como un auténtico principio informador del sistema educativo. Éste es el sentido del Principio 7º, párrafo 2º de la Declaración de Derechos del Niño de 1959: «El interés superior del niño, ha de ser el principio rector de aquellos que tengan la responsabilidad de su educación y orientación; esta responsabilidad incumbe en primer término, a los padres».

Los derechos del alumno deben conciliarse con los derechos de los demás integrantes de la comunidad escolar, principalmente aquellos derivados de la libertad de enseñanza, es decir, el derecho a la creación de centros y dotarlos de ideario, el de los padres a educar a sus hijos con arreglo a sus propias convicciones y el derecho a la libertad de cátedra del profesor<sup>1</sup>. Estos derechos de libertad de enseñanza responden a la consideración de la educación como un medio principalmente de transmisión de valores, y no sólo de los constitucionales, también de aquellos otros emanados de la sociedad que, por otro lado, viene a ser la esencia del pluralismo educativo (art. 1.1 CE). Es,

1 FJ. 8º, STC 5/1981, de 13 de febrero.

precisamente, en la educación entendida como transmisión de valores donde se enmarca el estudio de la libertad de conciencia del alumno en relación a la naturaleza jurídica del centro educativo. Dejaremos, pues, al margen de nuestro estudio aquellas cuestiones que suscitan en la educación las relaciones paterno-filiares, derivadas unas de la incidencia en ella de determinados derechos fundamentales de los progenitores —la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) y el derecho a educar a los hijos con arreglo a sus propias convicciones (art. 27.3 CE)—, y otras de las funciones educativas inherentes a la patria potestad<sup>2</sup>. En definitiva, la pretensión de este trabajo es modesta pero, entiendo, necesaria: explicitar la influencia de la naturaleza jurídica del centro en la libertad de conciencia como pauta previa para la aproximación a los problemas concretos que se presentan a los que, por otra parte, la doctrina ha dedicado importantes trabajos.

## II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ALUMNO EN EL SISTEMA EDUCATIVO

Los derechos del alumno en el sistema educativo están condicionados, además de por la naturaleza jurídica del centro educativo, por las peculiaridades inherentes a la condición de sujeto de derechos del menor, por ser los alumnos normalmente menores de edad. Aunque la Constitución de 1978 no reconoce expresamente al menor la condición de sujeto de derechos, sí lo hace de manera implícita en cada uno de los derechos que consagra<sup>3</sup>. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>4</sup> establece expresamente que: «los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución...», (art. 3 LOPJM)<sup>5</sup>. Además, España ha ratificado la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre Derechos del Niño<sup>6</sup>, en la que se reconoce al menor la condición de sujeto de derechos.

2 ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., El derecho de los padres a elegir la educación religiosa de los hijos, in: Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico (RGDCDE), 36 (2014); del mismo autor: Libertad religiosa del menor y relaciones paterno-filiares, in: Revista Española de Derecho canónico, 178 (2015), 13-32.

3 La Constitución a la hora de reconocer los derechos fundamentales utiliza expresiones que, de forma más o menos directa, se refieren también al menor. Así, por ejemplo, la expresión «Todos» para reconocer el derecho a la vida en el artículo 15 CE, o el derecho a la educación en el artículo 27 CE.

4 BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

5 El Preámbulo de la Ley señala: «Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende de diversos Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, que marcan el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo».

6 Ratificado por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

La minoría de edad incide en el ejercicio de los derechos no en la titularidad. El menor, conforme al artículo 30 CC, tiene capacidad jurídica y es titular pleno de derechos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad con el mayor de edad. Así, de la personalidad jurídica se predica su carácter esencialmente igual en toda persona por tratarse de la traducción jurídica de la dignidad personal que, conforme a los artículos 10 y 14 CE, no está sujeta a restricciones o limitaciones<sup>7</sup>. Ahora bien, el menor carece de la plena capacidad de obrar propia de la mayoría de edad, por eso la problemática de los derechos fundamentales en relación con los menores se desplaza de la titularidad al ejercicio. En concreto, el problema consiste en explicitar si el menor puede ejercer autónomamente derechos fundamentales y, en su caso, la capacidad necesaria. La regla general se contiene en el artículo 162.1 CC, del que se infiere que la capacidad suficiente para el ejercicio de los derechos es la denominada capacidad natural, la de querer y entender<sup>8</sup>. En este sentido, el artículo 6.3 LOPJM señala que: «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». El precepto está presumiendo el ejercicio del derecho por el menor, al que los padres sólo colaboran, y, aunque no haga referencia expresa, también presupone la existencia en él de capacidad suficiente para el ejercicio; esta capacidad no puede ser otra más que la natural. La LOPJM asume la naturaleza propia del menor de ser en devenir<sup>9</sup> y, en consecuencia, el desarrollo progresivo de su personalidad principalmente a través del ejercicio autónomo de los derechos. Este proceso no resulta idéntico en todos los individuos, de ahí que no pueda hablarse en nuestro ordenamiento de un menor sino de una pluralidad de menores en función de sus diferentes condiciones de madurez.

7 Al respecto, afirma L. Díez-PICAZO: «La personalidad, como traducción jurídica de la dignidad de la condición humana, no admite ningún tipo de restricciones o de limitaciones. No se puede ser más o menos persona, ni se tiene mayor o menor personalidad jurídica», Comentario al artículo 32, in ALBALADEJO, M. (coord.), Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales I, Madrid: EDERSA, 1978, 822.

8 Sobre el particular: ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., La patria potestad y la libertad de conciencia del menor, Madrid: Tecnos, 2006, 43-54.

9 «El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos», Exposición de Motivos de la LOPJM.

### 1. *Libre desarrollo de la personalidad y educación*

Un acercamiento a la Constitución y a la legislación educativa estatal y autonómica permite afirmar el papel esencial que desempeñan los derechos y libertades fundamentales en el proceso de desarrollo de la personalidad del alumno que implica la educación. La legislación educativa ha venido así a reconocer a los alumnos determinados derechos fundamentales, ya consagrados en la Constitución, con la finalidad de reafirmar su importancia en la educación y, a la vez, reforzar su posición en la comunidad educativa. En este sentido, la Constitución asigna como objeto y finalidad de la educación: « (...) el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales», (art. 27.2 CE). El precepto se compadece con la naturaleza evolutiva del menor y late en él la idea de que es el principal sujeto del derecho a la educación; ello a pesar de que el artículo 27.1 CE, al establecer que: «Todos tienen el derecho a la educación», reconoce este derecho también a los mayores de edad.

El marco para el desarrollo de la personalidad del alumno en el aula está constituido, conforme al artículo 27.2 CE, por el principio democrático de convivencia y los derechos y libertades fundamentales. Por eso, la primera norma educativa postconstitucional, la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regulaba el Estatuto de Centros Escolares (LOECE)<sup>10</sup>, reconoce el derecho a la educación<sup>11</sup> y le atribuye la finalidad de garantizar: «(...) el pleno desarrollo de la personalidad mediante una formación Humana integral y el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, así como la adquisición de hábitos intelectuales y de trabajo y la capacitación para el ejercicio de actividades profesionales», (artículo segundo. Uno). En este mismo sentido, la Ley Orgánica 8/1985, de 11 de julio reguladora del derecho a la Educación (LODE)<sup>12</sup>, actualmente vigente en este punto, establece como principio básico el derecho de todo español y extranjero residente en España a la educación básica gratuita (art. 1). En el artículo 2 reconoce los fines de la educación: «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

10 BOE núm. 154, de 27 de junio de 1980.

11 «Todos los españoles tienen derecho a recibir una educación básica y profesional que permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad...», (Artículo tercero. Uno).

12 BOE núm. 159, de 4 de Julio de 1985.

tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia»<sup>13</sup>.

Las normas educativas de las CCAU siguen a la Constitución y a la legislación estatal y reconocen como fin de la educación el desarrollo de la personalidad de los alumnos, que vinculan también con los derechos y libertades fundamentales de los mismos<sup>14</sup>. En este sentido, la Ley 17/2006, de Baleares,

13 La derogada LOGSE, Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1990), disponía en el artículo 1.1: «El sistema educativo español, configurado de acuerdo con los principios y valores de la Constitución, y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella y en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio. Reguladora del Derecho a la Educación, se orientará a la consecución de los siguientes fines previstos en dicha ley:

- a) El pleno desarrollo de la personalidad del alumno.
- b) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia».

También la derogada LOCE, Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2002), en el artículo 1.a), dentro de los principios de calidad del sistema educativo, reconocía: «La equidad, que garantiza una igualdad de oportunidades de calidad, para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, en el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales».

En la LOE, Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, actualmente derogada, (BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006) se disponía que el sistema educativo español debía configurarse de acuerdo con los valores de la Constitución y se asentaba en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella (art. 1).

La actual LOMCE Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013), respecto a los fines de la educación señala en el Preámbulo que: «En la esfera individual, la educación supone facilitar el desarrollo personal y la integración social. El nivel educativo determina, en gran manera, las metas y expectativas de la trayectoria vital, tanto en lo profesional como en lo personal, así como el conjunto de conocimientos, recursos y herramientas de aprendizaje que capacitan a una persona para cumplir con éxito sus objetivos.

Solo un sistema educativo de calidad, inclusivo, integrador y exigente, garantiza la igualdad de oportunidades y hace efectiva la posibilidad de que cada alumno o alumna desarrolle el máximo de sus potencialidades. Solo desde la calidad se podrá hacer efectivo el mandato del artículo 27.2 de la Constitución (...)».

14 Las leyes de protección de menores de las CCAU reconocen expresamente, a diferencia de la norma estatal, el derecho a la educación ante la importancia que reviste en relación con la persona del menor. Así: art. 10.1, Ley 3/1995, de 21 de marzo, de Murcia (BORM núm. 86, de 12 de Abril de 1995 y BOE núm. 131, de 02 de Junio de 1995); art. 13, Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, de Madrid (BOCM núm. 83 de 7 de Abril de 1995 y BOE núm. 183 de 2 de Agosto de 1995); Ley 1/1998, de 20 de Abril, de los derechos y la atención al menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 53, de 12 de Mayo de 1998 y BOE núm. 150, de 24 de Junio de 1998); art. 20.1, Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia de Aragón (BOA núm. 86, de 20 de Julio de 2001 y BOE núm. 189, de 8 de Agosto de 2001); art. 17, Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (BOCL núm. 145, de 29 de Julio de 2002 y BOE núm. 197, de 17 de Agosto de 2002); art. 24.1, Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (BON núm. 149, de 14 de Diciembre de 2005 y BOE núm. 1, de 2 de Enero de 2006); art. 23, Ley de 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco (BOPV núm. 59, de 30 de marzo de 2005 y BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2011); art.16, Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores, de La Rioja (BOLR núm. 33 de 9 de Marzo de 2006 y BOE núm. 70 de 23 de Marzo de 2006); art. 33.1, Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Integral de la atención y de los derechos de la infancia y

señala que: «En los términos establecidos en la legislación básica del Estado, todas las personas menores de edad tienen derecho a la educación y a recibir una formación integral que garantice el pleno desarrollo de sus capacidades y su identidad personal desde que nacen, en el seno de la familia, con la colaboración de las administraciones públicas de las Illes Balears», (art. 33.1)<sup>15</sup>; en la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña<sup>16</sup> se establece que el sistema educativo se rige, entre otros principios, por el respeto de los derechos y los deberes que se derivan de la Constitución, del Estatuto y del resto de legislación vigente (art.2.1.a), y la transmisión y consolidación de los valores propios de una sociedad democrática: la libertad personal, la responsabilidad, la solidaridad, el respeto y la igualdad (art.2.1.b). La Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha<sup>17</sup>, incide en los valores, derechos y deberes reconocidos por la Constitución y por el Estatuto de Autonomía como inspiradores del sistema educativo (art. 4.a), y en la educación como un proceso de construcción del propio saber y de transformación personal y social a través de la formación en valores humanistas, de salud y calidad de vida, de relación con las demás personas, de esfuerzo y trabajo, del saber científico y de defensa del patrimonio natural y cultural (art. 4.b).

---

adolescencia de las Islas Baleares (BOID núm. 163, de 18 de noviembre de 2006 y BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 2006); art. 23, Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana (DOCV núm. 5803, de 10 de julio de 2008 y BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008); art. 48, Ley 14/2010, de Cataluña, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (DOGC núm. 5641 de 2 de junio de 2010 y BOE núm. 156 de 28 de junio de 2010); art. 23.1, Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia (BOC núm. 34, Ext. de 28 de diciembre de 2010 y BOE núm. 19, de 22 de enero de 2011); art. 42.h), Ley 3/2011, de Galicia, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (DOGC núm. 5641 de 2 de junio de 2010 y BOE núm. 156 de 28 de junio de 2010); art. 14, Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha (DOCM núm. 201, de 17 de octubre de 2014 y BOE núm. 19, de 22 de Enero de 2011). No todas las legislaciones reconocen el derecho a la educación del menor; así: Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores (DOE núm. 134 de 24 de Noviembre de 1994 y BOE núm. 309 de 27 de Diciembre de 1994); Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor de Asturias (BOPA núm. 32, de 9 de Febrero de 1995 y BOE núm. 94, de 20 de Abril de 1995); La Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de las Islas Canarias (BOIC núm. 23, de 17 de febrero de 1997 y BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1997).

15 Dentro del concepto de formación integral, como derecho del menor, se incluye también: «la adquisición de conocimientos que le capaciten para el ejercicio futuro de actividades laborales y profesionales», artículo 23.1 de la Ley 12/2008 de Valencia. En el mismo sentido, el artículo 5.1.j), de la Ley 8/2010, de Cantabria reconoce: «El derecho de todas las personas menores a recibir el máximo nivel de educación posible, orientándola hacia su formación permanente y promoviendo que los métodos educativos faciliten la integración en una sociedad cambiante». La Ley 14/2010, de Cataluña, en el artículo 6 dispone que: «La crianza y formación de los niños y adolescentes debe garantizar su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, de manera libre, integral y armónica, y debe potenciar en todo momento sus capacidades educativas y de aprendizaje, y procurarles el bienestar físico, psicológico y social».

16 DOGC núm. 542, de 16 de Julio de 2009 y BOE núm. 189, de 06 de Agosto de 2009.

17 DOCM núm. 144, de 28 de Julio de 2010 y BOE núm. 248, de 13 de Octubre de 2010.

La Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura<sup>18</sup> establece entre los principios generales del sistema educativo: el respeto a la Constitución, al Estatuto de Autonomía de Extremadura, a las leyes estatales básicas en materia de educación y al resto del ordenamiento jurídico (art. 2.a), y entre los fines: el pleno desarrollo de la personalidad del alumnado mediante una formación humana integral y científica, así como la preparación para el ejercicio de la libertad en el respeto a los principios democráticos y los derechos y libertades fundamentales (art. 3.a)<sup>19</sup>.

En algunas legislaciones autonómicas se entiende la educación, vertebrada en torno a los principios constitucionales, también como un instrumento para la construcción de una ciudadanía del menor. Así, la Ley 17/2007, 10 de diciembre, de Educación de Andalucía<sup>20</sup>, entre los principios del sistema educativo público andaluz, reconoce la: «Formación integral del alumnado en sus dimensiones individual y social que posibilite el ejercicio de la ciudadanía, la comprensión del mundo y de la cultura y la participación en el desarrollo de la sociedad del conocimiento», (art. 4.1.a). El artículo 2.b) de la Ley 6/2008, de 26 de diciembre, de Educación de Cantabria<sup>21</sup> atribuye al sistema educativo la finalidad de formar ciudadanos críticos y responsables, capaces de comprender y participar activamente en el mundo actual<sup>22</sup>.

Algunas CCAU han promulgado normas de convivencia escolar, en las que ésta recae, precisamente, en la efectividad de los derechos y libertades de

18 DOE núm. 47, de 9 de Marzo de 2011 y BOE núm. 70, de 23 de Marzo de 2011.

19 También la Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca (BOPV núm. 38 de 25 de Febrero de 1993 y BOE núm. 35 de 10 de Febrero de 2012), el sistema educativo vasco tiene como fines garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la educación, constitucionalmente reconocido, eliminando los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra índole que lo impidan (art. 3.2.a), e impulsar el desarrollo en libertad de la personalidad y la formación integral de los alumnos, asentados en los valores que hacen posible la convivencia democrática, fomentando, entre otros, la capacidad y aptitud crítica, la igualdad, la justicia, la participación, el respeto al pluralismo y a la libertad de conciencia, la solidaridad, la inquietud social, la tolerancia y el respeto mutuo, así como la defensa de los derechos humanos (art. 3.2.b).

20 BOJA núm. 252, de 26 de Diciembre de 2007 y BOE núm. 20 de 23 de Enero de 2008.

21 BOC núm. 251, de 30 de Diciembre de 2008 y BOE núm. 21, de 24 de Enero de 2009.

22 La idea de construir desde el sistema educativo una ciudadanía del menor es recurrente en la legislación educativa autonómica. Así, el Decreto 67/2008, de 6 de junio de las Islas Baleares, por el cual se establece la ordenación general de las enseñanzas de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria obligatoria (BOIB núm. 83, de 14 de junio de 2008), señala que: «La transmisión o puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación», (art. 4.c.). La Ley 6/2014, de 25 de julio, de Educación no Universitaria de Canarias (BOIC núm. 152 de 7 de Agosto de 2014 y BOE núm. 238 de 1 de Octubre de 2014) reconoce como finalidad del sistema educativo: «Garantizar el desarrollo integral de todas las personas para que puedan alcanzar el mayor nivel en sus capacidades que les permitan el pleno ejercicio de sus derechos y deberes de ciudadanía, así como una adecuada inclusión social y profesional», (art.5.2.a).



los alumnos en la escuela<sup>23</sup>. Ahora bien, estas normas, y ello al margen de lo positivo del reconocimiento que hacen de los derechos del menor en el sistema escolar, son criticables porque desconectan los derechos de los alumnos de los de los restantes miembros de la comunidad escolar, dando a entender que son derechos que carecerían de límites en el aula. Esto es particularmente patente en el derecho a la libertad de conciencia del alumno que debe conciliarse con los derechos integrantes de la libertad de enseñanza.

En definitiva, con el recurso a la legislación educativa hemos tratado de poner de manifiesto la importancia que revisten los derechos y libertades en el proceso de desarrollo de la personalidad de alumno, finalidad asignada constitucionalmente a la educación. Precisamente, la libertad de conciencia desempeña un papel decisivo en este proceso, no sólo por ser la conciencia un elemento esencial e imprescindible en la construcción de la personalidad del menor, también por su trascendencia en relación con los derechos integrantes de la libertad de enseñanza<sup>24</sup>.

23 En algunas CCAU el reconocimiento de los derechos de los integrantes de la comunidad educativa se realiza en leyes que regulan la convivencia escolar en las que el respeto a los derechos de los demás es parte esencial. Así, el artículo 102.2 de la Ley 6/2008, de 26 de diciembre, Ley de Educación de Cantabria (BOC núm. 251, de 30 de Diciembre de 2008 y BOE núm. 21, de 24 de Enero de 2009). señala que: «El desarrollo del ejercicio de los derechos y deberes del alumnado formará parte del plan de convivencia que los centros deben elaborar». Decreto 19/2007, de 23 de enero, de Andalucía, por el que se adaptan medidas para la promoción de la Cultura de Paz y Mejora de la Convivencia en los centros Educativos sostenidos con fondos públicos, (BOJA núm. 25, 2-2-2007); Decreto 51/2007, de 17 de mayo, por el que se regulan los derechos y deberes de los alumnos y la participación y los compromisos de las familias en el proceso educativo, y se establecen las normas de convivencia y disciplina en los Centros Educativos de Castilla y León; Decreto 39/2008, de 4 de abril, de Valencia sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios; Decreto 4/2009, de 23 de enero, por el que se regula la convivencia en los centros docentes y se establecen los derechos y deberes de sus miembros, de La Rioja; Decreto Foral 47/2010, de 23 de agosto, de derechos y deberes del alumnado y de la convivencia en los centros educativos no universitarios públicos y privados concertados de la Comunidad Foral de Navarra; Decreto 121/2010, 10 diciembre, Islas Baleares, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia de los centros docentes no universitarios; Decreto 73/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se establece la Carta de derechos y deberes de los miembros de la comunidad educativa y las bases de las normas de convivencia en los centros educativos no universitarios de la Comunidad Autónoma de Aragón; Decreto 114/2011, de 11 de mayo, por el que se regula la convivencia en el ámbito educativo de la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa, de aplicación en todos los centros docentes de niveles no universitarios sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Galicia.

24 Sobre la relación entre el derecho a la educación: PELAYO OLMEDO, J.D., Reflexiones sobre la relación entre derecho a la educación y la libertad de pensamiento, conciencia y religión, Laicidad y libertades. Escritos jurídicos, 13 (2009), vol. I, 265-295.

## 2. *El derecho a la libertad de conciencia del alumno*

Los derechos del alumno en la escuela se encuentran reconocidos en los artículos 6 a 8 del Título Preliminar de la LODE actualmente vigente. Tras la LODE se promulgó el RD 1543/1988, de 28 de octubre, sobre derechos y deberes de los alumnos<sup>25</sup> que venía a colmar la importante laguna normativa existente, en un intento de ofrecer soluciones a los problemas que se planteaban en los centros de enseñanza. Promulgada la LOGSE se aprobó el vigente RD 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<sup>26</sup>, y que deroga el anterior RD 1543/1988. El ámbito de aplicación del RD 732/1995 es el territorio de gestión del Ministerio de Educación y Ciencia y los alumnos de los centros sostenidos con fondos públicos que impartan alguna de las enseñanzas reguladas en la LOGSE (art. 1). No se aplica, pues, a los centros privados no concertados y las CCAU que tengan sus propias normas de convivencia en la escuela. No debe olvidarse que los alumnos se encuentran en una situación de sujeción especial respecto a la Administración educativa y, de aquí, la necesidad de imponerles un régimen de disciplina específico que regule y limite sus derechos y libertades, pero que no puede suponer la anulación de éstos ni la arbitrariedad administrativa.

En el RD 732/1995 los derechos y libertades fundamentales del alumno constituyen la base sobre la que gira la actividad educativa<sup>27</sup> y deben impregnar la organización del centro, de manera que los alumnos puedan percibir su incidencia en la vida cotidiana del mismo<sup>28</sup>. Estos derechos y deberes están presididos por el principio de igualdad entre los alumnos. Así, el artículo 6.1 LODE dispone que: «Todos los alumnos tienen los mismos derechos y deberes, sin

25 BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 1988.

26 BOE núm. 131, de 2 de junio de 1995.

27 «En la educación se transmiten y ejercitan los valores que hacen posible la vida en sociedad y se adquieren los hábitos de convivencia y de respeto mutuo. Por ello, la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia es, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, uno de los fines primordiales que debe perseguir el sistema educativo.

A la consecución de este fin deben contribuir no sólo los contenidos formativos transmitidos en cada una de las etapas del sistema educativo, sino también, muy especialmente, el régimen de convivencia establecido en el centro», Preámbulo del RD 732/1995.

28 «Es necesario, además, que los derechos reconocidos a los alumnos en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, y que se desarrollan en el presente Real Decreto, impregnen la organización del centro, de manera que, superando los límites de la mera declaración programática, los alumnos puedan percibir su incidencia en la vida cotidiana en el centro. Ello sólo es posible si, respetando lo dispuesto en las leyes, el Reglamento de régimen interior del centro desarrolla, concreta y adapta los derechos declarados a las especiales condiciones del centro, a su proyecto educativo y a las necesidades propias de la edad y madurez personal de sus alumnos.», Preámbulo del RD 732/1995.

más distinciones que las derivadas de su edad y del nivel que estén cursando»<sup>29</sup>; también el RD 732/1995 reconoce esta igualdad de derechos y deberes sin más distinciones que las derivadas de su edad y de las enseñanzas que se encuentren cursando (art.2). Estos preceptos parecería que condicionan los derechos y deberes de los alumnos a la edad y a la enseñanza que estén cursando, lo que contravendría el principio de no discriminación por razones de edad del artículo 14 CE. Una adecuada interpretación debe atender a la distinción entre titularidad del derecho y ejercicio. La titularidad del derecho no puede estar sujeta a límites o condiciones, tales como la edad o el nivel educativo, por ser los derechos fundamentales inherentes a la persona; cuestión diferente es el ejercicio que atiende a las efectivas condiciones de madurez existentes en cada individuo y que, tal y como señala el artículo 6.1 LODE, sí están en función de la edad y del nivel educativo que esté cursando el alumno.

La legislación educativa reconoce expresamente al alumno el derecho a la libertad de conciencia, algo innecesario por tratarse de un derecho ya consagrado en el artículo 16.1 CE pero que tiene por objeto reforzar la posición del alumno frente a los restantes integrantes de la comunidad escolar y sus derechos, especialmente los de libertad de enseñanza. Así, el artículo 6.3.e) LODE reconoce expresamente el derecho del alumno: «A que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución». En el mismo sentido, el RD 732/1995 establece que: «Los alumnos tienen derecho a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas, morales o ideológicas, así como su intimidad en lo que respecta a tales creencias o convicciones», (art. 16.1)<sup>30</sup>. En

29 También la igualdad de derechos y deberes de los alumnos es uno de los principios básicos sobre los que se asientan en la comunidad escolar. Así, el Decreto 73/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (DOE núm. 47, de 9 de Marzo de 2011 y BOE núm. 70, de 23 de Marzo de 2011) que aprueba la Carta de derechos y deberes de los miembros de la comunidad educativa y las bases de las normas de convivencia en los centros educativos no universitarios, señala que: «Todos los alumnos tienen los mismos derechos y deberes, sin más distinciones que las derivadas de su edad y de la enseñanza que estén cursando», (art. 2.1) . Art. 4.1, Decreto 51/2007 de 17 de mayo, por el que se regulan los derechos y deberes de los alumnos y la participación y los compromisos de las familias en el proceso educativo, y se establecen las normas de convivencia y disciplina en los Centros educativos de Castilla y León (BOCL núm. 99, de 23 de Mayo de 2007); art. 3.1, Decreto 39/2008, de 4 de abril, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes de alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios, de la Comunidad Autónoma de Valencia (DOCV núm. 5738, de 9 de Abril de 2008); art. 2.1, Decreto 201/2008, de 2 de diciembre, sobre derechos y deberes de los alumnos y alumnas de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV núm. 240, de 16 de diciembre de 2008); art. 22.1 Decreto 4/2009, de 23 de enero, por el que se regula la convivencia en los centros docentes y se establecen los derechos y deberes de sus miembros, de La Rioja (BOLR núm. 13, de 28 de enero de 2009); art. 3.1, Decreto Foral 47/2010, de Navarra; art. 43.1, Ley 4/2011, de Extremadura; art. 7.1, Ley 6/2014, de Canarias.

30 En relación a la importancia de la conciencia del menor en el proceso educativo: PÉREZ ÁLVAREZ, S., El derecho del menor a ser educado conforme a su propia conciencia según los estándares del TEDH, Revista de Derecho Político, 95 (2016), 151-188.

las leyes educativas autonómicas se reconoce también el derecho a la libertad de conciencia del alumno en términos análogos a la legislación estatal. Así, el Decreto 73/2011 del Gobierno de Aragón dispone en el artículo 5.1 que: «Los alumnos tienen derecho a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas, morales o ideológicas, de acuerdo con la Constitución, así como su intimidad en lo que respecta a tales creencias o convicciones»<sup>31</sup>.

El artículo 16.2 RD 732/1995 establece garantías a la libertad de conciencia del alumno<sup>32</sup>:

- a) La información, antes de formalizar la matrícula, sobre el proyecto educativo o sobre el carácter propio del centro.
- b) El fomento de la capacidad y actitud crítica de los alumnos que posibilite a los mismos la realización de opciones de conciencia en libertad.
- c) La elección por parte de los alumnos o de sus padres o tutores, si aquéllos son menores de edad, de la formación religiosa o moral que resulte acorde con sus creencias o convicciones, sin que de esta elección pueda derivarse discriminación alguna.

Es necesario hacer algunas precisiones a estas garantías a la libertad de conciencia del alumno. Así, la información sobre el proyecto educativo o el ideario de centro antes de formalizar la matrícula (art. 16.2.a.) implica que la posterior formalización de la misma se entiende un acto de aceptación tácita del proyecto de centro y del ideario aunque, veremos, con matices. Este derecho a la información corresponde al alumno, no sólo por lo dispuesto en tal sentido por la legislación autonómica, más explícitas sobre el particular que la norma estatal, sino principalmente por la relación que tiene con el derecho a la educación que es un derecho del alumno. Ante el silencio del legislador, se plantea el problema de si el alumno menor de edad puede ejercer este derecho y, en su caso, la edad o capacidad que deba exigírsele. El Decreto 121/2010 de las Islas Baleares entiende que en los casos del alumno menor de edad el derecho a la información corresponde a los padres o tutores (art. 11.2)<sup>33</sup>. En Aragón, el Decreto 73/2011 atribuye este derecho a los alumnos sin hacer referencia a los menores de edad (art. 5.2.a); no obstante, por analogía con lo dispuesto en el artículo 5.2.b) en relación con la elección de la forma-

31 Art. 7.2.g), La Ley 17/2007, de Educación de Andalucía; art. 12.1, Decreto 201/2008, del País Vasco; art. 24.2, Decreto 4/2009, de la Rioja; art. 4.c.2, Decreto Foral 47/2010; art. 11.1, Decreto 121/2010, de las Islas Baleares.

32 Estos medios de garantizar la libertad de conciencia del alumno en la enseñanza aparecen también en la legislación autonómica: art. 17. b) y c), Decreto 39/2008, de Valencia; art. 12. 2 y 3, del Decreto 201/2008, del País Vasco; art. 5.2, Decreto 73/2011, de Aragón; art. 11.2 y 3, Decreto 121/2010, de las Islas Baleares.

33 En el mismo sentido, el art. 17.c), Decreto 39/2008 de la CCAU de Valencia.

ción religiosa y moral, parece que los alumnos deberán tener catorce años cumplidos. En el Decreto 201/2008, del País Vasco, el derecho a la información corresponde a los alumnos y alumnas (art.12.2), aunque no hace alusión a la edad requerida para la elección. En general, si atendemos a la condición de sujeto de derechos del menor, y ante la falta de previsión en contrario, se puede afirmar que este derecho, con arreglo a la legislación estatal, podría ejercerlo el alumno menor, siempre que tenga la suficiente capacidad natural y en todo caso con la colaboración de sus padres (art. 6.3 LOPJM). La segunda de las garantías establecidas en aras a proteger la libertad de conciencia del alumno es el fomento de su capacidad y actitud crítica que le posibilite la realización de opciones de conciencia en libertad (art. 16.2.b.), que es compatible con la existencia de ideario en el centro y, además, está latente en la concepción de educación asumida en la Constitución y en la legislación educativa. La última de las garantías de la libertad de conciencia del alumno, es la elección por parte de ellos, y de sus padres o tutores si son menores de edad, de la formación religiosa o moral que resulte acorde con sus creencias o convicciones, sin que de esta elección pueda derivarse discriminación alguna (art. 16.2.c). Esta disposición no tiene en cuenta la condición de sujeto pleno de derechos del menor y atribuye sólo la elección al alumno mayor de edad. La elección de la asignatura de religión corresponde a los padres, madres o tutores legales y en su caso al alumno<sup>34</sup>, aunque con arreglo a la LOE debe de ser mayor de edad<sup>35</sup>.

### III. EL MODELO DUALISTA DE NUESTRO SISTEMA EDUCATIVO: LAS DIFERENTES CLASES DE CENTROS DOCENTES

A la hora de diseñar el sistema educativo, la Constitución de 1978 optó por un modelo dual en el que tenía cabida tanto el pluralismo de escuelas como el pluralismo en la escuela. El pluralismo de escuelas está representado por la escuela privada y su carácter propio, consecuencia del derecho constitucional a la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE) y, en

34 Disposición adicional 2ª.2, Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, por el que se establece el currículo básico de la Educación Primaria (BOE núm. 52 de 1 de Marzo de 2014); disposición adicional 3ª.2., Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato (BOE núm. 3 de 3 de Enero de 2015).

35 También es el sentido de la normativa autonómica: el artículo 11.3 Decreto 121/2010 de las Islas Baleares reconoce a los alumnos el derecho a elegir la formación religiosa que esté de acuerdo con sus creencias, aunque si los alumnos son menores corresponde la elección a los padres o tutores; en el Decreto 201/2008, del País Vasco, es un derecho de los alumnos y alumnas antes de la matrícula (art.12.2), aunque no se hace alusión alguna a la edad requerida para la elección. En Aragón, el artículo 5.2.b) Decreto 73/2011 reconoce este derecho a los alumnos que tengan catorce años cumplidos, consecuencia de la especialidad del derecho aragonés en relación a la capacidad de los menores de edad que han cumplido catorce años.

último término, del pluralismo educativo como valor constitucional (art. 1.1 CE). El pluralismo en la escuela está representado por la escuela pública y el principio de neutralidad ideológica y religiosa que la informa. Este modelo dual determina y condiciona los derechos y libertades de los miembros de la comunidad escolar y, en definitiva, la libertad de conciencia del alumno. En este apartado trataremos de describir los diferentes tipos de centros docentes reconocidos en nuestra legislación educativa con el propósito ulterior de analizar la libertad de conciencia del alumno en cada uno de ellos. La LODE, siguiendo el modelo educativo constitucional, reconoce y regula dos clases de centros docentes: los públicos y los privados. Los centros públicos son de titularidad y gestión pública, mientras que los privados lo son de titularidad y gestión privada. A su vez, los centros privados son concertados y no concertados, según estén o no sostenidos con fondos públicos. Los centros públicos responden al principio de neutralidad ideológica y religiosa y carecen, pues, de ideario que informe la actividad educativa y condicione o limite los derechos de los miembros de la comunidad escolar. Los centros privados, concertados o no, tienen carácter propio o ideario y su origen está en el derecho a la libertad de creación de centros docentes consagrado en el artículo 27.6 CE: «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales», y en el artículo 115 LOE que reconoce el derecho del titular del centro a dotarlo de ideario. De forma más precisa, la LODE regula el derecho de toda persona física o jurídica de carácter privado y de nacionalidad española a la creación y dirección de centros privados, dentro del respeto a la Constitución y lo establecido en ella (art. 21.1)<sup>36</sup>. Entre las personas jurídicas que pueden crear centros docentes están las confesiones religiosas que tengan reconocida personalidad jurídico-civil, es decir, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas (art. 5.1 LOLR). Así, el artículo 6.2 LOLR establece que: «Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general». El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de los Acuerdos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979<sup>37</sup>, dispone en el artículo IX que: «Los Centros docentes de nivel no universitario, cualquiera que sea su grado y especialidad, establecidos o que se establezcan por la Iglesia, se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en

<sup>36</sup> No podrán ser titulares de centros privados: las personas que presten servicios en la Administración educativa estatal, autonómica o local; quienes tengan antecedentes penales por delitos dolosos; las personas físicas o jurídicas expresamente privadas del ejercicio de este derecho por sentencia judicial firme; y las personas jurídicas en las que las personas privadas del ejercicio de este derecho por sentencia firme desempeñen cargos rectores o sean titulares del 20 por 100 o más del capital social (art. 21.2 LODE).

<sup>37</sup> Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979, BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979.

cuanto al modo de ejercer sus actividades». Las confesiones que han firmado acuerdos de cooperación con el Estado también tienen reconocido el derecho a establecer y dirigir centros docentes<sup>38</sup>. En principio, parecería que son estos centros de ideario religioso los principales focos de conflictos en relación con la libertad de conciencia de los alumnos, sin embargo, éstos resultan más frecuentes en la escuela pública. Unas veces los conflictos surgen en ciertos colectivos de alumnos, por ejemplo los musulmanes en relación al pañuelo islámico o a la negativa a asistir a clase de gimnasia; en otras ocasiones, es la propia actuación de la Administración educativa o de la dirección del centro la que los genera por traspasar los límites de la neutralidad.

La diferencia principal entre la enseñanza privada concertada y la no concertada resulta de ser ésta financiada con fondos públicos a través del régimen de conciertos. El concierto reviste importantes consecuencias en relación a la autonomía de los centros concertados y a los derechos de los miembros de la comunidad escolar. Los centros no concertados tienen reconocido en la LODE una autonomía muy amplia: establecer su régimen interno, seleccionar su profesorado de acuerdo con la titulación exigida por la legislación vigente, elaborar el proyecto educativo, organizar la jornada en función de las necesidades sociales y educativas de sus alumnos, ampliar el horario lectivo de áreas o materias, determinar el procedimiento de admisión de alumnos, establecer las normas de convivencia y definir su régimen económico (art. 25 LODE). Tienen estos centros reconocida también autonomía para establecer en sus respectivos reglamentos de régimen interior órganos a través de los cuales se canalice la participación de la comunidad educativa (art. 26.1 LODE). En cambio, el régimen del concierto limita la autonomía de los centros, consecuencia del principio constitucional de participación de los miembros de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros sufragados con fondos públicos (art. 27.7 CE)<sup>39</sup>. Así, se impone a los centros concertados una determinada estructura: la existencia de director, consejo escolar y claustro de profesores<sup>40</sup>. El consejo escolar es el principal órgano de participación (art.

38 En efecto en los Acuerdos de cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, aprobados por las leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992 (BOE núm. 272, de 12 de Noviembre de 1992), en cuyo respectivo artículo 10.6 disponen que podrán establecer y dirigir centros docentes de los niveles educativos que se mencionan en el número 1 de este artículo (educación infantil, primaria y secundaria), así como Universidades y centros de formación religiosa, con sometimiento a la legislación general vigente en la materia.

39 El art. 27.7 CE: «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».

40 Art. 54.1 LODE.

55 LODE)<sup>41</sup> al que la LODE le reconoce importantes funciones que limitan la autonomía y libertad del titular del centro<sup>42</sup>. La autonomía de los centros concertados se ve también restringida por las funciones reconocidas a la Administración educativa en relación con los concertados, principalmente las derivadas de su incumplimiento<sup>43</sup> y de la verificación de los procedimientos de selección y despido del profesorado (art. 60.1 LODE)<sup>44</sup>. La otra diferencia existente entre la enseñanza no concertada y la concertada resulta del reconocimiento en ésta de la libertad de conciencia de los alumnos, frente a la enseñanza no concertada en la que prima el ideario.

#### IV. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA DEL ALUMNO EN LOS CENTROS EDUCATIVOS

En el sistema educativo dual que diseña la Constitución, el pluralismo en la escuela lo representa la escuela pública y el principio de neutralidad ideológica y religiosa que la informa. Aunque la neutralidad de la escuela pública no está reconocida expresamente en la Constitución, sí aparece en la doctrina

41 El Consejo escolar está formado por: el director del centro; tres representantes del titular del centro; cuatro de los profesores elegidos por y entre ellos; dos representantes de los alumnos y alumnas, elegidos por y entre ellos, a partir del primer curso de Educación Secundaria Obligatoria; y un representante del personal de administración y servicio (art. 56.1 LODE).

42 La sola mención de las facultades que corresponden al Consejo Escolar del Centro (art. 57 LODE) permiten entender la importancia de la limitación a las facultades del titular del centro que implica el régimen del concierto.

43 Arts. 61-63 LODE.

44 Es doctrina del Tribunal Constitucional que el derecho del titular en los centros concertados se ve condicionado e incluso restringido en su ejercicio por el derecho de participación de los miembros de la comunidad escolar, pero se mantienen las facultades de gestión del centro que no desaparecen a causa del derecho de participación: «El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse, de acuerdo con la doctrina de este TC (Sentencia 11/1981, de 8 Abr., J.C., tomo I, págs. 191-192), tanto desde el punto de vista positivo como desde una delimitación negativa. Desde la primera perspectiva, implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del profesorado. Desde el punto de vista negativo, ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección. De ello se desprende que el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional.

Por ello, si bien caben, en su caso, limitaciones a tal derecho de dirección, habría de dejar a salvo el contenido esencial del mismo a que nos acabamos de referir. Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el art. 27.9 de la C.E., para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad, al disponer que «los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca» con lo que, a salvo, repetimos, lo arriba dicho sobre el contenido esencial del derecho en cuestión, supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros», STC 77/1985, FJ. 20.



del Tribunal Constitucional como inherente a las instituciones públicas «y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales» (FJ 9º, STC 5/1981). La LODE reconoce expresamente la neutralidad como el principio vertebrador de la escuela pública en el artículo 18.1: «Todos los centros públicos desarrollarán sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el artículo 27.3 de la Constitución». «La Administración educativa competente y, en todo caso, los órganos de gobierno del centro docente velarán por la efectiva realización de los fines de la actividad educativa, la mejora de la calidad de la enseñanza y el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo», (art. 18.2 LODE). La neutralidad de la escuela pública se garantizaría a través del desarrollo de la actividad educativa con sujeción a los principios constitucionales y, particularmente, a través de los derechos y libertades fundamentales en cuanto medios para el desarrollo de la personalidad de los alumnos que es la finalidad atribuida a la educación en la Constitución (art. 27.2 CE). La STC 5/1981 de 13 de febrero entiende también la neutralidad como una consecuencia del pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado<sup>45</sup>. La neutralidad tiene trascendencia en la formación de la conciencia de los alumnos, normalmente menores de edad, así como en la educación entendida como servicio público en el que el Estado tiene atribuidas amplias e importantes competencias.

La neutralidad no resulta un concepto fácil y con frecuencia se confunde con otras realidades educativas que no se adecúan a ella, bien porque no

45 «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. Esta neutralidad, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 de la Constitución), es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente. La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la L.O.E.C.E. impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita.», FJ. 9º, último párrafo.

De la doctrina de esta STC, M. Salguero extrae un triple sentido jurídico de la neutralidad:

1º. Una definición negativa: la neutralidad no puede entenderse como neutralización recíproca de diferentes orientaciones ideológicas.

2º. Establece una obligación jurídica de no hacer: el profesor no puede adoctrinar.

3º. La neutralidad es una actitud, la única compatible con lo que para el tribunal es la razón de dicha obligación: el respeto a la libertad de las familias que no han elegidos centros docentes con orientación ideológica; SALGUERO, M., *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, Madrid: Ariel, 1997, 179-180.

expresan toda la realidad que implica, o simplemente porque la que presenta es radicalmente diferente. Así, neutralidad no es equivalente a aconfesionalidad porque ésta se refiere exclusivamente a las creencias religiosas, mientras que la neutralidad es un concepto más amplio comprensivo también de las creencias o convicciones no religiosas. Es más, la neutralidad no excluye *per se* la presencia de valores religiosos, morales o éticos en la escuela pública. No cabe, pues, identificar escuela pública con escuela aconfesional. Tampoco se puede identificar escuela pública neutra y escuela laica porque laico no es equivalente a neutro. La escuela laica sería una opción educativa privada que resultaría del pluralismo educativo y de la libertad de creación de centros docentes, pero que no puede identificarse sin más con la escuela pública. La neutralidad no equivale a una suerte de ideario de la escuela pública sino, más bien, constituye el marco en el que se desarrolla la actividad educativa y ejercen sus derechos los integrantes de la comunidad escolar. Precisamente, por ello, la neutralidad debe también informar la propia organización de la escuela. Desde el punto de vista jurídico, lo específico de la neutralidad reside en el deber de no adoctrinar que le es inherente, en cuanto constituye, veremos, el medio de garantizar el respeto y protección de la libertad de conciencia de los alumnos y del derecho de los padres a educar a sus hijos con arreglo a sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Así entendida la neutralidad, la escuela pública vendría a ser una opción educativa de carácter subsidiario, o como señala algún autor instrumental o transitivo<sup>46</sup>, que ante la imposibilidad de los padres de elegir una enseñanza conforme a sus convicciones les asegure una educación neutra que al menos no adoctrine<sup>47</sup>.

Una vez explicitada, siquiera someramente, el concepto de neutralidad, se hace necesario el estudio del papel que juega en relación con la libertad de conciencia del alumno y, concretamente, si constituye o no un límite a su ejercicio en la escuela pública. La clave, me parece, está en determinar a quién obliga el deber jurídico de no adoctrinar que implica la neutralidad de la escuela pública y si alcanza también a los alumnos y a los padres. En la citada STC 5/1981 el deber de no adoctrinar se predica exclusivamente de los profesores y de la Administración educativa, no de los padres y de los alumnos. En relación con los profesores este deber se inserta en la propia dinámica de la libertad de cátedra y del doble contenido, negativo y positivo, que reviste. El contenido negativo es uniforme para todos los profesores, independientemente del centro o del nivel de enseñanza, y consiste en la facultad de oponerse a cualquier intento de los poderes estatales de acom-

46 OTADUY, J., Neutralidad ideológica del Estado y del sistema educativo público, Ponencia en las Jornadas de Estudio sobre Educación para la ciudadanía, Madrid, 17 de noviembre 2006, 3.

47 GARCIMARTÍN, M<sup>a</sup> C., Neutralidad y escuela pública: a propósito de la educación para la ciudadanía, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña (AFDUC), 11 (2007), 288.

dar sus enseñanzas a una doctrina oficial. El contenido positivo de la libertad de cátedra faculta al profesor para enseñar de acuerdo con las propias convicciones; este contenido no es uniforme y depende del nivel educativo en que se imparta la enseñanza y, por tanto, de la madurez que tengan los alumnos, aunque siempre respetando la neutralidad que «es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente», (FJ 9º, STC 5/1981). En definitiva, la neutralidad es un límite a la libertad de cátedra, en la medida en que la prohibición de adoctrinar que implica constituye un auténtico deber jurídico para el profesor. Sin embargo, el principal garante de la neutralidad en la escuela pública es la Administración, no sólo porque a ella compete el deber de proteger y respetar los derechos de los ciudadanos, también por las importantes funciones que tiene en relación con la enseñanza. Por eso, siempre resulta más grave la violación de este deber por la Administración que la realizada por un concreto profesor en el mal uso de la libertad de cátedra<sup>48</sup>. El deber de la Administración educativa de no adoctrinar se reduce principalmente, aunque no exclusivamente, a no usar la competencia que tiene sobre la programación general de la enseñanza (art. 27.5 CE) para, por ejemplo, imponer el estudio de asignaturas que revistan un carácter adoctrinador<sup>49</sup>. La no extensión del deber de no adoctrinar a los alumnos y padres resulta también de la LODE y de la finalidad que en el artículo 18 atribuye a dicho deber: proteger la libertad de conciencia del menor y el derecho de los padres a educar a sus hijos con arreglo a sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Por tanto, en relación con los alumnos y los padres, el deber de no adoctrinar vendría a constituir una auténtica garantía de sus derechos y no un límite; en definitiva, ésta sería una razón más por la que no cabe identificar escuela pública y escuela laica. El hecho de que la neutralidad no sea un límite de la libertad de conciencia del alumno no significa, claro está, que carezca de límites, éstos serán los genéricos de todos los derechos: los derechos de los demás y el orden público. En el marco de la neutralidad, la libertad de conciencia de los alumnos cobra un especial protagonismo, en la medida en que no hay en la escuela pública un interés común a toda la comunidad escolar

48 OTADUY, J., *oc.*, 3-4.

49 “Por imperativo del párrafo 3 del artículo 27 los poderes públicos deberán abstenerse de incluir en los contenidos de los currículos educativos materias que tengan una carga moral explícita. Esto no significa que haya que procurar una transmisión de conocimientos desprovista de todo contenido ético o moral –que, por otra parte, resulta imposible-. Lo que exige la neutralidad es que los temas que tengan una dimensión ética o moral no sean incorporados al currículo escolar con carácter obligatorio, para preservar a los alumnos de las escuelas públicas del adoctrinamiento que voluntaria o necesariamente excluyen sus padres”, GARCIMARTÍN, M<sup>a</sup> C., *oc.*, 289.

que legitime el condicionamiento o exclusión de la libertad de conciencia, como sí ocurre en la escuela privada con el ideario. Es más, el deber de no adoctrinar no está referenciado a elementos de carácter o naturaleza objetiva, sino exclusivamente al elemento subjetivo de la conciencia del individuo que es lo relevante desde el punto de vista jurídico. La neutralidad es, por tanto, la garantía de los alumnos y de los padres de no ser adoctrinados por el Estado y del profesor de no ser obligado a seguir directrices ideológicas estatales en su actividad educativa, aunque respecto a él también constituye un deber jurídico. La neutralidad perseguiría, pues, evitar que el Estado utilice el sistema educativo para adoctrinar, actitud incompatible con el pluralismo propio de los ordenamientos jurídicos democráticos.

Que la libertad de conciencia de los alumnos y el derecho de los padres a educar a sus hijos con arreglo a sus propias convicciones (art. 27.3 CE) no resulten limitados en su ejercicio por el principio de neutralidad, tiene importantes consecuencias tanto en la organización como en la actividad educativa de la escuela pública. Así, la neutralidad no puede esgrimirse para erradicar las ideas y sentimientos religiosos o prohibir en ella la realización de actos culturales, siempre claro está que no partan de la iniciativa de la Administración, de la dirección del centro o de los profesores; tampoco la neutralidad puede esgrimirse para suprimir la enseñanza de la religión en la escuela pública. Lo que sí implica la neutralidad es la imposibilidad de obligar a los alumnos a asistir a actos culturales o a cursar la asignatura de religión. En relación a si el alumno está obligado a participar en aquellas actividades que, aunque programadas en el proyecto de centro, contravengan de algún modo sus convicciones de conciencia, parece que no puede entenderse que el simple hecho de formalizar la matrícula implique la aceptación tácita del proyecto de centro en aquellos aspectos contrarios a las propias convicciones. La razón es que la elección del centro público está sujeta a rigurosos criterios de admisión que impedirían entender, en todos los casos, la formalización de la matrícula como un acto de renuncia a las convicciones propias frente al proyecto de centro; otra solución, entiendo, iría en contra de la propia lógica de la neutralidad y del deber de no adoctrinar que implica. También resulta polémica la cuestión de los símbolos en la escuela pública y, en relación con la libertad de conciencia del alumno, aquéllos que portan en el aula. En todo caso, con arreglo a lo que aquí hemos sostenido, los símbolos religiosos o de otra naturaleza constituyen una manifestación de la libertad de conciencia de los alumnos que no atenta contra la neutralidad de la escuela pública. En su caso, la hipotética existencia de un conflicto habría que reconducirlo a los límites generales del derecho a la libertad de conciencia y, en concreto, a si el símbolo en cuestión resulta de algún modo contrario al orden público.

## V. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA DEL ALUMNO EN LA ENSEÑANZA PRIVADA

La escuela privada se caracteriza por tener carácter propio o ideario, a diferencia de la escuela pública que es neutra. De aquí se deduce la diferencia fundamental entre una y otra: la escuela privada adoctrina y la pública no. Antes del análisis de la libertad de conciencia del alumno en la escuela privada es necesario el estudio previo, siquiera somero, del ideario y del adoctrinamiento por constituir el entorno en el que se reconoce o, en su caso, se niega el derecho a la libertad de conciencia a los alumnos. En la escuela pública el entorno de este derecho, dijimos, era el principio de neutralidad que no constituía un límite al mismo. La situación es diferente en la escuela privada porque el ideario, en buena medida, sí limita la libertad de conciencia del alumno en la enseñanza concertada y la excluye en la no concertada. Ahora bien, la elección del modelo educativo de los hijos, concretado en la elección de centro docente, es un derecho fundamental de los padres reconocido en el artículo 27.3 CE que, entendemos, supone la constitucionalización de las funciones educativas inherentes a la patria potestad<sup>50</sup>. Los padres al imponer a los hijos su modelo educativo están ejerciendo un derecho propio, el del artículo 27.3 CE, y no por representación el derecho a la educación del artículo 27.1 CE que es un derecho del hijo excluido como tal de la representación paterna<sup>51</sup>. No obstante, una hipotética discrepancia del alumno con el ideario de centro se traduciría en un conflicto con los padres por el modelo educativo paterno que le ha sido impuesto<sup>52</sup>. El diferente reconocimiento del derecho a la libertad de conciencia del alumno, según la enseñanza sea pública o privada, concertada o no, es consecuencia de entender la educación principalmente como transmisión de valores y, en último término, de la necesidad de hacer compatibles los diferentes derechos de los integrantes de la comunidad escolar.

### 1. *Ideario de centro y adoctrinamiento*

El ideario es una manifestación de la libertad ideológica y religiosa del titular del centro (art. 16.1 CE) y, en definitiva, del pluralismo educativo como

50 ASENSIO SÁNCHEZ, M.A, La patria potestad..., *oc.*, 77-78; GARCÍA VILLARDELL, M.<sup>a</sup> R., 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, *Revista Española de Derecho Canónico (REDC)*, 66 (2009), 349.

51 ASENSIO SÁNCHEZ, M.A, La patria potestad..., *oc.*, 79.

52 *Id.*, 80-83; sobre el particular también: RUANO ESPINA, L., El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con las propias convicciones en el marco de la LOLR, *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho eclesiástico del Estado (RGDCDE)*, 19 (2009).

valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). No se limita el ideario exclusivamente a los aspectos religiosos y morales de la educación, sino que engloba también otros de naturaleza y carácter pedagógico<sup>53</sup>. El antiguo artículo 22.1 LODE disponía que: «En el marco de la Constitución y con respeto de los derechos garantizados en el Título Preliminar de esta ley a profesores, padres y alumnos, los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos». El precepto motivó un recurso de inconstitucionalidad por entender los promotores que el legislador subordinaba el ideario a los derechos de los profesores, padres y alumnos. El recurso fue resuelto por la STC 77/1985, de 27 de junio, que estimó constitucional el precepto: « (...) la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional o legal, o de ambos a la vez, de otro derecho que pueda entrar en colisión con aquél. El no señalamiento expreso de los límites, derivados de los derechos del titular del Centro, a los derechos de los padres, alumnos y Profesores, no significa que éstos sean ilimitados, ni que deje de producirse una articulación recíproca entre todos ellos, sino únicamente que el legislador no ha estimado oportuno explicitar normativamente la correlación entre diversos derechos, correlación cuyo alcance se desprende de la misma existencia de esos derechos. Por otro lado, cabe recordar que el derecho del titular del Centro no tiene carácter absoluto y está sujeto a límites y a posibles limitaciones, quedando siempre a salvo, de acuerdo con el art. 53.1 de la C.E., su contenido esencial», (FJ. 9º).

El citado artículo 22.1 LODE fue derogado por el artículo 115.1 LOE: «Los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos que, en todo caso, deberá respetar los derechos garantizados a profesores, padres y alumnos en la Constitución y en las leyes». Los límites al ideario serían, pues, los derechos de los miembros de la comunidad

<sup>53</sup> En este sentido, el FJ. 8º, STC 5/1981: «Tratándose de un derecho autónomo, el derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa. Dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el art. 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, como aquellos a los que se refiere la Ley que analizamos, hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc., el ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad. No se trata, pues, de un derecho ilimitado ni lo consagra como tal el art. 34 de la L.O.E.C.E., que explícitamente sitúa sus límites en el respeto a los principios y declaraciones de la Constitución. Este precepto sería, efectivamente, inconstitucional, como el recurrente pretende, si no señalase limitaciones al alcance del ideario, pero mediante esa referencia a los principios y declaraciones de la Constitución los establece de manera genérica y suficiente, y no puede ser tachado de inconstitucionalidad».

escolar y los fines asignados constitucionalmente a la educación (art. 27.2 CE), sin que estos límites, como señala la STC 77/1985, puedan privar al titular del centro del contenido esencial del derecho a dotarle de ideario. Por eso el Tribunal Constitucional afirma: «Todo ideario educativo que coarte o ponga en peligro el desarrollo pleno y libre de la personalidad de los alumnos será nulo por opuesto a la Constitución (arts. 10.1 y 27.2). El Estado no podrá permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos», (voto particular a la STC 5/1981, FJ 10, párrs. 2.º y 3.º).

Hemos hecho referencia ya a la libertad de cátedra del profesor en la escuela pública y señalamos que estaba condicionada por el deber jurídico de no adoctrinar que para él implica la neutralidad. El adoctrinamiento propio de la escuela privada condiciona también, en cierta medida, la libertad de cátedra del profesor. En la doctrina del Tribunal Constitucional la enseñanza privada: « (...) es tan plena como la de los profesores en los centros públicos, y ni el artículo 15 LOECE ni ningún otro precepto de esta Ley la violan al imponer como límite de la libertad de enseñanza de los profesores al respeto al ideario propio de centro»<sup>54</sup>.

El Tribunal Constitucional enmarca en dos coordenadas el ejercicio de la libertad de cátedra en los centros privados:

- a) La obligación del profesor de tener una actitud de respeto hacia el ideario, sin que quepan ataques abiertos o solapados al mismo<sup>55</sup>.
- b) No puede ser obligado a convertirse en un apologista del ideario, «ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento»<sup>56</sup>.

La actitud del profesor en la escuela privada, idéntica en la concertada y en la no concertada, puede ser de respeto al ideario, o bien, de conformidad y defensa del mismo, con cierto carácter apologético y propagandístico. El Tribunal Constitucional lo único que excluye es la posibilidad de obligar al profesor a adoctrinar, no que no pueda hacerlo<sup>57</sup>. En el supuesto de que estemos ante un profesor que muestre adhesión al ideario, se plantea hasta dónde puede llegar el adoctrinamiento sin que lesione el derecho a la libertad de conciencia del alumno. No debe olvidarse que los derechos de los alumnos actúan como un límite a la libertad de cátedra del profesor, porque uno de sus límites genéricos es la protección a la infancia (art. 20.4 CE), y se entiende

54 STC 5/1981, motivo 1.0, FJ 10.

55 STC 5/1981, FJ 10, párrafo 3.º; STC 47/1985, FJ 3.º; STC 77/1985, FJ 9.

56 STC 5/1981, FJ 1.0, párrafo 3.º

57 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, J.L., El artículo 27 de la Constitución: análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratados internacionales suscritos por España, Cuadernos de Derecho Judicial, XVII (1993), 29.

incluida en dicha protección los derechos fundamentales. El adoctrinamiento, en sentido peyorativo del término, implicaría una orientación ideológica dada por el profesor con carácter excluyente, dogmática, coactiva, intimidatoria o manipuladora<sup>58</sup>; ésta sería la única forma de adoctrinamiento que lesionaría la libertad de conciencia del alumno. Por eso, el adoctrinamiento en el marco del ideario de centro y del ideario constitucional del artículo 27.2 CE, es compatible con el desarrollo de la personalidad del alumno y no implicaría un menoscabo de la libertad de conciencia. Por otro lado, no debe olvidarse que el ideario es aprobado por la autoridad educativa que comprueba su efectiva adecuación a los principios constitucionales. En definitiva, el adoctrinamiento es tan propio de la escuela concertada como en la no concertada y básicamente el mismo, aunque con la única diferencia de que en la no concertada el ideario prima sobre el derecho a la libertad de conciencia del alumno y en la concertada se reconoce este derecho al alumno.

## 2. *La enseñanza privada concertada*

La enseñanza concertada dijimos que era aquel tipo de enseñanza privada sufragada con fondos públicos a través del régimen de conciertos<sup>59</sup>. En ciertos aspectos se asimila a la pública, pero se distingue de ella por ser de titularidad y gestión privada y tener carácter propio o ideario. Las principales diferencias entre la enseñanza concertada y la no concertada derivan de las vinculaciones jurídico-públicas inherentes al régimen del concierto, entre ellas la de facilitar los derechos fundamentales en la escuela. Así, se reconoce a los alumnos en la enseñanza concertada el derecho a la libertad de conciencia en los artículos 6.3.e) LODE y 16.1 RD 732/1995. Las consecuencias de este reconocimiento son: el deber de impartir la enseñanza con pleno respeto a la libertad de conciencia (art. 52.2 LODE)<sup>60</sup>, y el carácter voluntario de cualquier práctica cultural (art. 52.3 LODE). El régimen del concierto trata de reforzar la protección de los derechos fundamentales en la escuela concertada, por ello se considera causa grave de incumplimiento del concierto la lesión de los

58 STC 5/1981, FJ 9.º, párrafo 6.º

59 En relación con los artículos 1,2 y 9 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueban las normas básicas sobre conciertos educativos (BOE núm. 310 de 27 de Diciembre de 1985), y del antiguo artículo 47 LODE, J.M. DÍAZ LEMA definía el concierto como: «el mecanismo jurídico a través del cual se canalizan las subvenciones estatales a los centros privados de enseñanza. Junto a la subvención, esta relación jurídica incorpora una serie de vinculaciones jurídico-públicas que se imponen al centro», Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional, y en el derecho comparado, Madrid: Marcial Pons, 1992, 79.

60 El antiguo artículo 52.1 LODE, derogado por el número 3 de la disposición derogatoria única de la L.O. 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, establecía que: «Los centros concertados tendrán derecho a definir su carácter propio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de esta ley».



derechos reconocidos en los artículos 16 y 20 CE, cuando así se determine por sentencia de la jurisdicción competente (art. 62.2.e) LODE)<sup>61</sup>.

El reconocimiento del derecho a la libertad de conciencia en la enseñanza concertada está relacionado directamente con el acceso de los alumnos a dichos centros. En la enseñanza concertada, debido al interés social que reviste el régimen del concierto, el ideario no puede ser criterio para la selección de los alumnos. El derogado RD 366/1997, de 14 de marzo, por el que se regulaba el régimen de elección de centro educativo en los centros financiados con fondos públicos, ya disponía en el artículo 3 que: «En la admisión de alumnos no podrá establecerse discriminación alguna por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o de nacimiento». En la actualidad el acceso a la enseñanza pública y a la concertada en condiciones de igualdad se establece en el artículo 84.1 de la Ley Orgánica 2/2006 de Calidad de la Educación: «Las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores. En todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo»<sup>62</sup>. Además, el artículo 84.3 dispone que: «En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960». El ideario, por tanto, no puede ser criterio para la selección y admisión de los alumnos en la escuela

61 No faltan autores que entienden el artículo 52 LODE como un intento de asimilación de la enseñanza concertada a la pública: OTADUY, J., *Carácter propio de los centros educativos y libertad de conciencia*, *Ius Canonicum*, 77 (1999), 32-33; algún autor alude a la finalidad expresa de restringir el carácter propio de la Escuela Católica: MURGOTIO, J.M., *Libertad de conciencia y obligatoriedad de la clase de religión*, *Revista Española de Derecho Canónico (REDC)*, 65 (2008), 211.

62 También se establecen criterios prioritarios cuando no existan plazas suficientes: artículo 84.2: « (...) el proceso de admisión se regirá por los criterios prioritarios de existencia de hermanos matriculados en el centro, padres, madres o tutores legales que trabajen en el mismo, proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de alguno de sus padres, madres o tutores legales, renta per cápita de la unidad familiar y condición legal de familia numerosa, situación de acogimiento familiar del alumno o la alumna, y concurrencia de discapacidad en el alumno o alumna o en alguno de sus padres, madres o hermanos, sin que ninguno de ellos tenga carácter excluyente y sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 de este artículo.

concertada<sup>63</sup> y, en consecuencia, era necesario reconocerles el derecho a la libertad de conciencia<sup>64</sup>.

El hecho de que el ideario no sea criterio para la admisión de los alumnos no implica que carezca de influencia en el centro y en la actividad educativa que en él se desarrolla; otra solución supondría entender el régimen de concierto como contrario *per se* al pluralismo educativo<sup>65</sup>. Sin embargo, no falta quienes entienden que el respeto a la libertad de conciencia del alumno impuesto en la enseñanza concertada conlleva cierta proscripción del adoctrinamiento, consecuencia de la colaboración que presta al servicio público de la educación<sup>66</sup>. Esta colaboración pretende que los padres puedan optar por un centro concertado, al margen de su afinidad o no con el ideario, cuando no dispongan de una plaza escolar en la enseñanza pública<sup>67</sup>. No obstante, desde esta postura se afirma que no puede exigirse la neutralidad del mismo modo que en la enseñanza pública, y se reconoce la dificultad de conciliar el respeto a la libertad conciencia con el carácter propio del centro<sup>68</sup>. La pretensión de justificar la proscripción del adoctrinamiento en la escuela concertada en la colaboración que presta al servicio público educativo carece de fundamento en la realidad socio-educativa actual, en la que la enseñanza pública cede ante el fuerte incremento de la demanda que la enseñanza concertada ha experimentado.

El adoctrinamiento es esencial a la enseñanza concertada y desempeña un papel idéntico al que tiene en la escuela no concertada, aunque con la peculiaridad de tener que respetar la libertad de conciencia del alumno. Creo que esto se comprende mejor desde la perspectiva de entender la escuela privada como una realidad educativa estructurada en torno al ideario de centro que, a la vez que incide en la actividad educativa, condiciona o limita los derechos de los integrantes de la comunidad escolar. El ingreso en la comunidad escolar tiene lugar con la formalización de la matrícula, tras la previa información del ideario por el titular (art. 16.2.a RD. 732/1995). La formalización de la matrícula no implica, ni tan siquiera en la enseñanza no concertada, la adhesión al ideario únicamente el deber de respetarlo y aceptar

63 DÍAZ LEMA, J.M., *oc.*, 87-102.

64 «si el Estado impone a los centros concertados la obligación de la admisión de alumnos sin discriminación, va de suyo que el centro debe respetar la libertad de conciencia de aquéllos. Ambos aspectos están unidos, y en realidad el respeto a dicha libertad no es más que una “prolongación” del derecho al libre acceso a los centros concertados», *Id.*, 106.

65 DE LOS MOZOS TOUYA, I., *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid: Montecorvo, 1995, 279-285; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, J.L., *Requisitos y efectos jurídicos del carácter propio de los centros educativos*, *Ius Canonicum*, 77 (1999), 20.

66 A través de los conciertos los centros privados concertados colaboran en la prestación del servicio público y, en consecuencia, el servicio público es la piedra angular del régimen de concierto, J.M. DÍAZ, *o.c.*, 87.

67 LOZANO CUTANGA, B. *La libertad de cátedra*, Madrid: Marcial Pons, 1995, 303-305.

68 *Id.*, 306.

su influencia en la escuela. Precisamente, las claves de la convivencia escolar residen en el deber de respetar «...la libertad de conciencia y las convicciones religiosas y morales...de todos los miembros de la comunidad educativa» (art. 36 RD 732/1995) y, por tanto, también del ideario en cuanto expresión de la libertad de conciencia del titular del centro (art. 38 RD. 732/1995). La incidencia del ideario en la escuela concertada no es incompatible con la prevención contenida en el artículo 52.2 LODE, relativa a que la enseñanza en los centros concertados debe respetar la libertad de conciencia. Esta disposición debe interpretarse en relación con el artículo 16.2.b) RD 732/1995, en el que se reconoce como una de las garantías de la libertad de conciencia de los alumnos el fomento de la capacidad y actitud crítica que les permita la realización de opciones de conciencia en libertad. Esta educación crítica y abierta, respetuosa con la libertad de conciencia, está latente también en la finalidad y objeto asignado a la educación en el artículo 27.2 CE y en la legislación educativa y se compeadece con la enseñanza impartida en los centros con ideario. La razón es no sólo qué ideario debe adecuarse necesariamente a lo dispuesto en el artículo 27.2 CE, y aprobarse por la Administración educativa, sino que resulta la concreción para el centro de los fines constitucionales de la educación. Por tanto, proscribir el adoctrinamiento en la enseñanza concertada supondría negar el pluralismo educativo y la libertad ideológica y religiosa del titular del centro, cuya protección viene a ser la razón última del reconocimiento constitucional de la libertad de creación de centros docentes como un derecho fundamental (art. 27.6 CE). A la vez, supondría, algo que se olvida con frecuencia, negar los derechos de los padres y alumnos que sí se adhieren al ideario. La incidencia del ideario en la escuela concertada implica que el alumno no puede alegar el derecho a la libertad de conciencia ante un eventual adoctrinamiento conforme al ideario. En último término, pues, la libertad de conciencia en la escuela concertada se limita a no poder ser obligado el alumno a asistir a clase de religión y a realizar actividades culturales. Diferentes resultan aquellos otros aspectos del ideario de naturaleza o carácter pedagógico que sí obligan por el hecho de formalizarse la matrícula. De otro modo, la autonomía pedagógica del titular del centro, manifestación del pluralismo educativo, quedaría al albur de la voluntad de los padres y alumnos y se acabaría, de facto, dificultando cualquier iniciativa pedagógica.

### 3. *La enseñanza privada no concertada*

La escuela no concertada se caracteriza, en relación con la concertada, por no estar sufragada con fondos públicos. Ello se traduce en que goza de plena autonomía organizativa y en la primacía del ideario frente a la libertad de conciencia del alumno que no se le reconoce (arts. 52.2 LODE y 16.1 RD

732/1995). A esta afirmación se puede objetar que el artículo 6.3.e) LODE reconoce a los alumnos, de cualquier tipo de enseñanza, el derecho a la libertad de conciencia y, con carácter más general, se consagra en el artículo 16.1 CE. Además, ante la importancia que el artículo 27.2 CE atribuye a los derechos fundamentales en la educación, no puede pretenderse que la libertad de conciencia no exista en la escuela no concertada a pesar de que se trata de un espacio privado; se trata de uno de los supuestos de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas. No obstante, Díaz Lema, no entiende decisivo para reconocer la libertad de conciencia en la enseñanza no concertada el artículo 6.3.e) LODE porque «no deja de ser una tenue exigencia moral, sin relevancia jurídica»<sup>69</sup>. Ahora bien, no puede pretenderse que una norma, como es el artículo 6.3.c) LODE, carezca de verdadera eficacia jurídica y, por eso, entiendo que la congruencia del sistema debe buscarse por otra vía. Ésta, creo, no es otra que la distinción clásica de la teoría general entre titularidad del derecho y ejercicio. Así, el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales se predica exclusivamente de la titularidad por ser inherentes a la persona y su dignidad, a diferencia del ejercicio que sí puede renunciarse. El ejercicio puede renunciarse, o simplemente no ejercerse, porque tiene carácter facultativo; si el ejercicio fuera obligatorio ya no estaríamos ante un derecho sino ante un auténtico deber jurídico. Así, cabe disociar la titularidad del derecho del ejercicio y, por eso, es posible ser titular de un derecho, como el de libertad de conciencia, aunque no se ejerza por haberse renunciado al ejercicio. El alumno en la enseñanza no concertada sigue siendo titular del derecho a la libertad de conciencia, únicamente ha renunciado al ejercicio con la formalización de la matrícula. No estamos ante una construcción meramente artificial, sino que tiene consecuencias jurídicas toda vez que la renuncia al ejercicio abarca exclusivamente a aquellos actos que contraviniendo el ideario tengan incidencia directa en la escuela.

El no reconocimiento del derecho a la libertad de conciencia en la enseñanza no concertada tiene paradójicamente el mismo fundamento que el de su reconocimiento en la concertada: el derecho de acceso al centro. En la enseñanza no concertada este derecho es del titular del centro y el ideario, a diferencia de la concertada, sí resulta criterio para la admisión de los alumnos; la consecuencia lógica que de ello se deriva es la negación a los alumnos del derecho a la libertad de conciencia. En principio, al ser los alumnos libres en la elección del centro no concertado y éste en la de los alumnos, no debería originarse ningún conflicto<sup>70</sup>, aunque en ocasiones surgen porque la elección

<sup>69</sup> J.M. DÍAZ LEMA, *o.c.*, 116.

<sup>70</sup> «Es más, el conflicto entre el carácter propio del centro y la libertad de conciencia del alumno de un centro no concertado no debiera producirse: la libertad de selección de alumnos por el centro implica automáticamente la preeminencia del carácter propio. La relación centros concertados/derecho

del colegio se hace por los padres en atención a consideraciones de índole personal y social, no en función de sus convicciones religiosas o ideológicas<sup>71</sup>.

El ideario en la escuela no sólo es la garantía de la libertad ideológica y religiosa del titular del centro, sino también de la de los padres y alumnos que libremente se han adherido a él y confían en que la actividad educativa del centro se desarrollará de conformidad con él. Acabamos de señalar que la formalización de la matrícula en la escuela no concertada implica la renuncia al ejercicio de la libertad de conciencia, no a la titularidad, y que ello tiene importantes consecuencias jurídicas. Así, el núcleo esencial del derecho a la libertad de conciencia, incoercible por pertenecer o referirse a la esfera íntima de la persona, o bien, aquellos actos de ejercicio que afectan a la esfera externa pero carecen de proyección alguna en la escuela, o teniéndolo no contravengan el ideario, no están incluidos en la renuncia al ejercicio que implica la formalización de la matrícula. Las consecuencias de la renuncia a la libertad de conciencia de los alumnos en la escuela no concertada se limitan a que pueden ser obligados a cursar la enseñanza de la religión y a realizar prácticas culturales, según se infiere *a sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 52.2 y 3 LODE para la enseñanza concertada; siempre, claro está, que se trate de un centro privado de carácter religioso, no de un centro con ideario laico<sup>72</sup>.

---

de acceso/libertad de conciencia implica, a contrario, que en los centros privados ni hay derecho de acceso ni libertad de conciencia de los alumnos. La libertad de elección de centro por el alumno, y la selección de éstos por el centro, debieran impedir per se el surgimiento de este conflicto», *Id.*, 108.

71 Tomás y Valiente en el voto particular 21 a la STC 5/1981, plantea el problema de que el alumno no tuviera otra elección posible por encontrarse en un área geográfica en la que los centros tenga el mismo ideario y no exista un centro público: «Ahora bien, si en un determinado marco de convivencia o «hábitat» (enclave rural, pueblo, barrio urbano, etc.) solo hubiera centros privados dotados todos ellos de un mismo ideario, y no hubiera centros públicos, es evidente que aquellos padres que no compartieran ese ideario educativo (que ya no sería una oferta concurrente con otras, sino una imposición sin alternativas) no podrían ejercer de forma «real y efectiva» (art. 9.2 de la Constitución) el derecho que les reconoce la Constitución en el art. 27.3. Si tales centros impartieran Enseñanza General Básica y fuesen financiados por los poderes públicos (arts. 27.4 y 7 de la C.E.), como este mismo grado de enseñanza es obligatorio (art. 27.4 de la C.E.), los padres en cuestión no solo no podrían ejercer su derecho a elegir para sus hijos una determinada formación moral y religiosa (art. 27.3 de la C.E.), sino que además se verían obligados a enviarlos a un centro financiado con cargo a fondos públicos (y por ello en alguna medida con su personal contribución), cuyo ideario no compartían.

Este supuesto no es imaginario. La desigual distribución, al menos dentro de ciertos enclaves urbanos, de los centros públicos, y la mayoritaria vinculación de los centros privados a una determinada orientación religiosa son dos hechos notorios de experiencia, cuya cuantificación y análisis sociológico no sería ahora pertinente, pero cuya concurrencia habrá de dar lugar por fuerza al problema planteado. No obstante, se trata de una cuestión que ya no creemos suceda en la realidad a causa de la extensión que en la actualidad ha alcanzado la red de escuelas públicas, así como la de centros concertados. No obstante, si se diera el conflicto éste surgiría cuando el centro privado se negara a admitir a los alumnos por motivos religiosos o ideológicos porque con esta decisión se les estaría negando el derecho a la educación».

72 En contra de obligar a cursar la asignatura de religión a los alumnos en la enseñanza no concertada se manifiesta OTADUY basándose en el texto del Acuerdo con la Santa Sede que establece el

En definitiva, desde la perspectiva de la libertad de conciencia del alumno, las diferencias existentes entre la enseñanza concertada y la no concertada no son demasiado importantes y, en la práctica, vienen referidas casi exclusivamente a la obligatoriedad o no de cursar la asignatura de religión y de asistir o no a los actos de culto, sin que tenga incidencia en el adoctrinamiento esencial en una y otra.

## VI. CONCLUSIONES

El derecho a la libertad de conciencia del alumno se presenta como uno de los derechos más importantes en relación con el proceso del desarrollo de la personalidad del alumno que implica la educación (art. 27.2 CE). La libertad de conciencia del alumno aparece condicionado por la naturaleza jurídica pública o privada del centro docente de que se trate, en un intento de conciliarlo con los derechos de los restantes integrantes de la comunidad escolar. En los centros públicos el entorno del ejercicio de este derecho es el principio de neutralidad. Precisamente, la neutralidad, y el deber de no adoctrinar que implica, constituye la garantía de la libertad de conciencia del alumno en la enseñanza pública y no un límite a su ejercicio.

La situación es diferente en la enseñanza privada en la que el derecho del alumno a la libertad de conciencia aparece condicionado por el ideario y el adoctrinamiento característico de dicha enseñanza sea o no concertada. La LODE sí reconoce la libertad de conciencia a los alumnos de la enseñanza concertada, pero no a los de la no concertada. En realidad, las consecuencias se limitan a que el alumno de la enseñanza concertada no puede ser obligado a cursar la asignatura de religión y a asistir a actos de culto y el de la no concertada sí. No obstante, los alumnos de la enseñanza no concertada también tienen reconocido el derecho a la libertad de conciencia en el artículo 16.1 CE y por ello la limitación del ejercicio de la libertad de conciencia que implica la formalización de la matrícula en un centro no concertado no alcanza al núcleo esencial de dicha libertad y tampoco a aquellos actos de ejercicio del derecho que carezcan de incidencia en la vida del centro.

Miguel Ángel Asensio Sánchez

Facultad de Derecho  
Universidad de Málaga

---

principio de la no obligatoriedad de la enseñanza de la religión con independencia de la naturaleza del centro, en *Carácter propio de los centros...*, o.c.. 36-37.