



¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?

Remigio Beneyto Berenguer

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado.

Universidad CEU-Cardenal Herrera Valencia

Académico c. de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

beneyto@uchceu.es | <https://orcid.org/0000-0003-0192-964X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Juan Antonio Xiol Ríos, doña Lucía Casado Casado, don Gabriel Domenech Pascual, doña Alicia González Alonso, don José Damián Iranzo Cerezo y don Fabio Pascua Mateo.

Extracto

Ante la aprobación precipitada de la LOMLOE y la presentación de sendos recursos de inconstitucionalidad presentados por los grupos parlamentarios del PP y de VOX, el artículo expone y reflexiona sobre la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la educación y libertad de enseñanza, sobre la libertad de educar a los hijos conforme a las propias convicciones (sobre la enseñanza de la religión en la escuela, sobre la libertad de elección de centro, sobre el derecho de los padres a la cooficialidad de lenguas en la enseñanza de sus hijos), sobre la libertad de creación y dirección de centros docentes (sobre el establecimiento del ideario y sobre la educación diferenciada) y sobre el derecho de los centros docentes a ser ayudados por los poderes públicos. El artículo finaliza con unas escuetas conclusiones, que intuyen las carencias de una ley que nace bajo sospecha de inconstitucionalidad.

Palabras clave: derecho a la educación; libertad de enseñanza; inconstitucionalidad.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Beneyto Berenguer, R. (2022). ¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?. *Revista CEFLegal*, 255, 81-110.



May the LOMLOE be unconstitutional?

Remigio Beneyto Berenguer

Abstract

Given the hurried passing of the LOMLOE and the actions of unconstitutionality brought by PP and VOX parliamentary groups, this article exposes and reflects on the doctrine of the Constitutional Court on the right to education and the freedom of teaching, on the right of parents to ensure the education and teaching of their children in conformity with their own convictions (on the teaching of religion in schools, on the freedom to choose school, on the right of parents to the use of official languages in education), on the freedom to found and direct educational establishments (on establishing a set of principles, on single-sex education) and on the right of schools to be supported by public powers. The article ends on some brief conclusions, aware of the deficiencies of a Law born under unconstitutionality suspicions.

Keywords: right to education; freedom of teaching/academic freedom; unconstitutionality.

Citation: Beneyto Berenguer, R. (2022). ¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?. *Revista CEFLegal*, 255, 81-110.



Sumario

1. Introducción
 2. Derecho a la educación y la libertad de enseñanza
 3. Libertad de educar a los hijos conforme a las convicciones religiosas y morales
 - 3.1. La enseñanza de la religión en la escuela
 - 3.2. Libertad de elección de centro docente
 - 3.3. Derecho de los padres a la cooficialidad de lenguas en la enseñanza de sus hijos
 4. Libertad de creación de centros docentes
 5. Derecho de los centros a ser ayudados por los poderes públicos
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El BOE de 30 de diciembre de 2020 publicó la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE).

Después del esfuerzo realizado por consensuar el artículo 27 de la Constitución, quedando clara su ambigüedad, lo que permite flexibilizar los términos del mismo, Jesús López Medel, en 1984, y respecto al proyecto de ley, que luego se transformaría en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), se planteaba la oportunidad, la urgencia y la estrategia de este proyecto.

Afirmaba textualmente:

Pero una «reforma», «reestructuración» o «reconversión» de tal calibre, va a hacerse en unos momentos estelares de situación crítica, mundial y española. El reformismo, el «cambio» en la escuela es fundamental. Pero esas razones de prudencia, de moderación, de estrategia no exacerbadas de que no pocos políticos, de uno y otro lado, están haciendo gala, no las han querido utilizar los progenitores de la LODE.

López Medel (1984, pp. 15-20) hacía referencia a la problemática de muchas familias, a las adaptaciones «lingüísticas» de educadores, a la reorganización administrativa autonómica, y decía que, a pesar de saber que se trataba de una opción política de urgencia, tanto de programa electoral como decisión política, ¿qué país del mundo se atrevería en estas circunstancias a tal «reconversión»? Y continuaba afirmando:

Y me preocupa la estrategia. Que es tanto como decir: por un lado, la ausencia de un «debate nacional» sobre la educación... debate que es necesario para producir el «cambio»... ¿Quién tiene tiempo y tranquilidad para ocuparse seria-

mente de la LODE? La estrategia ha sido, entre otros métodos, la urgencia. Para la educación, prisa. Y aún sorpresa, [y finalizaba:] El tema de las actitudes... La desinformación, por defecto o exceso, la ideologización abultada, la mezcla de propósitos electorales, o técnico-pedagógicos, no ayudan mucho a la creación de una «voluntad política», de «cambio» en la escuela. No solo en el hacia dónde. También en el cómo. Y eso es muy importante para el asentamiento sereno y democrático, con viabilidad perdurable. Más allá de las contingencias.

Es lamentable la coincidencia con el entorno en el que se produjo la aprobación de la actual ley educativa. Según datos del balance oficial, ofrecido por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (31 de diciembre), se han notificado, hasta el momento, un total de 1.928.265 casos de covid-19 y la cifra total de fallecidos es de 50.837. Las familias estaban preocupadas por el aumento de casos de covid-19: familiares enfermos e incluso familiares fallecidos. Confinamiento en los domicilios, sin poder salir, sin poder defender los derechos fundamentales. Las familias estaban angustiadas por no tener trabajo, encontrarse en el paro o en el ERTE (expediente de regulación temporal de empleo): las familias, en Navidad y en fin de año, sin trabajar y sin cobrar desde el mes de marzo en que se declaró el estado de alarma.

No hace falta ser muy inteligente para descubrir que no era el momento oportuno, ni el tema era urgente ni había sido mínimamente consensuado. Las prisas excluyeron el dictamen del Consejo de Estado y del Consejo Escolar del Estado; el poder legislativo fue una caricatura de su principal cometido, al tratar cientos de enmiendas en el Congreso y en el Senado sin la seriedad y el rigor parlamentarios. Ciertamente ha sido una oportunidad perdida, ya que las comisiones legislativas sirven para aunar posiciones enfrentadas, para potenciar lo que une y limar lo que divide.

Para los ciudadanos españoles este no era ni siquiera uno de sus principales problemas. Es triste que un Gobierno aproveche estos momentos de zozobra y de debilidad de sus ciudadanos y de su sociedad civil para aprobar con urgencia y casi con nocturnidad una ley que desarrolla un derecho fundamental tan importante para la convivencia y la paz social, y, especialmente, para el futuro de España.

Es una ley que nace con fecha de caducidad, porque, casi con total seguridad, una alternancia en el Gobierno de la nación traerá una nueva ley de educación, la novena.

La LOMLOE se planteaba una doble estrategia¹: la primera, revertir los cambios producidos por la LOMCE, y la segunda, modernizar el sistema educativo para adaptarlo a la realidad social de la España del siglo XXI. En la exposición de motivos se refieren unas cir-

¹ Asegurado Garrido y Marrodán Gironés (2021); Trujillo Sáez (2021); Polo Sabau (2021); Mateu Isturiz y Sánchez Socías (2021).

cunstancias que han afectado a la sociedad española y presentan un cambio social diferente, a saber: los recortes sufridos en la educación por la crisis económica, reducir el abandono temprano y el fracaso escolar, el uso generalizado de las tecnologías de la información y la comunicación, el enfoque de la igualdad de género, la importancia de atender al desarrollo sostenible y reforzar la equidad y la capacidad inclusiva. Esto es, según la exposición de motivos, la finalidad de la LOMLOE es

establecer un renovado ordenamiento legal que aumente las oportunidades educativas y formativas de toda la población, que contribuya a la mejora de los resultados educativos del alumnado, y satisfaga la demanda generalizada en la sociedad española de una educación de calidad para todos.

Ya se han presentado, a finales de marzo de 2021, por el Grupo Parlamentario Vox y por el Grupo Parlamentario del Partido Popular sendos recursos de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 3/2020. El recurso presentado por el PP se basa en tres áreas: la cuestión lingüística, el respeto a la libertad religiosa y la escuela concertada. El recurso presentado por Vox se detiene en cómo la LOMLOE atiende aspectos de la enseñanza concertada (supresión del criterio de la demanda social y el incremento progresivo de plazas en centros de titularidad pública), la supresión de la enseñanza de religión, la supresión del castellano como lengua vehicular en la enseñanza, la educación diferenciada y los centros de educación especial. Una vez más, se ha dejado pasar una oportunidad de elaborar una «ley de Estado» para hacer una «ley de partido político».

Por este motivo se cree oportuno exponer y reflexionar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la educación y libertad de enseñanza, sobre la libertad de educar a los hijos conforme a las propias convicciones (sobre la enseñanza de la religión en la escuela, sobre la libertad de elección de centro, sobre el derecho de los padres a la cooficialidad de lenguas en la enseñanza de sus hijos), sobre la libertad de creación y dirección de centros docentes (sobre el ideario y la educación diferenciada) y sobre el derecho de los centros docentes a ser ayudados por los poderes públicos, para mostrar las carencias de una ley que nace bajo sospecha de inconstitucionalidad y aventurar cuál debería ser la posición del Tribunal Constitucional en la sentencia que esperemos no tarde mucho en dictarse y hacerse pública.

2. Derecho a la educación y la libertad de enseñanza

El artículo 27.1 de la Constitución española de 1978 proclama: «Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza»².

² Fernández (1998); Martín García (2019).

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 74/2018, de 5 de julio, FJ 4.º (BOE de 6 de agosto), manifiesta que este «genérico derecho a la educación» tiene una doble dimensión o contenido: «derecho de libertad» y «prestacional».

La primera dimensión, la de derecho de libertad, se identifica con la «libertad de enseñanza», entendida como proyección de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 de la Constitución) y de la libertad de expresión, del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones (art. 20 de la Constitución). Cuando se entra a analizar concienzudamente el artículo 27 de la Constitución, parece que el apartado 1 sea inútil, pero en absoluto lo es, y, aunque pueda identificarse con las libertades de los artículos 16 y 20 de la Constitución, constituye una libertad autónoma y distinta que merece ser profundizada.

Ciertamente el identificar la libertad de enseñanza con la libertad ideológica y de expresión plantea interrogantes y peligros, porque da a entender que esta libertad de enseñanza queda orientada al docente más que al discente, a esa transmisión de conocimientos, a esa difusión de pensamientos e ideas, a esa comunicación de una determinada cosmovisión. Quizá queda demasiado unida a lo que se entiende por libertad de cátedra, que se contempla en el mismo artículo 20.1 c) de la Constitución.

No puede olvidarse que, según el artículo 27.2 de la Constitución, la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de la convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

El problema fundamental viene circunscrito, pues, a qué se entiende por derecho a la educación, por libertad de enseñanza, por pleno desarrollo de la personalidad humana, por formación integral. Es lamentable que en 42 años (1978-2020) haya habido 8 leyes educativas (la LOECE, la LODE, la LOGSE, la LOPEG, la LOCE, la LOE, la LOMCE y la LOMLOE). Ya el Consejo de Estado, ante el proyecto de LOE, se lamentaba de la siguiente manera:

Que el presente proyecto, dada la ausencia del consenso respecto a su contenido, pueda llegar a ser simplemente uno más de los muchos que se elaboran (y normalmente se promulgan) cada vez que se produce alternancia de poder en el sistema democrático español en una cuestión tan esencial como lo es, y así viene recogido por la Constitución (artículo 27), la organización del sistema educativo. Por tanto, en la medida en que la propuesta de sistema que el anteproyecto de Ley Orgánica plasma no recoge un pacto de Estado, no puede sino lamentar este Consejo el desconcierto que para los españoles supone el mero hecho de tener que ajustarse cada breves períodos de tiempo a toda una revisión sistemática y pretendidamente total del sistema educativo (Dictamen del Consejo de Estado, número de expediente 1125/2005 [Educación y Ciencia]. Fecha de aprobación: 14 de julio de 2005).

Y, a pesar de estos lamentos, se aprobó la LOE, luego se aprobó la LOMCE en el 2013 y la LOMLOE en el 2020.

Es cierto que todo el mundo clama por un pacto de Estado sobre educación y enseñanza, y, tras años y años reflexionando, uno llega a la conclusión de que quizá no sea posible, que se están confrontando dos visiones sobre el hombre y la sociedad demasiado distintas. No se observa un ánimo de tender puentes, de ver puntos convergentes, de unión en la diversidad, sino que, con prisas, con atropellos, sin consenso e incluso como una forma de tapar otras vergüenzas, se aprueban leyes educativas. Es demasiado lo que se juegan los partidos políticos con la educación y la enseñanza.

Después de 15 meses trabajando por el Pacto Educativo en España, desde diciembre de 2016, el Partido Socialista Obrero Español (el 6 de marzo de 2018) y en aquel momento Unidos-Podemos (7 de marzo de 2018) abandonaron la subcomisión: el primero mientras no se comprometiera el Gobierno de entonces a incrementar la partida de Educación en al menos un 5 %, y el segundo porque no quería participar en un «paripé». El Partido Ciudadanos dijo que nunca apoyaría un pacto educativo que no garantizara el castellano como lengua vehicular en toda España. Además, según se afirmaba desde la propia subcomisión, los puntos más conflictivos, sobre los que era más difícil el pacto, eran: la enseñanza concertada y su pervivencia en tiempos de baja natalidad, la enseñanza religiosa en la escuela, el currículum común y no 25 libros diferentes para cada asignatura, la tensión entre calidad y equidad, la autonomía de los centros y el control de la Administración, etc. Entonces cabe preguntarse: ¿sobre qué materias hay posibilidades de acuerdo, si realmente conviene ese pacto? ¿No será que se trata de dos líneas paralelas que nunca se encuentran?

Además subrayó Manuel Useros (1978) que «la cuestión del «tipo de educación» es eminentemente política, porque del tipo de hombre que se eduque depende el tipo de sociedad y el tipo de Gobierno que en ella se puede sustentar».

La Constitución española, en el artículo 149.1.30.^a establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia. (SSTC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 5.º; 184/2012, de 17 de octubre, FJ 3.º; 213/2013, de 19 de diciembre, FJ 3.º). Ha de asumirse que los poderes públicos, como legítimos representantes del pueblo, han de establecer las normas básicas y los requisitos mínimos del ejercicio de estos derechos y libertades, y, entre ellos, la enseñanza. Pero ha de hacerse teniendo en cuenta el principio *favor libertatis*, atendiendo a la máxima libertad y a las mínimas restricciones, y con la conciencia clara de a quién corresponde la libertad de enseñanza. En caso contrario, cada vez más, de una manera agobiante, se regula prácticamente todo: se identifica y desprecia la memoria y el contenido, considerándolos como propios de una escuela conservadora y tradicionalista, incluso elitista; se ensalza lo pragmático, la mera aplicación (porque lo práctico sin contenido es superficialidad y vulgaridad), como algo progresista, inclusivo y equitativo; se contempla la repetición de curso como algo excepcional, se aboga por poder pasar de curso con asignaturas suspendidas, y se justifica con la valoración de las circunstancias, con la flexibilización del currículum, con la motivación del alumno. Quizá se esté perdiendo el norte de lo que es la escuela, y

se le esté asignando funciones que no le corresponden porque son propias de la familia; quizá, por esta necesidad de atender a las carencias familiares, se están dejando de lado las competencias propias de la escuela, de la academia. La escuela se está convirtiendo en un cajón de sastre de todas las carencias: la sanidad, la alimentación, las normas de urbanidad y la educación vial entre otras; son innumerables los planes y programas asignados a la escuela (convivencia, igualdad, inclusión, acción tutorial). Ganan cada vez más fuerza en el mundo educativo las habilidades, las destrezas, las competencias, los procedimientos, las actitudes, las emociones, los sentimientos, y van perdiendo fuelle los contenidos.

Claramente es un problema de cosmovisión, de concepción del hombre, de qué persona se está hablando, de qué se entiende por pleno desarrollo de la personalidad humana. De ahí la importancia del apartado 2.º del artículo 27 de la Constitución.

Para entender un poco más qué se entiende por el derecho a la educación y la libertad de enseñanza debería acudir a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, que establece que las normas relativas a estos derechos se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (Saiz Arnaiz, 1999).

Tanto el artículo 26.3.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948³, como el artículo 2 del Protocolo Adicional número 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950⁴, como la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en el campo de la enseñanza de 14 de diciembre de 1960⁵, como el artículo 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, como el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966⁶, proclaman y defienden el derecho de los padres de educar a sus hijos conforme

³ «Los padres tienen derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

⁴ «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» (Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979).

⁵ Aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en su undécima reunión celebrada en París del 14 de noviembre al 15 de diciembre de 1960. Entre otros acuerdos, los Estados partes convinieron «en que debe respetarse la libertad de los padres de elegir para sus hijos centros de enseñanza que no sean los creados por los poderes públicos, pero que respeten las normas mínimas que pueden fijar o aprobar las autoridades competentes» (art. 5.1) (Boletín Oficial del Estado de 1 de noviembre de 1969).

⁶ «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» (Boletín Oficial del Estado de 30 de abril de 1977).

a sus convicciones y la libertad de los padres de elegir para sus hijos centros educativos (incluso distintos a los creados por los poderes públicos)⁷.

Estos tratados tienen, primero, una labor interpretativa pero después, y es más importante, una función integradora, ya que esos mismos documentos internacionales, a tenor del artículo 96 de la Constitución española, forman parte del ordenamiento jurídico interno, y son también derecho aplicable, una vez ratificados por España y publicados en el BOE, como lo fueron. Pero además sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. El derecho internacional contempla en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972 publicado en el BOE de 13 de junio de 1980) que «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» (art. 26), y que «una parte no podrá invocar sus disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» (art. 27).

Como se observa claramente, el Tribunal Constitucional señaló que

en cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores, la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1 de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (art. 20.1.c). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3). (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7.º, que fallaba sobre el recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares).

El Estado, según el mismo artículo 149.1.1.^a de la Constitución, tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Aquí el Estado se muestra débil con los fuertes y fuerte con los débiles. Puede

⁷ El Parlamento Europeo en Resolución de 14 de marzo de 1984 (aunque esta Resolución no tiene categoría de tratados y acuerdos internacionales ratificados por España), en el artículo 7 establece: «La libertad de educación y de enseñanza incluye el derecho de abrir un centro y de impartir en él un tipo de enseñanza: Esta libertad incluye el derecho de los padres de elegir para sus hijos, entre los centros existentes, un centro que ofrezca a estos la enseñanza deseada», y sigue diciendo: «De acuerdo con el derecho que les ha sido reconocido, es a los padres a quienes corresponde decidir el tipo de escuelas que han de frecuentar sus hijos hasta que ellos puedan decidir por sí mismos. A este fin, el Estado tiene la obligación de prever los centros públicos y privados necesarios».

decirse sin rubor que desgraciadamente no siempre se está asegurando esta igualdad de condiciones básicas entre los españoles en el ejercicio de la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. Son muchísimos los conflictos suscitados entre algunas comunidades autónomas y el Estado, precisamente por entender las primeras que pueden establecer un modelo educativo propio, en ejercicio de las competencias asumidas en sus respectivos estatutos de autonomía, ya que el Estado únicamente dispone de la competencia básica. Esa indefinición y falta de concreción de las competencias estatales y autonómicas, unida a la debilidad de la Administración estatal y a la inacción o invisibilidad de la alta inspección del Estado en demasiadas ocasiones, provoca una judicialización constante de la enseñanza. No puede olvidarse que el apartado 8 del artículo 27 dispone que «los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes».

Pero, al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional, en el FJ 13.º de la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre (BOE de 15 de enero de 2008) observa que

el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes [y sigue diciendo que] la autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1.1 de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales.

3. Libertad de educar a los hijos conforme a las convicciones religiosas y morales

El Tribunal Constitucional ha afirmado en la STC 74/2018 que la libertad de enseñanza comprende a su vez la doble facultad de los padres de elegir centro docente de sus hijos, que podrá ser de titularidad pública o privada, y de elegir la formación religiosa o moral que se ajuste a sus propias convicciones (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7.º; 133/2010, de 3 de diciembre, FJ 5.º, y 10/2014, de 27 de enero, FJ 3.º).

A pesar de que la ministra Isabel Celaá declaró en el XV Congreso de Escuelas Católicas (celebrado en Madrid los días 14 a 16 de noviembre de 2019) que la Constitución no recoge el derecho a elegir centro o enseñanza religiosa, ya el Tribunal Constitucional, en el FJ 8.º de la Sentencia 5/1981, había dicho:

El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el art. 27.3 de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral.

Sigue diciendo el mismo FJ 8.º que ambas libertades conectan íntimamente con la libertad de creación de centros docentes con un ideario propio y no limitado únicamente a los aspectos religiosos y morales. Y la STC 133/2010, de 2 de diciembre, en su FJ 5.º afirma que la libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 de la Constitución).

Puede afirmarse que no queda garantizado por los poderes públicos 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 (art. 27.3 de la Constitución) si no quedan asegurados la enseñanza religiosa en la escuela, la libertad de elección de centro y el castellano como lengua vehicular de la enseñanza en aquellas comunidades donde existe otra lengua cooficial. Pero tampoco queda protegido el derecho si no se respeta la libertad de creación y dirección de centros con el correspondiente ideario y carácter propio (incluso con la educación diferenciada) ni los poderes públicos asumen la dimensión prestacional que el artículo 9.2 de la Constitución les encarga para hacer efectivos los derechos y libertades que contempla el artículo 27 de la Constitución, entre ellos, el de ayudar a los centros que reúnan los requisitos que la ley establezca.

3.1. La enseñanza de la religión en la escuela

La enseñanza de la religión en la escuela y la libertad de enseñanza están íntimamente relacionadas con la libertad religiosa, y así en el artículo 27.3 de la Constitución convergen ambas libertades, las de enseñanza y de libertad religiosa (Beneyto Berenguer, 2018).

El Tribunal Constitucional, en el FJ 6.º de la Sentencia 31/2018, de 10 de abril, por la que se falla sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, partiendo de la idea de que el Estado es religiosamente incapaz y se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso, señala que el Estado no puede enseñar religión, sino que «son únicamente las Iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla» (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 9.º). Esa condición de sujeto «relativamente incapaz» deriva del artículo 16.3 de la Constitución que, por una parte, establece la aconfesionalidad o laicidad positiva del Estado y, por otra, plasma el mandato de cooperación con las confesiones religiosas. Ahora bien, como

señala la misma Sentencia 38/2007, en su FJ 13.º, «si la impartición en los centros educativos de una determinada enseñanza religiosa pudiera eventualmente resultar contraria a la Constitución, ya fuere por los contenidos de dicha enseñanza o por los requisitos exigidos a las personas encargadas de impartirla, lo que habría de cuestionarse es el acuerdo en virtud del cual esa enseñanza religiosa se imparte, no la forma elegida para instrumentarlo».

Sigue diciendo la misma sentencia del Tribunal Constitucional que el configurar la enseñanza de la religión en la escuela no vulnera el marco constitucional, ya que no implica valoración alguna de las doctrinas religiosas que pudieran afectar a la obligación de neutralidad del Estado. Neutralidad que venía descrita en la STC 5/1981, de 13 de febrero al tenor siguiente: «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 políticas, y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales».

Pero esta neutralidad, según la STC 5/1981, de 13 de febrero en su FJ 9.º *in fine*, no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres contemplado en el artículo 27.3 de la Constitución, y, en cambio, sí impone a los docentes que en ellos desempeñen su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, ya 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 ha podido elegir para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita. Por consiguiente, se trata de asegurar el cauce adecuado para el ejercicio del artículo 27.3 de la Constitución, pero al tiempo es una garantía prestacional respecto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa individual, tanto de los individuos como de las confesiones religiosas, ya que la libertad religiosa en su dimensión comunitaria alberga como contenido nuclear «la divulgación y expresión públicas de su credo religioso» (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5.º).

No procede declarar la enseñanza de la religión en la escuela fuera del horario escolar ni inventarse asignaturas distintas. El programa del Partido Socialista Obrero Español propone: «Promover una escuela pública laica donde no quepa la integración de enseñanzas confesionales ni en el currículum ni en el horario escolar. Para ello se promoverán las reformas del marco legal actual necesarias, así como de los acuerdos internacionales». El programa de Unidas-Podemos contiene: «Se ofrecerá una educación laica, al considerarse que las creencias religiosas forman parte de la intimidad de cada persona». El programa de Ciudadanos sorprende al contemplar: «Desde la premisa de la laicidad, proponemos que ese conocimiento pueda incorporarse al acervo cultural de los estudiantes a través de la asignatura cuyo objeto sea el estudio de la historia de las religiones». Sería una contradicción, ya que el Estado no puede regular, en materia de enseñanza, lo que cada persona haga fuera del horario escolar, en su tiempo libre. Tampoco puede entenderse que es una reminiscencia de un Estado confesional católico, ya que según datos actualizados por el Ministerio de Educación, la asignatura de Religión en la escuela es obligatoria en el Reino Unido, Finlandia, Dinamarca, Austria, Chipre, Irlanda, Malta, Noruega, Rumanía, Suecia, Suiza; es

opcional en Alemania, Bélgica, Italia, Portugal, Croacia, Eslovaquia, Países Bajos, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Ucrania o Andorra.

La enseñanza religiosa en la escuela supone una manifestación del derecho de libertad religiosa y de culto, tanto en su dimensión individual (art. 2.1.c de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, de libertad religiosa) como en su dimensión comunitaria (art. 2.2 y 2.3 de la misma ley).

Además, según la STC 31/2018 en su FJ 6.º, con la introducción de una asignatura de religión en la escuela se da cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales de 3 de enero de 1979 (Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979 y publicado en el BOE de 15 de diciembre), cuyo artículo II dispone:

Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar (ahora Educación Infantil), de Educación General Básica (ahora Educación Primaria y primero y segundo de Educación Secundaria Obligatoria) y de Bachillerato Unificado Polivalente (ahora tercero y cuarto de Educación Secundaria Obligatoria y primero y segundo de Bachillerato) y grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.

En los mismos términos se manifiesta el artículo 10.1 de los Acuerdos y Convenios de Cooperación con la Federación de Entidades Evangélicas de España (FEREDE), con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE) y con la Comisión Islámica de España (CIE), aprobados por las respectivas leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992.

No acaba de vislumbrarse dónde se encuentra el problema, siendo como lo es, de carácter voluntario y de seguimiento libre para los alumnos, con lo cual no implica vulneración constitucional alguna.

Quizá el núcleo fundamental de la problemática venga por lo que deba entenderse por «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales» y por «la relación de alternatividad entre la enseñanza de la religión y otra asignatura».

Respecto a la primera cuestión, según la Real Academia Española, «equiparar» significa «considerar a alguien o a algo igual o equivalente a otra persona o cosa», luego «equivalente» significa «que puede considerarse equivalente o igual». Nadie discute que las disciplinas fundamentales pueden ser, entre otras, matemáticas, lengua castellana o ciencias sociales, luego «condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales» significa por una parte que la enseñanza religión también es una disciplina fundamental, y no significa bajo ningún concepto que las horas semanales de esa materia sean un tercio o un cuarto de las otras fundamentales, y mucho menos que deban realizarse fuera del horario escolar.

Sin embargo el Tribunal Supremo, en reciente Sentencia 2781/2018, de 11 de julio, concluyó en el FJ 2.º:

Esta Sala ha dicho reiteradamente que condiciones equiparables no significa condiciones idénticas. Pues bien, a juicio de la Sala, la precisión de estas nociones debe hacerse atendiendo principalmente a elementos cualitativos, no a los cuantitativos, pues el carácter fundamental de una materia es en sí mismo un factor de cualidad,

pero en el FJ 4.º, ante la reducción de horas semanales en clara diferencia respecto a las otras disciplinas fundamentales, aseveró:

No consideramos que esa sea una carga lectiva irrelevante o, al menos, no se ha demostrado que en ese tiempo sea imposible desarrollar un programa didáctico coherente y completo de la enseñanza de la Religión Católica que, al fin y al cabo, es de lo que se discute.

Parece absurdo el razonamiento de la sala del Tribunal Supremo, pues no es eso lo que se discute, pues, siguiendo su frágil argumento, quizá también con menos horas se podría desarrollar un programa de matemática o lengua. Pero, en cualquier caso, al Tribunal Supremo no le compete resolver las dudas sobre la interpretación de «en condiciones equiparables», ya que hubiera debido ser la Comisión Mixta Iglesia-Estado la que resolviera estas dudas, a tenor de lo dispuesto en la cláusula XVI del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, que expone:

La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan.

Respecto a la segunda cuestión, la STC 31/2018 considera, en concordancia con otras sentencias anteriores, que la existencia de una relación de alternatividad entre religión y otra asignatura no vulnera el derecho a la igualdad, ni implica discriminación alguna. (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 5.º y ATC 40/1999, de 22 de febrero).

Rafael Navarro Valls, en el artículo «Asignatura de Religión y Constitución» publicado en *El Mundo* el 24 de abril de 2018, escribe que

la enseñanza de la religión no solamente no es inconstitucional sino educativamente razonable y constitucionalmente plausible. Lo primero, porque ayudar al alumno a bucear en sus raíces identitarias le enriquece. Lo segundo, porque es el vehículo adecuado para que se actualice el artículo 27.3 de la Constitución española.

3.2. Libertad de elección de centro docente

El derecho a la elección de centro docente es una consecuencia de la confluencia de la libertad de enseñanza, de la libertad de educar a los hijos conforme a las convicciones religiosas y morales y de la libertad de creación de centros docentes, derechos reconocidos expresamente en el artículo 27, apartados 1, 3 y 6 del texto constitucional.

Ante la duda sobre si el derecho de elegir centro docente es distinto del derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que han de recibir sus hijos, y aunque la STS de 14 de mayo de 1985 afirme que «si bien es cierto que este derecho (de elegir centro) no viene expresamente enunciado en el artículo 27 de la Constitución, sí aparece reconocido en el artículo 13.3 del Pacto Internacional, en el artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 2 del Protocolo de la Convención Europea de 1950», el Tribunal Constitucional, en el FJ 8.º de la Sentencia 5/1981, ya había dicho que es obvio «que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral». Puede afirmarse sin duda alguna que el derecho de libre elección de centro forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho de educación, dado además que en un sistema público basado en el pluralismo y la aconfesionalidad del Estado, los centros docentes públicos han de ser ideológicamente neutrales.

El Tribunal Constitucional, en el FJ 4.º de la Sentencia 74/2018, afirma que el derecho a la educación supone también «el reconocimiento *prima facie* de una libertad de los padres para elegir centro docente» (STC 10/2014, FJ 3.º; ATC 382/1996, FJ 4.º), pero el acceso efectivo al concreto centro elegido «dependerá de si se satisfacen o no los requisitos establecidos por el procedimiento de admisión de alumnos» (ATC 382/1996, FJ 4.º).

Aquí precisamente es donde empiezan los problemas, porque, si bien el mismo Tribunal Constitucional, en el FJ 5.º de la Sentencia 77/1985, de 27 de junio (BOE de 17 de julio) que falla sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), asevera que este derecho de los padres a elegir centro y tipo de formación de sus hijos es compatible con el establecimiento de «criterios objetivos» aplicables en los supuestos de insuficiencia de plazas escolares en centros públicos y privados concertados, lo cierto es que los poderes públicos, con las armas de la programación general de la enseñanza y del establecimiento de las correspondientes «ratios» por aula, pueden disponer a su arbitrio del ejercicio de estos derechos fundamentales. Valgan como meros ejemplos la reducción de la ratio en los niveles de Educación Infantil o Primaria, o la ampliación de la ratio en los niveles de Educación Secundaria; o la ampliación de plazas públicas incluso mediante la construcción, equipamiento y puesta en funcionamiento de centros públicos precisamente cuando la natalidad se encuentra en mínimos insostenibles. Ejemplos que suponen irremediamente una reducción a la mínima de los centros concertados.

Estas acciones abocan a una constante judicialización de la enseñanza, ya que los titulares de los centros concertados, y las familias que defienden el ejercicio de sus derechos

fundamentales interpondrán los correspondientes recursos administrativos y posteriormente contencioso-administrativos, llegando, una vez agotada la vía ordinaria, al Tribunal Constitucional o incluso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tanto es así que el Tribunal Constitucional, en el FJ 4.º de la Sentencia 74/2018, ha dicho recientemente que los derechos contenidos en los apartados 1, 3 y 6 del artículo 27 de la Constitución

admiten restricciones que respondan a «un fin constitucionalmente legítimo» y que sean «necesarias y adecuadas para alcanzar dicho objetivo» (STC 11/2016, de 1 de febrero, FJ 3.º, citando las SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3.º, 4.º y 5.º; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4.º; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7.º, y 64/2001, de 17 de marzo). Caben, pues, cualesquiera restricciones que puedan considerarse ajustadas al «canon de proporcionalidad resultante de las normas constitucionales de protección de derechos fundamentales sustantivos», que «se resuelve en un triple juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de beneficios y perjuicios» (STC 93/2017, de 6 de julio, FJ 3.º).

La Ley Orgánica 3/2020 (LOMLOE), en su artículo 109, ha modificado el artículo 109 de la Ley Orgánica 8/2013 (LOMCE), añadiendo en el apartado 1.º a la expresión: «Las Administraciones educativas armonizarán las exigencias derivadas de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación» la coletilla: «Mediante una oferta suficiente de plazas públicas», y eliminando del apartado 2.º, que dice: «Las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas, teniendo en cuenta la programación general de la enseñanza, las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización de los alumnos y alumnas con necesidad específica de apoyo educativo, tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social», la coletilla «y la demanda social».

Este añadido y esta eliminación manifiestan un intento de reducir progresivamente y al máximo los centros privados concertados y, al tiempo, dotar de un poder absoluto a la Administración en la planificación y programación de la enseñanza. Denota una clara intención de considerar a la concertada como meramente subsidiaria de la enseñanza pública, cuando el Tribunal Supremo en su Sentencia, ya antigua, de 24 de enero de 1985 expresó: «El artículo 27.6 de la Constitución [...] es la manifestación primaria de la libertad de enseñanza, pues supone la inexistencia de un monopolio estatal docente y, en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado» y «según el artículo 27 de la Constitución, nuestro sistema educativo está compuesto por centros creados por los poderes públicos y centros escolares privados, siendo ambas instituciones escolares convergentes y complementarias entre sí». Más recientemente el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 2016 ha dicho: «Esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado que no resulta de

aplicación el principio de subsidiariedad en relación con la enseñanza privada concertada. Nos referimos a nuestras Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2008 y la de 18 de enero de 2010, que dice: "Esta afirmación de subsidiariedad no puede compararse porque es contraria a la letra y al espíritu de la CE y de la LODE"». Y sigue diciendo la Sentencia que la LODE de 1985 y la LOE de 2006 establecen un régimen dual para la prestación del servicio educativo, en lo relativo a la enseñanza obligatoria y gratuita. Es decir, el sistema pivota sobre dos ejes, la enseñanza privada concertada y la enseñanza pública.

Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona (2003), ministro de Educación en los años 1980-1981 afirmó:

La libertad de enseñanza se constituye como libertad pública justamente en polémica frente a la pretensión de monopolio del Estado en materia de educación. El reconocimiento de esta libertad significa, por tanto y ante todo, la negación de que los poderes públicos puedan determinar en forma monopolística o exhaustiva los contenidos de la enseñanza [y sigue diciendo], y en su vertiente positiva, la libertad de enseñanza supone la libertad de elegir entre distintos tipos de educación.

3.3. Derecho de los padres a la cooficialidad de lenguas en la enseñanza de sus hijos

La Constitución española es rotunda y clara en este aspecto. Después de establecer en el artículo 2 la indisoluble unidad de la nación española, dispone en el artículo 3:

1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.
2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.
3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.

En el artículo 148.1.17.^a de la Constitución se regula que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en «el fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma».

Sobre la base de estos preceptos hay que construir el entramado de la cooficialidad de lenguas en la enseñanza en los distintos niveles educativos.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 337/1994, de 23 de diciembre (BOE de 23 de enero de 1995), en la cuestión de inconstitucionalidad 710/1994, en relación con determi-

nados preceptos de la Ley 7/1983, de 18 de abril, sobre normalización lingüística, del Parlamento de Cataluña, ya afirmó:

Lo importante es la normalización del uso de una y otra, que resulta necesaria consecuencia de considerar al lenguaje como instrumento de expresión y de recepción de ideas y deseos, de comunicación de cultura y de convivencia en suma –que no de exclusión y de aislamiento– en el ámbito de las Comunidades Autónomas donde ambas lenguas son oficiales.

Esta cooficialidad de lenguas, cuya normalidad hubiera sido deseable, ha provocado múltiples conflictos que han hecho pronunciarse constantemente a los tribunales. Obviando los pronunciamientos del Tribunal Supremo (valgan como ejemplos las SSTs de 6 de diciembre de 1985, 12 de junio de 1987, 30 de enero de 1988, 4 de mayo de 1999 y 28 de abril de 2000), también el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a pronunciarse al respecto. En la Sentencia 337/1994 antes citada se dice:

De este modo, y con independencia de la realidad y el peso social de cada una de ellas (STC 82/1986, FJ 2.º), el régimen de cooficialidad lingüística establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía presupone no solo la coexistencia sino la convivencia de ambas lenguas cooficiales, para preservar el bilingüismo existente en aquellas Comunidades Autónomas que cuentan con una lengua propia y que constituye, por sí mismo, una parte del patrimonio cultural al que se refiere el art. 3.3 CE. Situación que necesariamente conlleva, de un lado, el mandato para todos los poderes públicos, tanto estatal como autonómico, de fomentar el conocimiento y asegurar la protección de ambas lenguas oficiales en el territorio de la Comunidad. De otro, que los poderes públicos deben garantizar, en sus respectivos ámbitos de competencia, el derecho de todos a no ser discriminado por el uso de una de las lenguas oficiales en la Comunidad Autónoma.

Lo importante es que no se opongan las Administraciones al deber de conocer y al derecho de usar el castellano, como lengua oficial del Estado; que no introduzcan obstáculos o dificultades al uso de la otra lengua cooficial. La misma STC, en el FJ 10.º, señala:

A esta finalidad de garantía de suficiente conocimiento y uso correcto de ambas lenguas han de dirigirse las actuaciones de los poderes públicos competente en materia de educación, [...] ya que les corresponde determinar el aprendizaje de una y otra lengua en los currículos de la Enseñanza Básica y, en lo que aquí especialmente importa, su empleo como vehículo de comunicación entre profesores y estudiantes, de forma que quede garantizado su efectivo conocimiento. [Y sigue diciendo:] Lo que está constitucionalmente justificado, además, si se atiende a la íntima relación existente entre el conocimiento de la lengua como materia objeto de estudio, de un lado, y, de otro, su uso como lengua docente, ya que lo segundo, indudablemente, potencia lo primero. De manera que las decisiones de

los poderes públicos relativas a la enseñanza en una lengua determinada han de considerarse en estrecha conexión con las medidas de política educativa encaminadas a asegurar el conocimiento de esa lengua.

Y en el FJ 11.º, manifiesta que aunque no exista un derecho a la libre opción de la lengua vehicular de enseñanza, ello no implica que se carezca de derecho alguno frente a los poderes públicos, «máxime si las actuaciones de normalización lingüística vienen a incidir sobre un presupuesto tan esencial a dicho derecho fundamental (art. 27) como es la lengua en la que ha de impartirse la educación». El mismo FJ 11.º incide en la circunstancia de quienes se incorporan al sistema educativo en una Comunidad Autónoma donde existe un régimen de cooficialidad lingüística, afirmando que es evidente que han de recibir la educación en una lengua en la que puedan comprender y asumir los contenidos de las enseñanzas que se imparten, «ya que de otro modo se podrían quedar desvirtuados los objetivos propios del sistema educativo y afectada la plenitud del derecho a la educación que la Constitución reconoce» .

Recientemente el Tribunal Constitucional, en el FJ 10.º de la Sentencia 24/2018, de 20 de febrero (BOE de 23 de marzo) que falla el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), afirma que «es consolidada doctrina que corresponde al Estado velar por el respeto de los derechos lingüísticos en el sistema educativo y, en particular, «el de recibir enseñanza en la lengua oficial del Estado» (SSTC 6/1982, de 22 de febrero, DJ 10.º; 337/1994, FJ 10.º y 31/2010, FJ 24.º), competencia que le corresponde a la alta inspección del Estado. Pero tal función «ha de desplegarse sin desbordar las competencias que constitucionalmente le están reservadas y sin soslayar los límites y exigencias que ha fijado la jurisprudencia constitucional».

Salvo concesiones momentáneas que acarrearán la futura declaración de inconstitucionalidad de estos preceptos, no tiene ningún sentido jurídico la redacción de la disposición adicional trigésima octava de la Ley Orgánica 3/2020 (LOMLOE), al tenor siguiente:

1. Las Administraciones educativas garantizarán el derecho de los alumnos y alumnas a recibir enseñanzas en castellano y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios, de conformidad con la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía y la normativa aplicable,

cuando la misma disposición adicional en la Ley Orgánica 8/2013 (LOMCE) decía:

1. Las Administraciones educativas garantizarán el derecho de los alumnos y alumnas a recibir las enseñanzas en castellano, *lengua oficial del Estado*, y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios. *El castellano es lengua vehicular de la enseñanza en todo el Estado y las lenguas cooficiales lo son también en las respectivas Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus Estatutos y normati-*

va aplicable. (La cursiva es nuestra para resaltar la omisión que se ha producido en la actual ley educativa, fruto de una enmienda transaccional acordada entre el Partido Socialista Obrero Español, Unidas-Podemos y Esquerra Republicana de Catalunya, en la Comisión de Educación del Congreso).

4. Libertad de creación de centros docentes

El artículo 27.6 de la Constitución dispone: «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales». Esta libertad ya venía contemplada en el artículo 13.4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pero es decisiva la STS 10366/1986, de 15 de febrero, en recurso interpuesto por la Asociación de Padres de Alumnos de los Colegios Teide y entidad Teide, SA, que, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 27 de la Constitución y siguiendo especialmente las sentencias de 24 de enero de 1985 y de 14 de mayo de 1985, sienta las siguientes conclusiones:

- b) La libertad de enseñanza implica el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6) y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3).
- c) El artículo 27.6, por el que se reconoce la libertad de creación de centros docentes es la manifestación primaria de la libertad de enseñanza, pues supone la inexistencia de un monopolio estatal docente y en sentido positivo la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado.
- d) Mediante el juego del citado precepto en que se proclama la enseñanza y de creación de centros educativos es como puede satisfacerse ese otro derecho fundamental recogido en el artículo 27.3 que tienen los padres a que se les dé a sus hijos una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Esta libertad de creación de centros docentes implica necesariamente la autorización de apertura y funcionamiento del centro, siempre que se cumplan evidentemente los requisitos establecidos por ley para impartir las enseñanzas con garantía de calidad. Sería absurdo una libertad de creación de centros, sin la apertura y funcionamiento, pues si se crea un centro educativo es para que se imparta educación y este objetivo solo puede conseguirse mediante su funcionamiento. Hay que hacer esta matización, pues alguna Administración suele aprovechar esta distinción entre «apertura» y «funcionamiento» en perjuicio de algunos centros.

El titular del centro quiere no tanto la creación sino el funcionamiento, aunque este es imposible sin aquel. Debe solicitarse, pues, la apertura y funcionamiento. Puede decirse, sin tapujos, que todo lo que afecte a la apertura y funcionamiento del centro afecta también al derecho constitucionalmente protegido que se proclama en el artículo 27.6 de la Constitución.

Este derecho de creación de centros docentes implica también el derecho a establecer el propio ideario y carácter propio del centro, y el derecho a la dirección del mismo. El ideario, que según Embid Irujo (1983), «va a ser el instrumento que singularice la particular orientación que el titular de un centro docente pretende dar a su enseñanza» (p. 323), es la muestra más clara del ejercicio de la libertad de enseñanza.

El ideario, según Ortiz Díaz (1980, p. 202), proporciona al centro su unidad temporal y su continuidad al margen de las variaciones; la coherencia y la coordinación de las diversas actuaciones personales dentro del centro y de este cara al exterior; el punto de referencia último que facilita la evaluación global de todo el proceso educativo. El ideario ha de ser público para servir de referencia a los padres que deben ejercitar el derecho a la elección de centro que mejor les ayude en la educación de sus hijos. Tanto es así que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 5/1981, FJ 12.º, afirma que los padres, al haber elegido libremente para sus hijos un centro con un ideario determinado, están obligados a no pretender que el mismo siga orientaciones o lleve a cabo actividades contradictorias con el ideario.

El ideario, según Ortiz Díaz (1980), además, ha de ser claro. Al primero que le interesa esa claridad es al titular, ya que es una oferta que todo centro tiene que hacer a sus posibles usuarios, ya que «viene a ser como la pequeña Constitución del centro escolar, que obliga a todos los estamentos de esa comunidad. No es un privilegio sino un compromiso de adhesión y de funcionamiento, de todos los que lo integran» (pp. 203-204).

No puede olvidarse, como decía Victoria Camps, citada por Javier Ferrer Ortiz (2003), que «la educación no está libre de valores. La educación tiene que ser ideológica. Si educar es dirigir, formar el carácter o la personalidad, llevar al individuo en una determinada dirección, la educación no puede ni debe ser neutra» (p. 175). Javier Ferrer dice que todavía menos puede ser en la escuela, donde transcurre un periodo decisivo en la formación y desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de los niños, porque cualquier intento de neutralidad significa optar por el relativismo, que produce mentalidades vacías de sentido, y que el relativismo es una postura ideológica más, con unos contenidos y unas actitudes concretas ante el hombre, el mundo y la vida.

Así lo expresaba Otero Novas (2003), al afirmar que

la educación responde siempre a una concreta concepción antropológica o metafísica. Trata de realizar el tipo de hombre y de sociedad deseable por cada uno. Según quién sea el profesor se transmiten unos u otros valores y concepciones de la vida. Y ello en todo tipo de asignaturas y materias.

Esta necesidad de concretar el ideario como manifestación del derecho a la creación de centros viene establecido en la STC 51/2019, de 11 de abril (BOE de 15 de mayo), que falla recurso de inconstitucionalidad 8741-2009, en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 12/2009, de 10 de julio, de educación, que hace referencia a que

el derecho de los titulares de los centros docentes privados a la dirección de los mismos se encuentra incardinado dentro del derecho fundamental a la libertad de creación de centros docentes. La sentencia, recordando jurisprudencia anterior del mismo tribunal, añade que

este derecho, desde una perspectiva positiva, «implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica, y del profesorado»; y desde una perspectiva negativa, «exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección», de forma 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» (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20.º).

Es esta misma STC, la 77/1985, reproducida por la Sentencia 74/2018, de 5 de julio, la que observa que el derecho a crear instituciones educativas no se agota en el momento inicial del establecimiento del centro educativo, sino que se prolonga en el ejercicio de las facultades de dirección del mismo.

El derecho a la creación y dirección del centro educativo y al establecimiento de su ideario no es absoluto. Según la STC 74/2018, tiene «la limitación adicional» que imponen principios constitucionales, como los del título preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.) y la derivada del artículo 27.2 de la Constitución conforme a la que la enseñanza ha de formar en «valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva» (STC 5/1981, FJ 7.º).

Y aquí es donde se ha planteado la cuestión de la educación diferenciada por sexos, tema tratado por dos sentencias recientes del Tribunal Constitucional. En la Sentencia 31/2018, en el FJ 4.º, después de recordar que la existencia de un ideario educativo es una derivación o faceta de la libertad de creación de centros docentes y que ese derecho a establecer el ideario tiene cobertura constitucional, concluye que el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria y, por ello, puede formar parte del derecho del centro privado a establecer su ideario, como cualquier otro modelo educativo que tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y del respeto a los principios y a los derechos fundamentales que reconoce el artículo 27.2 de la Constitución. Sigue concluyendo que la separación entre alumnos y alumnas en la admisión y organización de las enseñanzas responde a un modelo concreto para el mejor logro de los objetivos perseguidos comunes a todo tipo de enseñanza y, por tanto, se trata de un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado

en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos. No se trata, pues de una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico.

En la Sentencia 74/2018, en el FJ 4.º, se insiste nuevamente en que la educación diferenciada «no puede ser considerada como discriminatoria siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos», a lo que se refiere la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a las luchas contra las discriminaciones, y que

no existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema (el de la educación diferenciada), en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente y, en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales.

En definitiva, no hay dato alguno que demuestre que esta educación diferenciada impida la consecución de los objetivos consagrados en el artículo 27.2 de la Constitución. Y si lo hiciera, la conclusión sería la imposibilidad de este modelo, porque la enseñanza ha de servir a determinados valores que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva.

El Tribunal Constitucional rotundamente ha dicho, en la Sentencia 51/2019, que el derecho de los titulares de centros docentes privados a la dirección de los mismos se incardina en el derecho fundamental a la libertad de creación de centros docentes. Pero al tiempo, la Constitución, en el apartado 5 del artículo 27, proclama que «los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos con fondos públicos, en los términos que la ley establezca». El problema se plantea respecto a la limitación recíproca de estos derechos: el de participación en el control y gestión por parte de los profesores, padres y, en su caso, alumnos y el de dirección de los centros por parte de los titulares.

El Tribunal Constitucional, ya en la Sentencia 176/2015, de 22 de julio (BOE de 21 de agosto), recordando la Sentencia 77/1985, dijo que el contenido esencial del derecho del titular del centro docente a la dirección del mismo tiene una doble dimensión: una positiva, que

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;

y otra negativa, que indica que ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables que lo despojen de la necesaria protección.

El mismo tribunal, en Sentencia 31/2018, en su FJ 5.º, concluye que

ambas dimensiones se concretan y sintetizan en el hecho de que el titular del centro «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» (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20.º),

y sigue diciendo que, al contrario, debe implicar un proceso de fertilización mutua que enriquezca su ejercicio, y que

las facultades derivadas del derecho de participación de profesores, padres o tutores y, en su caso, alumnos, pueden ir desde el mero informe o consulta hasta el ámbito de la codecisión, siempre, en este último caso, que no se despoje a la titularidad del centro, o a su director, si es diferente del titular, de la posibilidad de ejercitar el haz de posibilidades de actuación que dimana del contenido esencial del derecho.

Por otro lado, como es lógico, tampoco exige nuestra doctrina que la participación quede garantizada respecto de todas y cada una de las decisiones que integran el haz de facultades que puede desplegar la titularidad del centro.

La historia de nuestras legislaciones educativas es un auténtico vaivén: si la legislación ha sido aprobada por el Partido Popular, el director gana en competencias, perdiéndolas el Consejo Escolar; y si la legislación es aprobada por el Partido Socialista Obrero Español, el Consejo Escolar gana en competencias, que pierde el director. Y así vamos últimamente con la LOCE, con la LOE, con la LOMCE y actualmente con la LOMLOE. En cortos períodos de tiempo los órganos colegiados y unipersonales de los centros han de conocer cuáles son sus funciones y competencias, si son consultivas o decisorias. En algunas ocasiones incluso pueden solaparse funciones que corresponde al titular de los centros privados concertados y a los órganos colegiados, e incluso hasta en la disposición final primera, apartado nueve de la LOMLOE se establece la presencia en el Consejo Escolar de los centros privados concertados de «un representante del ayuntamiento en cuyo término municipal se halle radicado el centro, en las condiciones que dispongan las Administraciones educativas». Esta presencia ya había sido contemplada en la LOE, pero retirada en la LOMCE. Con todo, el principal problema es la inmensa burocracia que han de soportar, al menos, los centros privados concertados, los cuales quedan convertidos en «falsos centros públicos», ya que tienen prácticamente las mismas obligaciones que los centros públicos, pero no los mismos beneficios; centros que son conscientes de la obligación que asumen de presentar presupuestos y rendición de cuentas de los fondos obtenidos por la Administración o recibidos por las familias, y de la obligación del cumplimiento de los requisitos mínimos de instalaciones, titulaciones y programaciones, así como de las obligaciones aceptadas en los correspondientes concertos educativos. Pero la pérdida de libertad por quedar some-

tidos a la inmensidad de planes, programas y proyectos establecidos obligatoriamente por las distintas Administraciones educativas supone una asfixia importante para estos centros, poniendo en peligro la autonomía y la dirección de los mismos.

5. Derecho de los centros a ser ayudados por los poderes públicos

El artículo 9.2 de la Constitución establece:

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 dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Los poderes públicos han de desarrollar una labor positiva, de promoción para que las libertades de enseñanza, de elección de centro, de educar a los hijos conforme a las propias convicciones, de creación y dirección de centros sean reales y efectivas, y una labor de remoción de todas las dificultades que impidan su plenitud. La misión encomendada por la Constitución es de gran importancia, pues están en juego derechos fundamentales.

Desde este prisma hay que ver lo dispuesto en el artículo 27.9 de la Constitución, cuando ordena a los poderes públicos «ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca». Según constante y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 86/1995, de 10 de julio, FJ 3.º; 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 5.º, y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8.º), al servicio de esta dimensión y acción prestacional, en la que los poderes públicos han de procurar la efectividad de estos derechos, se hallan estas ayudas públicas.

Lo preocupante es que este derecho contemplado en el artículo 27.9 de la Constitución admite una configuración legal. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 74/2018, de 5 de julio, resume con claridad lo que ha venido siendo una doctrina unánime:

- a) En modo alguno puede decirse que el artículo 27.9 de la Constitución reconoce el derecho acabadamente a una prestación pública. No hay «un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes, solo por el hecho de serlo, pues la remisión a la ley que se efectúa en el artículo 27.9 de la Constitución puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales (STC 77/1985, FJ 1.º).
- b) Solo de acuerdo con la ley podrán los centros docentes privados exigir dicha financiación. El legislador puede supeditar el libramiento de las ayudas públicas al respeto de limitaciones que condicionen el derecho del titular del centro a dirigirlo. Incluso teniendo en cuenta la limitación de los recursos disponibles, puede atender

«entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión» (FJ 3.º de la STC 86/1985, de 6 de junio [BOE de 8 de julio]).

- c) El artículo 27.9 de la Constitución, no obstante, «no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda» (STC 77/1985, FJ 11.º).
- d) De esta configuración legal del artículo 27.9 de la Constitución no se desprende que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este marco normativo, al establecer las condiciones y precisar los requisitos para la obtención de estas ayudas públicas.
- e) El legislador, en el establecimiento de las condiciones y requisitos, no podrá contrariar los derechos y libertades educativas contempladas en el artículo 27 de la Constitución, deberá respetar el principio de igualdad y atenerse a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público (STC 86/1995, FJ 3.º).
- f) La configuración legal de este derecho prestacional del artículo 27.9 de la Constitución ha de procurar la efectividad del contenido primario o dimensión de libertad del derecho a la educación, ya que «sobre los poderes públicos pesa, en efecto, el "deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental" a la educación (STC 129/1989, FJ 5.º), es decir el pluralismo educativo, sin que en ningún caso pueda afectarse el contenido esencial del derecho del titular a la dirección de su centro docente (STC 77/1985, FJ 20.º)».

Además el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 31/2018, añade que

si bien el anclaje constitucional de la financiación pública se encuentra básicamente en el artículo 27.9 de la Constitución, no puede obviarse que el apartado cuarto de ese mismo precepto constitucional impone la gratuidad en la educación básica, que hemos considerado un derecho de prestación (STC 86/1995, de 10 de julio. FJ 3.º), [y sigue afirmando que] esa gratuidad garantizada constitucionalmente (en el artículo 27.4 de la Constitución) no puede referirse exclusivamente a la escuela pública, negándola a todos los centros privados, ya que ello implicaría la obligatoriedad de tal enseñanza pública, al menos en el nivel básico, impidiendo la posibilidad real de elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado,

con lo cual se cercenarían de raíz todos los derechos contenidos en el artículo 27 de la Constitución.

El precepto, según Embid Irujo (1983, pp. 347-348),

tiene la virtud de reconocer la importancia que para un Estado basado en el pluralismo supone la variedad de centros de enseñanza y la necesidad de que el Estado

en la medida de sus posibilidades fomente esa variedad. En este sentido, la Constitución habría expresado un juicio de valor que debe ser asumido y regulado por la ley ordinaria para que tenga efectividad. [Y sigue diciendo:] La ley es libre de disponer la entrega de sumas públicas tanto a los centros privados como a los padres.

El concierto educativo es el modelo adoptado de momento por el legislador para dar cumplimiento a la obligación contemplada en el artículo 27.9 de la Constitución, aunque cabrían otras fórmulas de ayuda distintas, como el cheque escolar (en Suecia en 1994 se introdujo el cheque escolar. Ya ha cumplido 25 años y la gestión privada se ha abierto paso de forma progresiva cuando antes el papel del Estado era tan preponderante que apenas había espacio para la iniciativa privada. En Valencia el cheque escolar está implantado en la educación infantil de 0 a 6 años, y en Murcia se quiere implantar). También son posibles incluso otras formas de desgravaciones fiscales, como apuntaba Otero Novas (2003) al afirmar que

en puridad el mecanismo desgravatorio, como sustitutivo del cheque escolar, implicaría deducir de la cuota del Impuesto General sobre la Renta una cantidad igual al coste del puesto escolar público por cada alumno integrado en la unidad familiar del contribuyente que curse estudios de enseñanza obligatoria (p. 234).

Pero lo cierto es que sin una financiación adecuada del mismo servicio educativo, las libertades de enseñanza, de elección de centro, de creación de centros docentes y de educar a los hijos conforme a las propias convicciones se quedarían en meras declaraciones formales sin ninguna virtualidad práctica.

6. Conclusiones

Primera. Para legislar sobre educación y enseñanza es necesario sentar unos principios comunes sobre el apartado 2.º del artículo 27 de la Constitución. De lo contrario, siempre habrá confrontación por las divergencias existentes sobre qué se entiende por desarrollo de la personalidad. En definitiva, concurren distintas cosmovisiones que dificultan ese consenso.

Segunda. El artículo 27 fue obra de un consenso parlamentario, con una ambigüedad manifiesta. Es muy importante saber que la interpretación del mismo ha de hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre enseñanza ratificados por España, que, además, forman parte del ordenamiento jurídico interno.

Tercera. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la educación y la libertad de enseñanza corresponde en exclusiva al Estado, y tal competencia debe quedar asegurada por los poderes públicos y por la alta inspección del Estado.

Cuarta. La enseñanza de la religión en la escuela y la libertad de enseñanza están íntimamente relacionadas con la libertad religiosa, y así en el artículo 27.3 de la Constitución convergen ambas libertades: la de enseñanza y la de libertad religiosa. No procede declarar la enseñanza de la religión fuera del currículum ni del horario escolar. Debe aclararse qué se entiende por «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales». La existencia de una alternatividad entre enseñanza de la religión y otra asignatura no vulnera el derecho a la igualdad ni implica discriminación alguna.

Quinta. El derecho a la elección de centro docente es una consecuencia de la confluencia de la libertad de enseñanza, de la libertad de educar a los hijos conforme a las convicciones religiosas y morales y de la libertad de creación de centros docentes.

Sexta. Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que corresponde al Estado velar por el respeto de los derechos lingüísticos en el sistema educativo y, en particular, por el de recibir enseñanza en la lengua oficial del Estado. El castellano, sin duda alguna, es lengua oficial del Estado.

Séptima. La libertad de creación de centros docentes supone la inexistencia de un monopolio estatal docente y la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado. Este derecho de creación de centros docentes implica también el derecho a establecer el propio ideario y carácter propio del centro y el derecho a la dirección del mismo.

Octava. El sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria y, por ello, puede formar parte del derecho del centro privado a establecer su ideario.

Novena. La historia de nuestras legislaciones educativas es un auténtico vaivén: si la legislación ha sido aprobada por el Partido Popular, el director gana en competencias, perdiéndolas el Consejo Escolar; y si la legislación es aprobada por el Partido Socialista Obrero Español, el Consejo Escolar gana en competencias, que pierde el director.

Décima. En modo alguno puede decirse que el artículo 27.9 de la Constitución reconoce el derecho acabadamente a una prestación pública. No hay un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes por el hecho de serlo. Pero este mandato del artículo 27.9 no puede tampoco interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda. La configuración legal de ese derecho prestacional del artículo 27.9 de la Constitución ha de procurar la efectividad del contenido primario o dimensión de libertad del derecho a la educación. Esa ayuda puede realizarse a través de los conciertos educativos, pero cabrían otras fórmulas como las del cheque escolar, desgravaciones fiscales u otras figuras jurídicas.

Referencias bibliográficas

- Asegurado Garrido, A. y Marrodán Gironés, J. (Coords.). (2021). *La LOMLOE y su análisis. Una mirada técnica*. Anele.
- Beneyto Berenguer, R. (2018). La convergencia entre libertad religiosa y libertad de enseñanza. En Beneyto Berenguer, R. (Dir.), *Derecho y libertades fundamentales. Análisis transversal* (pp. 205-227). Thomson Reuters Aranzadi.
- Embid Irujo, A. (1983). *Las libertades en la enseñanza*. Editorial Tecnos.
- Fernández, J. M. (1998). *Manual de política y legislación educativas*. Síntesis.
- Ferrer Ortiz, J. (2003). Responsabilidad ética de la educación. En *Libertad, igualdad y pluralismo en educación*. OIDEL Europa. Comunidad de Madrid, Consejería de Educación.
- López Medel, J. (1984). *Libertad de enseñanza, derecho a la educación y autogestión*. Fragua.
- Martín García, M. M. (2019). *El sistema educativo español en sus precedentes normativos. Una aproximación a la enseñanza no universitaria en la España anterior a 1978*. Comares.
- Mateu Isturiz, J. F. y Sánchez Socías, L. (2021). La ruptura del consenso en educación: la prioridad de la escuela pública y la supresión del concepto «demanda social» en la ley de modificación de la Ley Orgánica de Educación (LOMLOE) vulneran el artículo 27 de la Constitución y el Derecho Comunitario Primario. En *Derecho Administrativo 2021* (pp. 686-709). Tirant lo Blanch.
- Ortega y Díaz-Ambrona, J. A. (2003). Identidades colectivas y educación: El papel de la sociedad civil. En *Libertad, igualdad y pluralismo en educación* (pp. 59-74). OIDEL Europa. Comunidad de Madrid, Consejería de Educación.
- Ortiz Díaz, J. (1980). *La libertad de enseñanza*. Universidad de Málaga.
- Otero Novas, J. M. (2003). Modelos de financiación: Marco legal para propuestas alternativas. En *Libertad, igualdad y pluralismo en educación* (pp. 205-240). OIDEL Europa. Comunidad de Madrid, Consejería de Educación.
- Polo Sabau, J. R. (2021). A vueltas con la asignatura de religión tras la aprobación de la LOMLOE. *Diario La Ley*, 9763.
- Saiz Amaiz, A. (1999). *La apertura constitucional del Derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Consejo General del Poder Judicial.
- Trujillo Sáez, F. (2021). La LOMLOE a debate: ¿Qué modifica la nueva Ley? *Aula de Innovación Educativa*, 302, 31-35.
- Useros, M. (1978). *Problemas de la enseñanza y Constitución*. Marsiega.