

---

# **EL DERECHO DE LOS PADRES A LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS SEGÚN SUS CONVICCIONES**

---

**PONENCIA A CARGO DE D. JOAQUÍN MANTECÓN SANCHO  
PROFESOR DE DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO  
EN LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA**

**JORNADA DE ESTUDIO SOBRE  
"EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA"**

Madrid, 17 de noviembre de 2006

## 1. PRESENTACIÓN

El título elegido para esta ponencia —El derecho de los padres a la educación de sus hijos según sus convicciones—, es un título bastante genérico, pero que aborda una cuestión de singular importancia dentro del debate social y político acerca de la reforma de la Enseñanza en España. Todo lo que se va a estudiar a lo largo de esta jornada depende, en buena medida, del contenido, garantías y límites que se convenga para este derecho humano fundamental.

Comenzaré exponiendo y glosando los instrumentos jurídicos internacionales que lo proclaman, para ver a continuación su formulación en nuestra Constitución, su ulterior desarrollo normativo a través de la legislación ordinaria, así como en la jurisprudencia, tanto española como europea.

Que los padres tienen derecho a educar a sus hijos es una verdad lapalisiana por evidente, y sin embargo, no aparece formulada con claridad en ningún texto normativo sobre enseñanza —al menos yo no lo he encontrado—. Solamente la LO- DE (Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación), contiene una declaración en su artículo 4.2 en la que se afirma que los padres son «los primeros responsables de la educación de sus hijos. Sí que aparece, claramente formulada en el Código Civil, cuyo artículo 154 establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores —antes decía los padres—, y que la patria potestad comprende el deber y la facultad de *«velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentar los, educarlos y procurarles una formación integral»*. En Alemania, por ejemplo, este reconocimiento básico tiene asiento constitucional, concretamente, en el artículo 6.2 de la Ley Fundamental que proclama que *«el cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos»*.

En nuestra Constitución, norma básica y fundamental del Estado, este derecho se articula de una manera compleja en el artículo 27, al proclamar, por un lado, la libertad de enseñanza y la libertad de creación de centros docentes; y por otro, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.<sup>1</sup>

Nuestros constituyentes consiguieron un acuerdo importante sobre un argumento que había dividido a los españoles en el pasado inmediato, casi tanto como la denominada cuestión religiosa. El derecho a la educación, concebido por los sectores de la izquierda tradicional como un derecho prestacional que corresponde asegurar primariamente al Estado, se abrió también a la libertad de enseñanza, reclamada por los sectores—vamos a llamarles así— «no estatistas».

Al elaborar este texto, como no podía ser de otra forma, se tuvo muy en cuenta los textos jurídicos internacionales sobre esta materia, algunos de los cuales acababan de ser ratificados por España, recién incorporada a la familia democrática internacional. Y es que,

---

<sup>1</sup> Art. 27.- «1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza; 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales; 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones; [...]5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes; 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales [...]»

el propio texto constitucional en su artículo 10.2 dispone que *«las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*.

Pero no sólo; también conviene tener presente que el artículo 96.1 establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno<sup>2</sup>. Y es el caso del Convenio europeo para la protección de los Derechos y Libertades fundamentales y su protocolo adicional<sup>3</sup> del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificados todos por España, y publicados en el BOE.<sup>4</sup>

## **2. EL DERECHO DE LOS PADRES EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**

La Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a la educación en su artículo 26. En él se establece que *«toda persona tiene derecho a la educación»*, y que dicha educación *«tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales»*. Su último párrafo recoge el núcleo del derecho que estamos considerando, al proclamar que *«los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos»*

Difícilmente se puede expresar algo con más claridad y en menos palabras. Los padres tienen el derecho de escoger qué tipo de educación desean para sus hijos, y ese derecho tiene, además, carácter preferente ¿Qué alcance concreto tiene esta declaración?

En primer lugar, afirma la primacía de los padres en el ejercicio del derecho del que son titulares: son ellos y no el Estado, otras entidades, o terceras personas quienes pueden decidir preferentemente —y subrayo el adverbio preferentemente— el tipo de educación que quieren para sus hijos. Y, conviene advertir que, cuando habla de «tipo de educación» no se está refiriendo únicamente a la posibilidad de optar por sistemas pedagógicos —que también—, sino a concepciones holísticas de la educación, es decir a sistemas educativos completos fundamentados en una determinada concepción filosófica, ideológica o religiosa de la realidad. En este sentido cabe hablar de una educación diferenciada o mixta, pero cabe también referirse, sobre todo, a una educación cristiana, laica o neutra, humanística, laicista, atea, personalista, islámica, etc.

Es por otra parte evidente, que el Estado, que es quien ha asumido moderna mente la carga de facilitar la enseñanza a la generalidad de los ciudadanos, no puede asegurar la oferta de todos los posibles tipos de educación demandados por los padres. Por ello, resulta necesario el reconocimiento de la libertad de enseñanza, que supone la existencia de una enseñanza privada, distinta de la estatal, que surge de la propia sociedad y ofrece los distintos tipos de educación que solicitan o pueden solicitar los padres.

---

<sup>2</sup> *«Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional»*.

<sup>3</sup> Ratificado el 26 de septiembre de 1979 (BOE de 10 de octubre).

<sup>4</sup> Ratificados ambos el 13 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril).

Sin embargo, y en la medida en que la educación privada —que es la única que permite, de hecho, esta oferta plural—, no es económicamente accesible a buena parte de los ciudadanos —tema sobre el que habremos de volver más adelante—, el Estado debe garantizar en su sistema educativo una educación *neutra* desde el punto de vista religioso e ideológico, para mejor salvaguardar el pluralismo de la sociedad y, consiguientemente, respetar las convicciones de los padres acerca del tipo de enseñanza que han de recibir sus hijos. Pero al tratarse del tema que abordará la siguiente ponencia, me limito únicamente a dejarlo apuntado.

### 3. LOS PACTOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

En el ámbito regional, el primer Convenio de derechos humanos que viene a desarrollar la Declaración Universal es el Convenio europeo de 1950, para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ese es su título oficial, que, sin embargo, no recogió en su texto el derecho a la educación, aunque sí el de libertad religiosa. Dicha omisión fue subsanada mediante el Protocolo adicional de 20 de marzo de 1952, en cuyo artículo 2º se establece que *«a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas»*.

Como puede observarse, la fórmula utilizada difiere de la de la Declaración Universal. En ésta no se menciona el *«derecho preferente»* de los padres a escoger el tipo de educación; simplemente el Estado se compromete a respetar el derecho de los padres. Aunque, como ha matizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos *«‘respetar’ —así lo confirma la sustitución de ‘tendrá en cuenta’ por este término durante la génesis del artículo 2—; significa algo más que ‘reconocerá’ o ‘tomará en consideración’; por encima de un compromiso más bien negativo, este verbo implica una cierta obligación positiva por parte del Estado [ Por eso, el deber de respetar las convicciones de los padres [ no desaparece ante la pretendida necesidad de mantener un equilibrio entre doctrinas opuestas»*<sup>5</sup>

Igualmente, en lugar de «tipo de educación» se habla de «educación» y de «enseñanza» conforme a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Pese a lo que pudiera parecer a primera vista, no se está refiriendo, al derecho a recibir una enseñanza religiosa o filosófica determinada, sino a una educación que esté de acuerdo con las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, que es algo mucho más amplio, en la línea de lo previsto por la Declaración Universal, y que incluye, obviamente, esa concreta enseñanza filosófica o religiosa.

Otra norma importante a este respecto es la Convención promovida por la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960. Como indica su propio título se trata de un documento específico dirigido a evitar las discriminaciones en el ámbito de la enseñanza. En nuestro caso resulta interesante porque establece con claridad en su artículo 2, que determinados tipos de enseñanza no pueden

---

<sup>5</sup> *«‘Respecter ainsi que le confirme la substitution de ce mot à ‘tiendra compte ‘ pendant la genése de l ‘article 2 (P1-2) (document CDH (67) 2 , p. 163), signifie plus que ‘reconnaitra’ ou ‘prendra en considération’; en sus d ‘un engagement plutôt négatif ce verbe implique á la charge de l ‘Etat une certaine obligation positive (voir, mutatis mutandis, l ‘arrét Marckx du 13 juin 1979, série A n° 31, p.15, par. 31). D lors, le devoir de respecter les convictions des parents en la mati ne saurait s ‘effacer devant la prétendue nécessité de tenir la balance égale entre les doctrines antagonistes dont il s ‘agit»* (Sentencia en la causa «Campbell y Cosans contra el Reino Unido», de 25 de febrero de 1982, § 37,a).

ser considerados como discriminatorios, y menciona concretamente el caso de la enseñanza diferenciada por sexos; o la proporcionada por centros privados de carácter religioso.<sup>6</sup> En definitiva, mediante estas precisiones trata de proteger el derecho de los padres a la elección de dichos tipos de enseñanza, de manera que no se reduzca indebidamente el ámbito de lo previsto en la Declaración Universal y en el Convenio europeo.

En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (concebido como una Convención de ámbito universal), su artículo 18 desarrolla el correspondiente artículo de la Declaración Universal sobre la libertad religiosa, y en su último párrafo establece que *«los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»*.

En este documento, se pone en conexión el derecho a recibir una precisa educación religiosa y moral con el derecho de libertad religiosa. Como explica el Comentario General sobre este artículo del Pacto, elaborado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>7</sup> y que constituye, por así decir, su interpretación auténtica, este derecho recibe las mismas garantías que el derecho de enseñar una religión o doctrina (cfr. N° 6) y, concretamente, en su número 8, realiza una declaración importante, ya que especifica que, de conformidad con las garantías sobre el derecho de libertad religiosa *«no se puede restringir [ la libertad de los padres y los tutores a garantizar la educación religiosa y moral [ los hijos]»*, salvo en los casos previstos en el artículo 18.3 que, además, deben de interpretarse de manera estricta.

Pero es el Pacto sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Convención también de ámbito universal) el que incide de manera más directa en nuestra materia, en su extenso artículo 13. En el número 3 de dicho artículo se dispone que *«los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»*.

El número 4 especifica que *«nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, con la condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado»*.

---

<sup>6</sup> «a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes»; b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso [ de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres [ si la participación en esos sistemas o la asistencia a estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado particularmente para la enseñanza del mismo grado».

<sup>7</sup> Vid. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment adopted by the Human Rights Committee under article 40, paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR/C/21/Rev.1/Add.4), de 27 de septiembre de 1993.

Como puede observarse, se vuelven a afirmar aquí, los principios ya consolidados por la Declaración y los Convenios anteriores, aunque se concreta todavía un poco más. En efecto, se reconoce la libertad no sólo de creación de centros privados, sino la de dirección de esos centros, como manifestación concreta de la libertad de enseñanza, y como garantía del derecho de los padres elegir escuela y asegurar que la enseñanza que allí reciban sus hijos está de acuerdo con sus convicciones religiosas o morales. La única novedad de relevancia estriba en que la referencia a las convicciones filosóficas desaparece y es substituida por la mención de las convicciones morales, aunque no hay ningún inconveniente, ni teórico ni práctico, en subsumir aquéllas en éstas.

El último texto de interés sobre la libertad de enseñanza lo tenemos en el artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales, proclamada por la Unión Europea el 18 de diciembre de 2000, que se pronuncia en los siguientes términos: *«se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas»*<sup>8</sup>

Como puede constatarse, el texto retoma la filosofía de la Declaración Universal y de la Convención europea, al garantizar el derecho de los padres, no a una determinada educación religiosa y moral sino a la educación, genéricamente considerada, de conformidad con sus convicciones religiosas y filosóficas —que es distinto—; con el añadido de las convicciones pedagógicas, lo que ofrece interesantes perspectivas para la mejor salvaguarda del derecho de los padres, por ejemplo, para fundamentar la enseñanza diferenciada en razones pedagógicas (en la línea de lo dispuesto en la Convención de la UNESCO sobre las discriminaciones en materia de enseñanza, que ya hemos mencionado).

Realizado este panorama de los textos internacionales pertinentes, volvamos a examinar la realidad normativa de nuestro país.

#### **4. EL DERECHO DE LOS PADRES EN EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN**

La Constitución española, como hemos dicho, se hace eco de lo dispuesto en estas Declaraciones y Convenciones en el artículo 27. En su número 1, se reconoce expresamente la libertad de enseñanza, que recibe una garantía concreta en la libertad de creación de centros docentes, reconocida en los números 5 y 6 de este mismo artículo. De otra parte, el número 3 garantiza *«el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»*.

La formalización concreta adoptada tiene su interés. En efecto, en la discusión del texto original presentado en el Congreso, no faltaron quienes observaran que la formulación propuesta para el artículo 27.3 operaba un cierto reduccionismo, al limitar la garantía del derecho de elección de los padres del tipo de educación que desearan para sus hijos a la mera educación religiosa y moral. La ponencia tuvo que aclarar que la libertad de los padres para elegir el tipo de educación que desearan quedaba ampliamente cubierta por el número 1 de este artículo, cuando proclamaba la libertad de enseñanza, mientras el número 3 aseguraba, en cualquier caso, el derecho a recibir la concreta formación religiosa y moral que los padres quisieran para sus hijos.

---

<sup>8</sup> Cfr. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18 de diciembre de 2000, C 364, p. 11.

Con un razonamiento inverso, el Tribunal Constitucional sostiene en el fondo la misma tesis, al advertir que el derecho de los padres a elegir la formación religiosa o moral que prefieran para sus hijos, deriva directamente del derecho, más general, de libertad de enseñanza, de tal manera que, de no existir el artículo 27.3, su contenido estaría igualmente garantizado y sería igualmente exigible por el mero hecho de estar reconocida la libertad de enseñanza.<sup>9</sup>

Que la garantía ofrecida en este número 3 incluye también a la escuela pública quedó meridianamente patente durante las discusiones de los constituyentes en el Congreso. Incluso las fuerzas parlamentarias tradicionalmente más alejadas de estos planteamientos, dejaron clara su postura de que la enseñanza de la religión cabía perfectamente en el seno del sistema educativo público. Por ejemplo, Santiago Carrillo, hablando en nombre del grupo comunista, aseguraba que en la escuela pública —cito— «la libertad de enseñanza debe traducirse, entre otras cosas, en que haya una clase y *unas horas en que los niños cuyos padres lo reclamen puedan recibir enseñanza religiosa*».<sup>10</sup>

Aunque se trate de una obviedad, hay que recordar que al tratarse de un artículo incluido en la Sección Primera del Capítulo II de la Constitución, este derecho goza de la protección jurisdiccional reforzada que contempla el artículo 53.2 de nuestra Carta Magna, y, de hecho, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en múltiples ocasiones con ocasión de diversos recursos de amparo.<sup>11</sup>

## 5. LEYES ORGÁNICAS QUE DESARROLLAN ESTE DERECHO

El artículo 27.3 de la Constitución fue desarrollado, en algunos aspectos, por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, cuyo artículo 2.1 .c establece que forma parte integral del derecho de libertad religiosa «*recibir e impartir enseñanza [ religiosa { ..}]*» así como «*elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*». Y el número 3 de este mismo artículo dispone que «*para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la [...formación religiosa en centros docentes públicos]*». No está de más recordar que el inciso «*dentro y fuera del ámbito escolar*», referido a la posibilidad de elección de enseñanza religiosa, fue introducido en el texto de la Ley por iniciativa del grupo comunista.<sup>12</sup>

Se confirma, en esta norma, como ya se hacía constar en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la vinculación entre el derecho fundamental de libertad religiosa, y el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos según sus convicciones, aunque, en último término, se trate de una manifestación concreta del derecho más general a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos y que, en cualquier caso, tiene un claro anclaje constitucional en el artículo 27.3. Esta interpretación ha sido avalada ulteriormente y de

<sup>9</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, Fundamento Jurídico 7°.

<sup>10</sup> Cfr. BOC N° 59, 1978, p. 2039.

<sup>11</sup> También ha tenido ocasión de pronunciarse sobre diversos recursos o cuestiones de inconstitucionalidad (vid. H. CIRAC, *La libertad religiosa en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Supremo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, especialmente pp. 3 83-474).

<sup>12</sup> Cfr. M.J. CIÁURRIZ, *La libertad religiosa en el Derecho español. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 39.

manera expresa por el Tribunal Supremo que, fundamenta en este numeral «*el derecho de los padres a exigir que la formación religiosa se imparta en todas las escuelas públicas*»<sup>13</sup>

Por tanto, la presencia de la enseñanza de la religión en la escuela pública no tiene su justificación o fundamento en los Acuerdos con las confesiones religiosas, como se afirma en ocasiones con ligereza —y equivocadamente—, sino en la propia Constitución y en una Ley Orgánica que la desarrolla en este punto concreto.

Sin embargo, al ser el derecho a la educación un derecho fundamental autónomo, con entidad propia, se hizo también necesario desarrollarlo mediante las correspondientes leyes orgánicas. En orden cronológico tenemos, en primer lugar, la LODE (Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación)<sup>14</sup> de 3 de julio de 1985; en segundo lugar la LOGSE (Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo), de 3 de octubre de 1990<sup>15</sup>; la aprobada pero no aplicada LOCE (Ley Orgánica de Calidad de la Educación)<sup>16</sup> de 23 de diciembre del 2000; y, por último, la LOE (Ley Orgánica de Educación), de 3 de mayo de este año,<sup>17</sup> que derogó las dos anteriores, es decir, la LOGSE y la LOCE.

Pero solamente la LODE reafirma explícitamente algunos de estos aspectos fundamentales relacionados con la libertad de enseñanza y los derechos de los padres al respecto. Por ejemplo, en su artículo 4.1, ratifica que los padres tienen derecho «*a escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos*» para sus hijos, así como a que éstos reciban «*la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*»<sup>18</sup>

Una declaración interesante —e importante— se encuentra en el número 2 de este mismo artículo, cuando afirma que los padres son «*los primeros responsables de la educación de sus hijos*» aspecto que, por otra parte recuerda también el Tribunal Europeo de Derechos humanos cuando afirma que «*Al cumplir el deber natural hacia sus hijos por el que les incumbe prioritariamente asegurar su educación e instrucción, los padres pueden exigir al Estado el respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas*»<sup>19</sup>

Y, aunque se trate de un aspecto que se estudiará en la próxima ponencia, no se puede olvidar que el artículo 18 de la LODE establece un principio de suma importancia sobre la materia, como es la obligación de que los Centros públicos, en el desarrollo de su actividad, observen una estricta neutralidad ideológica, a la par que el máximo respeto a las opciones religiosas y morales de los padres.

---

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1987, Fundamento Jurídico 3°.

<sup>14</sup> Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (BOE de 4 de julio).

<sup>15</sup> Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (BOE de 4 de octubre)

<sup>16</sup> Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (BOE de 24 de diciembre).

<sup>17</sup> Ley Orgánica, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE de 4 de mayo).

<sup>18</sup> También la LOCE en su artículo 3 reconocía expresamente el derecho de los padres a la libre elección de centro y a que sus hijos recibieran la formación religiosa y moral que estuviera de acuerdo con sus propias convicciones.

<sup>19</sup> «C'est en s'acquittant d'un devoir naturel envers leurs enfants, dont il leur incombe en priorité d'assurer (l') éducation et (l') enseignement que les parents peuvent exiger de l'Etat le respect de leurs convictions religieuses et philosophiques» (Sentencia en la causa «Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca», de 7 de diciembre de 1976, § 52). La LOCE, en el artículo 3.2. reconocía a los padres como primeros responsables de la educación de sus hijos.

## 6. CONSIDERACIONES SOBRE SU APLICACIÓN Y EFECTIVIDAD

Sin embargo, volviendo a la libertad de enseñanza en su sentido más amplio, parece claro que una garantía real y efectiva del derecho exigiría que la elección realizada por los padres acerca de un determinado tipo de educación, no tuviera unos costes económicos añadidos porque, si no, el derecho preferente de los padres a dicha elección sólo estaría garantizado a quienes dispusieran de medios económicos suficientes. Esto supondría desvirtuar el contenido de este derecho fundamental y podría resolverse en una desigualdad prohibida por el artículo 14 de la Constitución<sup>20</sup>, que obligaría a intervenir los poderes públicos, como dispone el artículo 9.2<sup>21</sup>, para pro mover aquellas condiciones necesarias que hicieran reales y efectivas aquella libertad y aquella igualdad, y para remover los obstáculos que impidieran o dificultaran su pleno ejercicio.

La experiencia demuestra que el Estado, en general, se muestra poco propicio a subvencionar la escuela privada, salvo en países como Bélgica y Holanda, en que el principio de igualdad se aplica radicalmente, y en los que la denominada «*guerra escolar*» se ha dado por zanjada definitivamente. En efecto, la escuela privada recibe exactamente el mismo apoyo económico que la escuela pública. De esta forma la libertad de elección de los padres es real, efectiva y total. Aunque también en otros países, como en algunos Estados de la Unión —de Estados Unidos, me refiero—, Irlanda, Suecia, Dinamarca y algunos Länder alemanes es que la posición del Estado en este terreno está variando, y se intenta favorecer la libre opción de los padres mediante la implantación del llamado bono o cheque escolar, o la concesión de becas o ayudas económicas aplicables a centros de libre elección por parte de los padres.

A este respecto me parece muy significativa la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 1984, en la que, lúcidamente se afirma que «*el derecho a la libertad de enseñanza implica por su naturaleza la obligación para los Estados miembros de hacer posible el ejercicio de tal derecho también en el aspecto financiero y de proporcionar a las escuelas las subvenciones públicas necesarias para el desarrollo de sus cometidos y para el cumplimiento de sus obligaciones en condiciones iguales a las que benefician las correspondientes instituciones públicas, sin discriminación en relación con los organizadores, los padres, los alumnos y el personal*»<sup>22</sup>

Desde luego, en la medida en que la enseñanza privada —confesional, o con ideario propio no confesional— no sea accesible económicamente a todos los padres—es decir, mientras la libertad de enseñanza no sea real y efectiva—, la mejor manera de asegurar a los padres lo previsto en el artículo 27.3 pasa por facilitar la enseñanza religiosa demandada en los centros públicos. Así lo entendió el legislador ordinario que en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa imperó a los poderes públicos la adopción de las medidas necesarias para facilitar la formación religiosa en centros docentes públicos, como ya se ha visto.

<sup>20</sup> «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

<sup>21</sup> «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o d su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

<sup>22</sup> «Le droit á la liberté de l'enseignement implique pour les Etats membres de rendre possible également sur le plan financier, l'exercice pratique de ce droit et d'accorder aux écoles les subventions publiques nécessaires á l'exercice de leur mission et á l'accomplissement de leurs obligations dans des conditions égales á celles dont bénéficient les établissements publics correspondants, sans distinction á l'égard des organisateurs, des parents, des élèves ou du personnel» (Journal Officiel n° C 104, de 16 de abril de 1984, p. 0069).

## 7. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Intentaré resumir y sistematizar lo expuesto hasta el momento. Parece suficientemente claro que los padres gozan de un derecho —que es un derecho humano fundamental—, a decidir el tipo de educación que desean para sus hijos; y que este derecho se les reconoce con carácter preferente ante la posible colisión con intereses de terceros y, obviamente, del Estado. Así consta de manera paladina en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que es la clave de interpretación de los derechos fundamentales que reconoce nuestra Carta Magna.

En otros Pactos y Convenciones internacionales ratificados por España, que tienen como finalidad concretar y hacer efectivos los derechos proclamados en aquélla, este derecho fundamental se articula, en primer lugar, sobre el reconocimiento a los padres del derecho a elegir para sus hijos el tipo de educación religiosa, filosófica o moral que esté de acuerdo con sus convicciones —y no sólo el derecho a recibir una enseñanza religiosa o moral específica—, para lo cual se les garantiza también el derecho a escoger centros educativos no estatales, que cualquier persona o entidad puede crear y dirigir (siempre que cumplan unos requisitos académicos mínimos establecidos por el Estado).

En España, este derecho básico, está garantizado en la Constitución, de una manera más genérica, mediante el reconocimiento del derecho de libertad de enseñanza. Este derecho se hace posible, entre otras garantías concretas, mediante el derecho reconocido a las personas físicas y jurídicas de crear centros docentes, así como el derecho de los padres a que sus hijos reciban la enseñanza religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones.

Este último derecho, reconocido en el artículo 27.3, no deja de resultar una garantía residual, para asegurar la enseñanza religiosa moral deseada en los casos en que —como dice el Tribunal Constitucional— las familias «por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita»<sup>23</sup>

Obviamente, estos derechos y garantías han de ser aplicados de conformidad con los compromisos internacionales asumidos por España y que ya hemos descrito. No soy experto en temas educativos, pero tengo la impresión de que la normativa vigente aplicable sobre la materia es farragosa y compleja, y que en algunos casos parece ofrecer una interpretación práctica minimalista de estos derechos de los padres. Ciertamente, puede resultar difícil y complicado coordinar los distintos derechos e intereses que confluyen en la regulación de la enseñanza —que no son pocos—, pero lo que no puede suceder, en ningún caso, es que se desdibuje o diluya el contenido concreto de un derecho fundamental.

Por eso, el Estado, en la ejecución de sus propias e importantísimas competencias en materia de educación y enseñanza, ha de ser particularmente sensible a los deseos de los padres sobre el tipo de educación que desean para sus hijos, ya que se trata —insisto— de un derecho fundamental y, consiguientemente, acreedor de la máxima protección jurídica. Solamente un Estado que garantice plenamente los derechos fundamentales —de todos—, tiene plena legitimidad democrática.

---

<sup>23</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, Fundamento Jurídico 9°.

Son muchos los aspectos concretos del derecho que pueden resultar afectados y que exigen una cuidadosa atención por parte de las fuerzas sociales y de la ciudadanía: los criterios de admisión en los centros; los baremos para la concesión de los conciertos económicos; la forma de enfocar determinados contenidos de la enseñanza; y tantos otros. A título de ejemplo ¿les parece que la educación de la afectividad sea una competencia propia del Estado? Bueno, pues este es uno de los aspectos que la nueva Ley Orgánica de Educación considera como fin propio de la enseñanza, en general, al igual que el reconocimiento de la diversidad afectivo sexual<sup>24</sup>

Por todo ello me parece importante sensibilizar a las fuerzas sociales interesadas para exigir que las normas españolas, de conformidad con el principio de legalidad, no desvirtúen en nada los derechos reconocidos en los Pactos y Convenciones sobre la materia ratificados por España, que son además, por mandato constitucional, su clave adecuada de interpretación. El hecho de que algunos estatales ignoren en la práctica lo establecido en dichos instrumentos internacionales no les priva de su fuerza jurídica de obligar.

Y, quisiera recordar que no estamos hablando de derechos que tengan su fundamento en opiniones o sentimientos religiosos, ni estamos hablando de derechos «confesionales»; estamos hablando de derechos fundamentales de los padres, de cualesquiera padres; tengan las convicciones religiosas o ideológicas que tuvieren. No se trata, por tanto, únicamente de defender el derecho a recibir una determinada enseñanza religiosa o moral, sino de defender el derecho a recibir el tipo de educación que desean para sus hijos; a que el sistema educativo sea respetuoso con sus convicciones.

Obviamente, la defensa de los derechos fundamentales de los padres supone un esfuerzo permanente frente a un Estado que, mientras afirma su voluntad de ampliar los derechos civiles y sociales, no deja, paradójicamente, de mostrarse voraz mente intervencionista en cualquier ámbito de la vida pública (y conste que no me refiero únicamente a España).

Ese esfuerzo al que me refiero puede suponer, en ocasiones, el recurso a los Tribunales de Justicia, sin descartar, cuando sea procedente, acudir a las instancias jurisdiccionales internacionales. Dado el raquitismo con que, a veces, se reconocen a los padres sus derechos en esta materia, pueden ser precisamente los Tribunales quienes ofrezcan una interpretación integradora que complete y armonice nuestra legislación interna con las exigencias de aquellas normas internacionales que también forman parte de nuestro ordenamiento y que son más claras y explícitas al respecto.

Una sociedad sana, viva, responsable, abierta y progresista, no se acomoda a lo que no es radicalmente justo, y defiende porfiadamente sus derechos fundamentales, aunque esa tarea —como cualquier tarea importante— exija dedicación, tiempo, y esfuerzo; con mayor motivo, si se trata de algo que afecta al núcleo primordial de la sociedad, que es la familia, y a la transmisión a las nuevas generaciones de los valores democráticos en que creemos. Nos jugamos el futuro.

---

<sup>24</sup> Cfr. Preámbulo, y arts. 12 (Principios generales de la enseñanza), 13, (Objetivos de la enseñanza), 14 (Ordenación y principios pedagógicos de la enseñanza), 16 (Principios generales de la Educación Primaria), 17 (Objetivos de la Educación Primaria), 23 (Objetivos de la Educación Secundaria Obligatoria), y 91 (Funciones del Profesorado).