

EL COMPLICADO EQUILIBRIO ENTRE LA PROGRAMACIÓN DE
LA ENSEÑANZA Y EL DERECHO DE LOS PADRES A ESCOGER
LA FORMACIÓN MORAL Y RELIGIOSA DE SUS HIJOS: ASPECTOS
POLÉMICOS EN LA LOMLOE

*THE COMPLICATED BALANCE BETWEEN THE SCHEDULING OF
EDUCATION AND THE RIGHT OF PARENTS TO CHOOSE THE MORAL
AND RELIGIOUS EDUCATION OF THEIR CHILDREN: CONTROVERSIAL
ASPECTS IN THE LOMLOE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 996-1019



Julia
MARTÍNEZ-
CANDADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de abril de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El objetivo de este trabajo se centra en analizar la influencia que la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre puede tener en el ejercicio de la patria potestad y en el derecho que la Constitución reconoce a los padres en su art. 27.3.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad; libertad de enseñanza; derechos educativos paternos.

ABSTRACT: *The objective of this work is focused on analyzing the influence that Organic Law 3/2020, of December 29, may have on the exercise of parental authority and on the right that the Constitution recognizes to parents in its article 27.3.*

KEY WORDS: *Parental authority; freedom of education; parental educational rights.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES DE LA LOMLOE.- III. ASPECTOS POLÉMICOS.- 1. Nuevos principios del sistema educativo.- 2. La asignatura “Educación en Valores Cívicos y Éticos”.- IV. ¿EL DERECHO DE LOS PADRES EN PELIGRO CON LA LOMLOE?.- V. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

El Código civil regula la institución de la patria potestad en los arts. 154 a 171, en los que, sin embargo, no la define, haciéndose necesario acudir al terreno doctrinal en el que se considera como un conjunto de deberes y facultades otorgados a los progenitores con el fin de cumplir determinadas funciones en interés de los hijos menores de edad no emancipados¹.

Es de sobra conocido el origen romano de este instituto y su evolución a lo largo de la Historia como consecuencia de los avatares sociales y políticos, pasando de ser un poder absoluto a un derecho función que “se ejercerá siempre en interés de los hijos”.

Una de las manifestaciones de la patria potestad, en la esfera personal, es el deber de los padres de educar a sus hijos y procurarles una formación integral. Incluso sin ostentar la patria potestad, el Código civil impone a los padres la obligación de velar por sus hijos menores y prestarles alimentos (art. 110 C.c.), alimentos que comprenderán la educación e instrucción del alimentista, mientras sea menor de edad, e incluso después si no hubiese completado su formación por causa que no le sea imputable (art. 142 C.c.). Este deber encuentra su contrapartida en una serie de derechos reconocidos a los padres por el art. 27 de la Constitución Española. Así, el derecho de escoger el tipo de educación que quieren para sus hijos, eligiendo un centro público o distinto de los creados por los poderes públicos (art. 27.1 CE); el derecho a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27.3 CE); el derecho a disponer de una plaza en un centro educativo (art. 27.4 CE); y el derecho a participar en la programación general de la enseñanza (art. 27.5 CE) e intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7 CE). De entre todos ellos, nos detendremos en el derivado del art. 27.3 CE que, como bien señalara el Tribunal Constitucional en la Sentencia 5/1981, de

¹ LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 534.

• **Julia Martínez-Candado**

Escuela de Doctorado. Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir.

13 de febrero, es distinto del derecho a elegir centro docente, “aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral”².

Esta manifestación de los derechos educativos paternos no es absoluta sino que está condicionada, en cualquier caso, por el interés superior del menor y por el fin último de la educación que no es otro que “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (art. 27.2 CE), puesto que, como ya señalara el Tribunal Supremo, los apartados 2 y 3 del art. 27 se limitan mutuamente³.

Resulta evidente que el titular del derecho a la educación es el educando, pero, además, intervienen otros sujetos en la relación educativa. Pensemos en el Estado, con obligaciones positivas, pero también negativas; el centro educativo; los profesores; las personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de la libertad de enseñanza, hayan creado centros docentes y, finalmente, los padres⁴. Pero, de acuerdo con las funciones atribuidas por el Código civil, son los padres los verdaderos protagonistas de la educación de sus hijos, deduciéndose el papel subsidiario del Estado y presumiéndose como exigencia la necesaria pluralidad para hacer efectivo el derecho de elección⁵. Este protagonismo de los padres fue potenciado por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (en adelante, LOMCE) que, en su mismo Preámbulo, reconoció a las familias como primeras responsables de la educación de sus hijos y “por ello el sistema educativo tiene que contar con la familia y confiar en sus decisiones⁶”. Así, la LOMCE incorporó como principios del sistema educativo “el reconocimiento del papel que corresponde a los padres, madres y tutores legales como primeros responsables de la educación de sus hijos” y “la libertad de enseñanza, que reconozca el derecho de los padres, madres y tutores legales a elegir el tipo de educación y el centro para sus hijos, en el marco de los principios constitucionales”.

Sin embargo, la reciente reforma de la LOE, operada por 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 (en adelante, LOMLOE), si bien mantiene, en la forma, estos principios, incluye algunos aspectos que pueden resultar polémicos.

2 STC 5/1981, de 13 de febrero (RTC 1981, 5). F.J. 8º.

3 STS 11 febrero 2009 (ROJ 342/2009). F. J. 9º.

4 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “La presencia de los padres en el derecho a la educación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, 2014, p. 135.

5 ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: “Las funciones educativas paternas y su proyección en el sistema educativo constitucional”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 52, 2020, p. 2.

6 España. Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Boletín Oficial del Estado, 10 de diciembre de 2013, núm. 295, pp. 97858 a 97921.

En este trabajo, se examinan los antecedentes de la LOMLOE, se identifican los nuevos principios del sistema educativo que pueden resultar una amenaza para el derecho paterno y se comenta la introducción de la nueva asignatura “Educación en Valores Cívicos y Éticos” para concluir considerando que la relación entre la nueva ley y esta manifestación de los derechos educativos paternos puede resultar compleja y no estará exenta de controversia.

II. ANTECEDENTES DE LA LOMLOE.

El 13 de enero de 2016, el Grupo Parlamentario Socialista presentaba, a la Mesa del Congreso de los Diputados, la Proposición de Ley sobre suspensión del calendario de la implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. De artículo único, la Proposición de Ley tenía por objeto suspender el calendario de implantación de la LOMCE y la entrada en vigor de aquellas normas reglamentarias dictadas para su desarrollo que no hubieran tenido vigencia o aplicación. Para el Partido Socialista, la LOMCE era una “contrarreforma segregadora e intervencionista” que vulnera el principio de igualdad, separa a los alumnos con dificultades de aprendizaje, devalúa la formación profesional, desatiende la pluralidad lingüística y limita la participación de la comunidad educativa. Por este motivo, debía paralizarse el calendario de su aplicación como paso previo al tan ansiado pacto educativo.

La Proposición fue aprobada y se abrió, así, una nueva etapa en la que el objetivo debía ser alcanzar el pacto. Sin embargo, la disolución de las Cámaras, el 3 de mayo de 2016, hizo que la proposición no pudiera completar su trámite.

Sin embargo, en la siguiente legislatura, el Grupo Parlamentario Socialista volvió a presentar la Proposición de Ley, siendo aprobada el 15 de noviembre de 2016, en este caso con el voto favorable del Grupo Parlamentario Ciudadanos. Consecuencia de esta iniciativa, el Gobierno aprobaba el Real Decreto-ley 5/2016, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para la ampliación del calendario de implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa⁷. En su Exposición de Motivos, la norma justificaba la ampliación del calendario de implantación en la necesidad de alcanzar el Pacto de Estado Social y Político por la Educación que la sociedad reclamaba. De esta manera, las evaluaciones previstas en la LOMCE tendrían carácter muestral y adolecerían de efectos académicos, y se volvía a la prueba única para el acceso a la Universidad de los alumnos de Bachiller hasta la entrada en vigor de la normativa del anhelado Pacto.

⁷ España. Real Decreto-ley 5/2016, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para la ampliación del calendario de implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Boletín Oficial del Estado, 10 de diciembre de 2016, núm. 298, pp. 86168 a 86174.

Con estos antecedentes, se acordaba en diciembre de 2016, la creación, en el seno de la Comisión de Educación y Deporte, de una Subcomisión para la elaboración de un gran Pacto de Estado Social y Político por la Educación. La subcomisión comenzó su tarea de manera inmediata, compareciendo ante ella autoridades, funcionarios y representantes de entidades y colectivos hasta un total de 83. De entre ellas, podemos destacar la del entonces Rector de la UNED y hoy Secretario de Estado de Educación, Alejandro Tiana; la del Profesor Emérito de la UNED y miembro del Colectivo Lorenzo Luzuriaga, Manuel de Puelles; o los exministros de Educación, José Ignacio Wert y Ángel Gabilondo.

Pero, tras 15 meses de trabajo, primero el PSOE y después, Podemos, a los que seguirían ERC, PNV y PDeCAT abandonaron la Subcomisión, quedando PP y Ciudadanos que, al estar en una situación de bloqueo, no podían continuar el trabajo, quedando disuelta el 14 de mayo de 2018.

A finales de mayo de 2018, el Grupo Parlamentario Socialista presentaba moción de censura al Gobierno presidido por Mariano Rajoy, moción que resultaba aprobada el 1 de junio de 2018, quedando investido Presidente del Gobierno Pedro Sánchez que, al anunciar la composición de su Ejecutivo, elegía para ocupar la cartera de Educación a María Isabel Celaá Diéguez, que también actuaría como portavoz del Gobierno.

En su primera comparecencia ante la Comisión de Educación y Formación Profesional del Congreso de los Diputados, la Ministra avanzaba lo que serían las líneas básicas de la política de su Departamento y, entre sus principios rectores, destacaba la primacía de la educación pública como eje vertebrador del sistema. Pero, además, adelantaba las medidas que el Gobierno socialista adoptaría en materia educativa y que, en sus propias palabras, se harían efectivas de manera urgente. Así, la recuperación de la participación en los Consejos escolares de toda la comunidad educativa, incluyendo competencias en el gobierno de los centros; la creación de una nueva asignatura obligatoria de valores cívicos y éticos y la desaparición de la religión como materia computable a efectos académicos; la desaparición de la "demanda social" como criterio en la programación de la oferta de plazas escolares; la derogación de los itinerarios establecidos por la LOMCE; la recuperación de las evaluaciones de diagnóstico; la flexibilización del sistema educativo y la introducción del número de identificación del alumno; la renovación de todo el sistema de formación profesional, aumentando el número de títulos, facilitando pasarelas y reforzando la formación dual; la revisión del sistema de becas y la lucha contra el abandono escolar⁸.

⁸ Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Formación Profesional, núm. 572, de 11 de julio de 2018. XII Legislatura (2016-2019).

Y, con la urgencia avanzada, se preparó el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. En palabras de la Ministra, “un texto articulado en un tiempo record” que obedece al compromiso del Partido Socialista de derogar los aspectos más excluyentes y segregadores de la LOMCE para devolver a la educación a la senda de calidad y equidad que nunca debió abandonar⁹. La Ministra adelantaba que no se trataba de una reforma completa del sistema educativo sino de una simple modificación legal con la equidad y la comprensividad como principios rectores. Tras la preceptiva tramitación, el Anteproyecto se convirtió en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de febrero de 2019.

Y resulta llamativa esta aprobación, el mismo día que el Presidente del Gobierno anunciaba la disolución de las Cámaras y la convocatoria de Elecciones Generales para el día 28 de abril, aún sin haberse publicado el texto en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Pero, aún resulta más sorprendente la rapidez con la que se elaboró el texto normativo. Si atendemos a la memoria de la LOMLOE¹⁰, publicada por el MEFP, el trámite de consulta pública previa a la elaboración del texto se realizó entre los días 26 de octubre y 10 de noviembre de 2018, sometiendo a consideración un documento con nueve objetivos. De acuerdo con la misma fuente, el proceso de audiencia e información pública del texto se realizó a través de la web del MEFP entre los días 22 de noviembre y 13 de diciembre de 2018, cumpliendo así el plazo mínimo de 15 días hábiles que dispone el art. 26, 6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno¹¹. Así que entre la disolución de la Subcomisión para la elaboración del Pacto de Estado Social y Político por la Educación y la presentación del texto normativo apenas mediaron 6 meses.

El Consejo Escolar del Estado, en su dictamen de 8 de enero de 2019, achacaba al Anteproyecto de Ley el mismo defecto que había hecho que PSOE y Podemos abandonaran la Subcomisión para la elaboración del pacto de Estado: la financiación. El dictamen exigía “un compromiso explícito de incremento del gasto público en educación”¹². Ese compromiso debía traducirse, según el Consejo Escolar del Estado, en, al menos, el 5,5% del PIB. De esta manera, la agilidad en la redacción y presentación del documento obliga, en buena lógica, a considerar que

9 Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Formación Profesional, núm. 678, de 28 de noviembre de 2018. XII Legislatura (2016-2019).

10 El proceso de tramitación del texto puede verse en la Memoria de la LOMLOE. MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL. MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL [en línea]. Educacionyfp.gob.es, 2019 [consulta: 11 de enero de 2020]. Disponible en: <http://www.educacionyfp.gob.es/destacados/lomloe.html>

11 España. Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 1997, núm. 285, pp. 35082 a 35088.

12 España. Consejo Escolar del Estado. Dictamen núm. 1, 8 de enero de 2019, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Disponible en: <http://www.educacionyfp.gob.es/educacion/mc/cee/actuaciones/dictamenes/dictamenes2019/pag-1.html>. p. 8.

en el espíritu del PSOE no estuvo nunca la intención real de alcanzar un pacto que diera estabilidad al sistema. Profundiza en esta afirmación y justifica la rapidez en la elaboración del texto normativo el hecho de que, en septiembre de 2017, cuando todavía se trabajaba en la Subcomisión para la consecución de un pacto educativo, el PSOE, junto con Izquierda Unida, Podemos y ERC firmaban el “Documento de bases para una nueva Ley de Educación¹³”. Curiosamente, la nueva Ley coincide plenamente con los postulados del documento.

Con estos antecedentes y formado el Gobierno resultante de las elecciones de noviembre de 2019, el Consejo de Ministros aprobó de nuevo el Proyecto de Ley el 3 de marzo de 2020, remitiendo el texto a las Cortes para su tramitación¹⁴. La propia Celaá, en su comparecencia ante la Comisión de Educación y Formación Profesional para explicar las líneas de actuación de su Departamento en la nueva legislatura, adelantó que el primer Proyecto de Ley del Gobierno sería la Ley de Educación, que estaba lista para su tramitación¹⁵. Tramitación no exenta de polémica, por lo bronco del debate en ambas Cámaras, lo que no impidió que la ley se aprobara y fuera publicada el 30 de diciembre de 2020¹⁶, entrando en vigor el 19 de enero de 2021.

III. ASPECTOS POLÉMICOS.

En una primera lectura del Preámbulo de la LOMLOE, se aprecia el escaso interés del Gobierno por alcanzar el consenso y su intención manifiesta de desacreditar a su adversario político, considerando que está cuajado de críticas a los últimos textos legislativos presentados por gobiernos del Partido Popular, especialmente a la LOMCE, mencionada hasta en 8 ocasiones, valorada como

13 El documento también estaba suscrito por Amestí Educació (Associació de Mestres Grup de Treball per la Infancia), Asamblea Marea Verde Madrid, Colectivo Infancia, Foro de Sevilla, Europa Laica, Junta de Portavoces de Educación Infantil, Mareas por la educación pública, Ciudadan@s en defensa de la Escuela Pública, Proyecto Roma, Plataforma Crida de las Illes Balears (madres, padres, estudiantes y profesorado), Círculo Podem Educació Catalunya, Asociación IncluyE, Movimiento Cooperativo de Escuela Popular (MCEP), Red IRES, la Coordinadora de Universidades Públicas de Madrid (CUPUMA), la Plataforma por la Justicia Fiscal, Estudiantes en Movimiento, y “Stop Ley Wert/La Educación que nos une” conformada por los colectivos y plataformas: %ATTAC España, OXFAM Intermón, Confederación Estatal de Movimientos de Renovación Pedagógica, Plataforma en Defensa de la Educación Infantil 0-6, Ecologistas en Acción, Foro Mundial de Educación, Rosa Sensat, Yo Estudié en la Pública; Sindicato de estudiantes, Federación de estudiantes progresistas del Estado y Colectivo Estudiantil Salmantino; Confederación Española de Padres y Madres del Alumnado, Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras, Confederación Stes-intersindical y Federación de Enseñanza de CGT.

REDES PARA UNA NUEVA POLÍTICA EDUCATIVA. Documento de Bases para una nueva Ley de Educación. En: *porotrapoliticaeducativa.org* [en línea]. Madrid: Redes para una nueva política educativa, 2017 [consulta: 22 de enero de 2020]. Disponible en: <https://porotrapoliticaeducativa.org/project-type/documento-de-bases-para-una-nueva-ley-de-educacion-acuerdo-social-y-politico-educativo/>.

14 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 7-I, de 13 de marzo de 2020. XIV Legislatura (2019-).

15 Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Formación Profesional, núm. 35, de 20 de febrero de 2020. XIV Legislatura (2019-), p. 5.

16 España. Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Boletín Oficial del Estado, 30 de diciembre de 2020, núm. 340, pp. 122868 a 122953.

fuentes de desigualdad. Aunque no es menos cierto que la LOMCE solo contó con el apoyo del Grupo Parlamentario Popular y sus once enmiendas a la totalidad de devolución, sus 759 enmiendas parciales presentadas en el Congreso y las casi 900 del Senado hacen pensar que tampoco el acuerdo estuvo en su esencia. Al mismo tiempo, el texto resalta las bondades de la LOE de 2006, aunque reconociendo que la evolución de la sociedad aconseja actualizaciones de aquél texto. Y, efectivamente, al revisar las modificaciones introducidas por la LOMLOE, resulta evidente que la intención del Gobierno es volver al sistema diseñado por la LOE, si bien con una influencia manifiesta de las tesis de sus socios.

No obstante, algunos aspectos de la reforma pueden resultar especialmente controvertidos. Y es que, a pesar de que la Ministra había señalado que no se trataba de una reforma completa, algunas de las modificaciones legales son de tal calado que afectan a aspectos nucleares del sistema educativo. Así ocurre con la eliminación de la demanda social como criterio a considerar en la programación de la oferta educativa, la transformación del Consejo Escolar en órgano de gobierno, la reaparición del representante municipal en el Consejo Escolar de los centros concertados, la desprotección del castellano, la nueva realidad de la educación diferenciada que queda limitada exclusivamente a la educación privada, o el mantenimiento de los centros de educación especial solo para aquellos alumnos que requieran una atención muy especializada.

Sin embargo, en este trabajo nos detendremos en los nuevos principios incorporados a la ley educativa y en la introducción de la asignatura “Valores Cívicos y Éticos” que pueden generar conflicto con el derecho de los padres a escoger la formación moral y religiosa para sus hijos.

I. Nuevos principios del sistema educativo.

En la misma introducción a la ley, llaman la atención los “enfoques” que, según el texto, son claves para adaptar el sistema educativo a las circunstancias actuales, algunos de los cuales merecen un comentario separado. Así, el texto incorpora el enfoque de los derechos de la infancia entre los principios rectores del sistema, lo que se materializa en un nuevo principio que aparece en la letra a) del artículo primero, inclusión que entendemos innecesaria por los motivos que comentaremos más adelante.

Menciona también el enfoque de la igualdad de género a través de la coeducación, obligando a la conclusión de que la educación diferenciada fuera sinónimo de desigualdad, cuando el Tribunal Constitucional tiene declarado que “el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede

conceptuarse como discriminatoria¹⁷". Esta preferencia por la coeducación, que se manifiesta ya en el frontispicio de la ley, encuentra su desarrollo al incluirla entre los principios del art. 1 y alcanza su máxima evidencia cuando el texto, modificando la Disposición Adicional 25ª de la LOE¹⁸, impone la coeducación en todas las etapas educativas para los centros sostenidos total o parcialmente con fondos públicos y prohíbe expresamente separar a los alumnos por su género.

Plantea la ley, en tercer lugar, un "enfoque transversal" para garantizar el éxito de todos los estudiantes a través de la mejora de los centros y la atención personalizada. Esa mejora y personalización deberían conllevar un incremento del gasto que atendiera el aumento de recursos humanos y materiales imprescindibles, pero, sin embargo, no se observa en la memoria de la ley ni tampoco en los presupuestos presentados por el Gobierno en 2019 el aumento hasta alcanzar el 5% del PIB que motivó su abandono de la Subcomisión para la elaboración del Pacto Social y Político por la Educación. En los presupuestos para 2021, los primeros que consigue sacar adelante el gobierno de Pedro Sánchez, tampoco se alcanza el exigido 5%, por lo que el argumento para levantarse de la mesa del pacto obedeció más bien a un guión para boicotear su consecución que a un verdadero interés para incrementar el gasto.

El enfoque de sostenibilidad de acuerdo con la agenda 2030 incorpora conceptos imprecisos como educación para la ciudadanía mundial o educación para la transición ecológica y comprensión internacional y, finalmente, el enfoque relativo al cambio digital, que supone la incorporación de la competencia digital en todas las etapas educativas, pasa por alto la desigualdad existente en los hogares españoles, algo que se ha hecho evidente con la pandemia del Covid-19.

En armonía con los enfoques, la ley incorpora nuevos principios que inspiran el sistema educativo español (art. 1) y, entre ellos, nos interesa detenernos en aquellos que, a nuestro juicio, pueden colisionar con el ejercicio de la patria potestad y con el derecho de los padres a escoger la formación de sus hijos. El primero de ellos es el que ahora aparece ubicado en primer lugar: "el cumplimiento efectivo de los derechos de la infancia según lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990, y sus Protocolos facultativos, reconociendo el interés superior del menor, su derecho a la educación, a no ser discriminado y a participar en las decisiones que les afecten y la obligación del Estado de asegurar

17 STC 31/2018, de 10 de abril (RTC 2018, 31). F.J. 4º.

18 La D. A. 25ª señala en su apartado primero que "Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no separarán al alumnado por su género".

sus derechos". Esta novedad obedece, de acuerdo con el Preámbulo de la ley, a la necesidad de incorporar en la normativa diversos enfoques imprescindibles para adaptar la educación a la sociedad actual. Sin embargo, a nuestro juicio, la introducción de este principio resulta innecesaria. Conforme al art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales "se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", por lo que la referencia a la Convención resultaría prescindible. Además, el interés superior del menor es criterio básico recogido en todo el Ordenamiento, tanto interno como internacional, y prima sobre cualquier otro interés legítimo concurrente (art. 2.1 LOPJM). No obstante, preocupa el hecho de que la obligación de asegurar el cumplimiento de los derechos del menor se atribuye al Estado, por lo que la Ley olvida que son los padres y no el Estado los encargados de velar por el menor, incluso de protegerle frente a la amenaza del adoctrinamiento por el Estado.

En segundo lugar, la ley incorpora el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas (art. 1, l), modelo que impone en todas las etapas educativas para los centros sostenidos total o parcialmente con fondos públicos, modificando la D. A. 25ª LOE. A nuestro juicio, con esta medida se cercena la libertad de aquellas familias que desean optar por este sistema y también la libertad de creación de centros educativos. No obstante, la reforma no proscribire la educación diferenciada sino que la limita al ámbito de la enseñanza privada, algo que de suyo ya resultaría paradójico si la intención del legislador es acabar con la discriminación por sexo, por lo que la nueva regulación más parece obedecer a la generalización de la ideología de género que impregna toda la reforma operada por la LOMLOE y atacar aquellos sectores que utilizan el modelo como seña de identidad. Sin embargo, no podemos olvidar que el Tribunal Constitucional considera la educación diferenciada como un "sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos" que no puede considerarse discriminatorio, cumple con los fines del art. 27.2 CE y, por tanto, puede acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con otros modelos educativos¹⁹.

Además, siguiendo la filosofía que permea en muchos de sus artículos, la LOMLOE incluye la educación afectivo-sexual como principio inspirador del sistema (art. 1, l), lo que nos plantea la duda de cómo este principio se armonizará con el deber de educar a los hijos que deriva de la patria potestad y con el derecho de los padres consagrado en el art. 27.3 CE. Mucho más cuando el mismo precepto reconoce a los padres y tutores legales como primeros responsables de la educación (art. 1, h, bis) y recoge la libertad de enseñanza que permite elegir

19 STC 31/2018, de 10 de abril (RTC 2018, 31). F.J. 4º.

el tipo de educación y el centro, de acuerdo con los principios constitucionales (art. 1, q), sin olvidar que el art. 2, l, c) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa reconoce el derecho de toda persona “a 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 convicciones²⁰”.

Haciendo un recorrido por las leyes post-constitucionales, apreciamos que la dimensión afectivo-sexual aparece por primera vez en el texto original de la LOE²¹ y su reconocimiento se considera, en el Preámbulo, como uno de los fines de la educación. Además, se incluye entre los objetivos de la educación secundaria “conocer y valorar la dimensión humana de la sexualidad en toda su diversidad” (art. 23, k). El resto de leyes educativas (LOECE, LODE, LOGSE, LOCE y LOMCE) no recogen esta referencia.

Es cierto que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo²² incorporaba la obligación de los poderes públicos de garantizar la información y la educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo (art. 5. l, a), incluyendo, en los arts. 9 y 10, las medidas a adoptar en el ámbito educativo, “como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores”. Pero, estas medidas no llegaron a cristalizar en el currículum más allá de contenidos que abordaban la materia desde un enfoque biológico, completados, en ocasiones, por talleres impartidos en los centros educativos.

Sin embargo, la reciente reforma operada por la LOMLOE incluye la educación afectivo-sexual como principio inspirador del sistema educativo español (art. 1, l) y se recoge entre los principios pedagógicos de Educación Primaria (art. 19.2) y entre los objetivos de la Educación Secundaria y del Bachiller (arts. 23, k) y 33, b) respectivamente). Precisamente, la Comisión de Educación y Formación Profesional aprobó, el 18 de marzo de 2021, la Proposición No de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común sobre el Fomento de la Educación Sexual y Afectiva en los centros educativos que, entre otras medidas, insta al Gobierno a elaborar una propuesta curricular que incluya la educación afectivo-sexual en la normativa que establezca las enseñanzas mínimas y a impulsar, con la colaboración de las Comunidades Autónomas, un plan de actividades que fomente la educación sexual en los centros

20 España. Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Boletín Oficial del Estado, 24 de julio de 1980, núm. 177, pp. 16804 a 16805.

21 España. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Boletín Oficial del Estado, 4 de mayo de 2006, núm. 106, pp. 17158 a 17207.

22 España. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Boletín Oficial del Estado, 4 de marzo de 2010, núm. 55, pp. 21001 a 21014.

educativos²³. Sin embargo, parece lógico que preocupe esta cuestión si tenemos en cuenta que, si bien la sexualidad es un aspecto humano, está relacionada con la privacidad y la intimidad y sobre la misma no existe una opinión unánime en la sociedad sino que ésta se encuentra influenciada por la concepción del hombre y de la vida. En este punto, resulta evidente el conflicto que puede surgir entre el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa conforme a sus convicciones y la programación general de la enseñanza reservada a los poderes públicos.

2. La asignatura “Educación en Valores Cívicos y Éticos”.

La LOMLOE elimina la enseñanza de la Religión y de la misma manera, desaparece la asignatura “Valores Sociales y Cívicos”, en primaria y “Valores Éticos”, en secundaria, que constituían la alternativa a Religión. Sin embargo, la materia Religión seguirá siendo de oferta obligatoria para los centros y voluntaria para aquellos alumnos que deseen cursarla, aunque pierde su valor académico.

No obstante, con la nueva regulación aparece “Educación en Valores Cívicos y Éticos” como obligatoria para todos los estudiantes en alguno de los dos cursos del tercer ciclo de Primaria y en alguno de los cursos de Secundaria, que incluirá “contenidos referidos a la Constitución española, al conocimiento y respeto de los Derechos Humanos y de la Infancia, a la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial, a la igualdad entre hombres y mujeres, al valor del respeto a la diversidad y al valor social de los impuestos, fomentando el espíritu crítico y la cultura de paz y no violencia”, contenidos que están en armonía con los fines de la educación del art. 2. Sin embargo, la aparición de esta materia resucita los recelos de aquella “Educación para la Ciudadanía” introducida por la LOE.

Sin perjuicio de tratarse de una cuestión discutida por la doctrina, la educación en valores cívicos viene avalada por el Tribunal Constitucional. En la ya lejana Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, el Tribunal definía la enseñanza como “una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores²⁴”. Posteriormente, la STC 133/2010, de 2 de diciembre, recoge esta idea con claridad al señalar que “la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [...] sino que

23 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 236, de 9 de marzo de 2021. XIV Legislatura (2019-).

24 STC 5/1981, de 13 de febrero (RTC 1981, 5). F.J. 7º. No obstante, el Magistrado Tomás y Valiente, en su voto particular, distinguía entre enseñanza y educación, siendo aquella la transmisión de conocimientos científicos y ésta la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología. Sin embargo, en nuestra opinión, no puede haber educación sin transmisión de valores.

aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [...] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [...] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros²⁵’.

Además, la competencia de los poderes públicos en la programación general de la enseñanza del art. 27.5 CE y los objetivos de la educación de “pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” del art. 27.2 CE justificarían la existencia de la materia²⁶. El mismo Tribunal Supremo negó la existencia de razones constitucionales para prohibir una materia cuyo objetivo es formar sobre los “rudimentos” de la ciudadanía²⁷. Admitida, por tanto, su legitimidad, el debate se centrará en los contenidos y en determinar si, en la educación del menor, debe prevalecer el interés del Estado por difundir ciertos principios, creando una especie de moral pública, o por el contrario, hay que buscar el equilibrio entre el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa conforme a sus convicciones y la facultad del Estado de programación de la educación.

Al respecto, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre la materia Educación para la Ciudadanía y sus argumentos se pueden resumir como sigue²⁸:

La actividad educativa es un instrumento de garantía de vivencia del pluralismo porque transmite a los alumnos la existencia de diferentes concepciones de la vida, enseñándoles a valorar y respetar esa diversidad.

La presencia del Estado en la educación viene avalada por los apartados 2 (finés de la educación) y 5 (programación general de la enseñanza) del art. 27 CE, de manera que la actividad del Estado es obligada, su intervención puede extenderse a la transmisión de los valores necesarios para el funcionamiento del sistema democrático y se despliega tanto en la enseñanza pública como a la privada.

25 STC 133/2010, de 2 de diciembre (RTC 2010, 133). F.J. 7º.

26 Para FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, el art. 27, 2 CE es fuente de legitimidad de una educación en valores y principios democráticos, aunque no necesariamente deba traducirse en la existencia de una asignatura sino que el objetivo podría satisfacerse con la presencia transversal de los valores de la Constitución en todo el proceso educativo. Corresponde al legislador optar por la incorporación de la asignatura. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: “Educación para la Ciudadanía. Una perspectiva constitucional”, en LÓPEZ CASTILLO, A. (coord.): *Educación en Valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 152.

27 STS 11 febrero 2009 (ROJ 341/2009). F.J. 8º.

28 STS 11 febrero 2009 (ROJ 341/2009); STS 11 febrero 2009 (ROJ 342/2009).

Se hace necesario distinguir entre los valores recogidos en normas jurídicas vinculantes (sustrato moral constitucional) y las diversas manifestaciones del pluralismo de la sociedad. Respecto a los primeros, el Estado puede ser "activista" y promover la adhesión a estos valores; pero, en cuanto a las diferentes concepciones morales, culturales e ideológicas se le exigirá una escrupulosa neutralidad, exponiendo los contenidos de manera objetiva, sin propiciar la captación de voluntades, de manera que invite a la reflexión personal de los alumnos y a la formación de una opinión propia.

El derecho a la libertad religiosa (art. 16.I CE) y el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación moral y religiosa conforme a sus convicciones (art. 27.3 CE) representan un límite a la actividad educativa del Estado, de manera que cuando se trate de exponer planteamientos morales, religiosos o ideológicos la actividad educativa se limitará a explicarlos sin ningún tipo de adoctrinamiento para respetar ese espacio de libertad.

No es posible el reconocimiento de un derecho de objeción de conciencia de carácter general con base en la libertad religiosa ideológica porque esto llevaría a la inadmisibles consecuencia de que la eficacia de las normas dependería de la conciencia individual. Tampoco es posible el reconocimiento de tal derecho con apoyo en el art. 27.3 CE que solo reconoce el derecho de los padres a escoger la formación moral y religiosa, dejando fuera los aspectos ajenos a estos contenidos. Sin embargo, cabría una dispensa de ciertos deberes jurídicos establecida por el legislador ordinario, pero que nunca tendría rango constitucional. Aún más, el Tribunal admite que, en circunstancias "verdaderamente excepcionales", puede aceptarse que de la Constitución resulte la admisión tácita de un derecho a quedar eximido del cumplimiento de deberes jurídicos válidos. Siendo así, será el Poder judicial el que deba resolver los conflictos que, en cada caso concreto, puedan surgir. Pero, el Tribunal no aclara cuáles serían esas circunstancias "verdaderamente excepcionales" ni que la posibilidad de exención se aplique a la esfera educativa.

El Estado no puede llevar sus competencias al punto en el que invada el derecho de los padres a decidir sobre la formación moral y religiosa que quieren para sus hijos, ni los progenitores pueden estirar su derecho de manera que violenten el deber del Estado de asegurar el derecho de todos a la educación cumpliendo su objetivo de "pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales".

Los padres no tienen, de acuerdo con el art. 27.3 CE, un derecho a oponerse a la programación de enseñanza del Estado. Ahora bien, lo que de ninguna de las maneras puede hacer el Estado, el centro educativo o los profesores es "imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre

cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas". El Supremo añade que el deber de neutralidad ideológica del Estado impide que pueda incurrir en cualquier forma de proselitismo y "las materias que el Estado, en su irrenunciable función de programación de la enseñanza, califica como obligatorias no deben ser pretexto para tratar de persuadir a los alumnos sobre ideas y doctrinas que - independientemente de que estén mejor o peor argumentadas- reflejan tomas de posición sobre problemas sobre los que no existe un generalizado consenso moral en la sociedad española".

Sin embargo, fueron varios los Magistrados que se apartaron de estas consideraciones del Tribunal, destacando el prolijo voto particular de González Rivas que apuesta por la preferencia del derecho de los padres del art. 27.3 CE frente al límite de los objetivos de la educación del art. 27.2 CE²⁹. Coincidimos con el Magistrado cuando señala que los contenidos sobre valores, principios y derechos constitucionales y Convenios Internacionales de Derechos Humanos justifican su inclusión en el currículo, bien en una asignatura independiente o bien como contenido transversal. Sin embargo, aquellos relativos a la construcción de la identidad personal están excluidos de la competencia de los poderes públicos por el derecho del art. 27.3 CE que actúa como límite a la actividad del Estado. La definición de la personalidad de los hijos y la formación de su conciencia es una esfera reservada a los padres, vedada a los poderes públicos obligados a una escrupulosa neutralidad ideológica como resulta de "un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado"³⁰. El Estado excederá sus competencias si incluye contenidos que no resultan directamente de la Constitución y trata de hacer proselitismo sobre una presunta ética común distinta de la que los padres quieren para sus hijos³¹. Por tanto, quedarán excluidos aquellos temas que obedecen a la ideología de un partido, que no dejan de ser preferencias políticas por mucho que deriven de quien sea legislador en cada momento, pero que no responden

29 De la misma opinión es el Magistrado Campos Sánchez-Bordona que, en su voto particular a la Sentencia 342/2009, de 11 de febrero, considera que el art. 27.2 CE sólo obliga a que la educación se imparta "en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales", pero el respeto a los derechos no equivale a adhesión moral a su contenido. De esta manera, "a menos que hagamos una interpretación significativamente reductora del artículo 27.3 de la Constitución no veo cómo la garantía [...] que proporciona a los padres puede ser compatible con la imposición de unos contenidos, religiosos o morales, que aquéllos rechazan precisamente en razón de sus convicciones". STS 11 febrero 2009 (ROJ 342/2009).

30 STC 5/1981, de 13 de febrero (RTC 1981, 5). F.J. 9º.

31 En el mismo sentido, el voto particular del Magistrado Frías Ponce, al que se adhiere Martínez Micó, al señalar que "los poderes públicos tienen vedado, en principio, el establecimiento, de modo imperativo, de enseñanzas que tengan por objeto la formación moral y religiosa de los alumnos. Esto implica que el art. 27.3 limita la capacidad de los mismos poderes públicos para definir la educación cívica. En virtud de la competencia que se atribuye a los poderes públicos pueden establecer en el sistema educativo una materia dirigida a enseñar la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, pero esta competencia no puede alcanzar al resto de las cuestiones que aborda la educación cívica, precisamente por tratarse de cuestiones que forman parte de la educación moral y, por tanto, caen dentro del ámbito de libertad protegido por el art. 27.3". STS 11 febrero 2009 (ROJ 341/2009).

al orden constitucional. En caso contrario, debería reconocerse la posibilidad de exención de la materia por entrar en abierta contradicción con el derecho del art. 27.3 CE.

También resulta destacable la postura del Magistrado Sieira Míguez que, estando conforme con el fallo de la sentencia, discrepa en el punto en el que se afirma que solo existe derecho a la objeción de conciencia en los casos del art. 30.2 CE y el del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica de abortos despenalizados, así como aquellos establecidos por el legislador ordinario que permitan la dispensa de determinados deberes jurídicos. En su opinión, aunque el derecho a la objeción de conciencia no es ilimitado, sí cabría su reconocimiento por vía jurisdiccional porque el art. 16 CE incluye, como en ocasiones ha señalado el TC, “una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”.

Pero, comoquiera que las tensiones entre el derecho de los padres y la competencia del Estado son históricas y recurrentes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo ya ocasión de pronunciarse en 1976 en el Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, señalando que, si bien es cierto que la competencia de los Estados permite difundir, a través de la educación, contenidos que, directa indirectamente, tengan carácter moral o religioso, el límite infranqueable son las convicciones de los padres. Así, en el caso de que el currículum comprenda estas materias, deben abordarse de manera objetiva y neutral, sin que pueda considerarse adoctrinamiento su exposición de manera general y sin perjuicio del derecho de los padres a ejercer su función de educadores y guiarles conforme a sus convicciones³². También este pronunciamiento contó con un voto disidente, el del Juez Verdross, al entender que, a pesar de que algunos contenidos se impartan de manera objetiva, pueden lesionar el derecho de los padres si afectan a la formación de la conciencia de los menores.

Sin duda, las consideraciones anteriores sobre la controvertida Educación para la Ciudadanía bien pueden servir de guía para el desarrollo normativo de la materia Educación en Valores Cívicos y Éticos.

IV. ¿EL DERECHO DE LOS PADRES EN PELIGRO CON LA LOMLOE?

De todos es sabido que el art. 27.1 de la Constitución reconoce la libertad de enseñanza explícitamente y, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe entenderse “como una proyección de la libertad ideológica

32 TEDH. Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca. Sentencia de 7 diciembre 1976. En este sentido, pueden verse también, entre otras, TEDH. Caso Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España. Decisión de 25 mayo 2000; TEDH. Caso Folgero y otros contra Noruega. Sentencia de 29 junio 2007; TEDH. Caso Appel Irrgang y Otros contra Alemania. Decisión de 6 octubre 2009; TEDH. Caso Lautsi y Otros contra Italia. Sentencia de 18 marzo 2011.

y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones [...]»³³. Por tanto, no tiene un contenido único sino que está integrada por un conjunto de derechos y libertades que, por su posición dentro del texto constitucional, son auténticos derechos fundamentales.

Siendo así, la libertad de enseñanza tendría un doble aspecto, positivo y negativo. Positivo, integrado por el derecho a crear centros docentes (que comprende el derecho a dirigir y gestionar, a establecer su ideario propio y aceptar el proceso de admisión del alumnado) y el derecho de los padres a elegir el centro que consideren más adecuado para la formación de sus hijos. Pero, también tendría un lado negativo representado por la prohibición a los poderes públicos de intervenir en las cuestiones organizativas de los centros privados, sean éstos concertados o no³⁴.

Por tanto, el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos forma parte del contenido esencial del derecho, entendiendo por contenido esencial “aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga³⁵”.

Sin embargo, algo tan básico como la responsabilidad de los padres en la educación de sus hijos y el derecho a que reciban la formación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones se ha visto puesto en tela de juicio por la propia Ministra de Educación, Isabel Celaá. En efecto, en la sesión inaugural del XV Congreso de Escuelas Católicas, celebrada el 14 de noviembre de 2019, la titular en funciones del Ministerio señalaba que “De ninguna manera puede decirse que el derecho de los padres a escoger una enseñanza religiosa o a elegir centro educativo podrían ser parte de la libertad de enseñanza. Esos hechos, los de elegir centros, formarán parte de derechos que puedan tener los padres, madres en las condiciones legales que se determinen pero no son emanación estricta de la libertad reconocida en el artículo 27 de la Constitución Española”. Ante la polémica suscitada, el mismo día el Ministerio emitía un comunicado ratificando las palabras de la Ministra. Sin embargo, este debate no es nuevo. La Constitución de

33 STC 5/1981, de 13 de febrero (RTC 1981, 5). F.J. 7º.

34 CALVO CHARRO, M.: “La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 14, 2006, p. 85. En este sentido, puede verse también la Jurisprudencia Constitucional más reciente. Por todas, la STC 74/2018, de 5 de julio al señalar que la libertad de enseñanza proclamada en el art. 27, 1 de la Constitución comprende “la doble facultad de los padres de elegir el 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 [...]”. STC 74/2018, de 5 de julio (RTC 2018, 74). F.J. 4º.

35 STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11). F.J. 10º.

1978 reconoce el derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mismo apartado del art. 27, algo que sí resultaría novedoso porque, tradicionalmente, no se podían reivindicar el uno y la otra simultáneamente³⁶. De ahí la grandeza de la norma y su significación como paradigma del consenso. Y si bien no se reconocían, de manera expresa, el derecho a la dirección de los centros por su titular y el derecho de los padres a la elección de centro, la introducción del art. 10.2 de la Constitución obliga a incluirlos por la remisión que el precepto hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales ratificados por España.

Las palabras de la Ministra recuerdan filosofías propias de aquellos regímenes que pretenden trasladar al Estado la educación de los hijos, relevando a los padres de esa responsabilidad. No olvidemos que el Anteproyecto de la LOMLOE, presentado en noviembre de 2018, pretendía eliminar como principio del sistema educativo el reconocimiento del papel de los padres y tutores legales como primeros responsables de la educación; siendo el Consejo Escolar del Estado, en su Dictamen 1/2019, el que consideró esta función como “esencial”, entendiendo que no enunciar tal principio parecía “pretender anular este papel fundamental, apuntando a un modelo educativo incompleto y negador de una realidad evidente en el hecho educativo de los alumnos”.

Sin embargo, no ha sido ésta la única vez en la que la Ministra ha puesto en tela de juicio la libertad de enseñanza y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa que sea conforme a sus convicciones. Precisamente, el 17 de enero de 2020, la Ministra Celaá, en la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros, informó que el Gobierno de España recurriría a los Tribunales si el Gobierno de Murcia no atendía su solicitud de retirada del pin parental. Como argumento señalaba que “el pin parental vulnera el derecho fundamental a ser educado” porque “el derecho fundamental que asiste a toda persona le asiste desde su nacimiento y no podemos pensar de ninguna de las maneras que los hijos pertenecen a los padres³⁷”. Pero, esta afirmación tampoco extraña si analizamos su primera comparecencia en la que señalaba que uno de

36 En este sentido, Fernández-Miranda señala que “a lo largo de la historia constitucional española, libertad de enseñanza y derecho a la educación rara vez han sido reivindicados simultáneamente; antes al contrario, se presentaban enfrentados como postulados excluyentes”. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 13.

En parecidos términos se pronuncia Cámara Villar al considerar que “el rasgo más destacado del art. 27 es la integración dialéctica del derecho a la educación y la libertad de enseñanza, expresando así la igualmente dialéctica relación general entre igualdad y libertad y proporcionando el camino para la resolución del históricamente sobredeterminado enfrentamiento entre los modelos de la escuela pública y la escuela privada”. CÁMARA VILLAR, G.: “Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España”, *Revista de Educación*, núm. 344, 2007, p. 67.

37 GOBIERNO DE ESPAÑA. LA MONCLOA [en línea]. Lamoncloa.gob.es, 2020 [consulta: 18 de enero de 2020]. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2020/170120-cministros.aspx>.

los obstáculos para la consecución de un pacto educativo había sido no reconocer que el derecho a la educación recae sobre los hijos, insistiendo en que “el derecho a la educación siempre recae sobre el individuo, que son sujetos de aprendizaje; no recae sobre las familias ni sobre los territorios ni sobre las religiones³⁸”. Que los derechos fundamentales corresponden a las personas desde su nacimiento, está fuera de duda, por lo que la afirmación de la Ministra resultaría innecesaria. Pero, consideramos que tal aseveración debiera ser matizada: evidentemente, el titular del derecho a la educación es el educando. No obstante, los padres, como titulares de la patria potestad, deben procurar a sus hijos la necesaria protección, mientras sean menores, y guiarles en el ejercicio del derecho, mientras no tengan capacidad de obrar plena. No perdamos de vista que la propia Constitución en su art. 39.3 establece la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, durante su minoría de edad y en los casos que legalmente proceda o el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que atribuye a la familia, además de la condición de “elemento natural y fundamental de la sociedad”, la responsabilidad del cuidado y educación de los hijos a su cargo. Y no nos valdría en este punto el argumento utilizado por el PSOE en el recurso contra la LOMCE al señalar que la remisión que realiza el art. 10.2 CE no puede tener en cuenta tratados preconstitucionales, puesto que el propio Tribunal Constitucional, al resolver el recurso, señaló que, si bien la norma interpretativa contenida en el art. 10.2 CE lleva implícita la interpretación evolutiva, no es menos cierto que “la obligación de interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales en la materia no se limita a aquellos convenios firmados o ratificados por España con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución³⁹”. Precisamente, el grado de madurez de los menores aconseja limitar su capacidad de obrar en aras de su protección, confiando a las instituciones tuitivas su cuidado y atribuyéndoles su representación legal. Y consideramos que, en el ámbito de la educación, esta realidad también debe proyectarse⁴⁰. Como señaló en su día Nogueira Soriano, “el derecho a la educación se predica exclusivamente del alumno, mientras que el derecho educativo paterno es un derecho de defensa frente a las intromisiones estatales en el campo de la enseñanza⁴¹”.

38 Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Formación Profesional, núm. 572, de 11 de julio de 2018. XII Legislatura (2016-2019). p. 9.

39 STC 31/2018, de 10 de abril (RTC 2018, 31). F.J. 4º.

40 En este sentido, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ considera que “los derechos educativos de los menores se traducen en ciertos derechos de los padres, cuyo ejercicio se justifica en una traslación por vía de representación desde la esfera propia de sus mismos hijos, además, de, como hemos dicho, venir exigidos por la posición jurídica que a los mismos padres corresponde”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L.: “La educación en la Constitución Española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)”, *Persona y Derecho*, núm. 6, 1979, p. 245.

41 NOGUEIRA SORIANO, R.: *Principios constitucionales del sistema educativo español*, Ministerio de Educación y Ciencia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, p. 159.

Considerando estos antecedentes, parece que sobran los motivos para que los nuevos principios incorporados en la ley educativa y la introducción de la materia “Educación en Valores Cívicos y Éticos” hayan despertado suspicacias. Habrá que estar atentos al desarrollo normativo y vigilar si ese desarrollo cumple los límites que ya señaló la Jurisprudencia. En otro caso, aventuramos conflictos que requerirán pronunciamiento judicial.

IV. REFLEXIÓN FINAL.

La LOMLOE, aprobada en diciembre de 2020 y presentada como una simple modificación legal cuyo objetivo era “revertir los cambios promovidos por la LOMCE”, encierra, sin embargo, en su articulado aspectos controvertidos que exceden con mucho de una simple reforma para convertirse en un nuevo sistema que podría chocar con los derechos y libertades educativas incluidos en la Constitución de 1978.

Su tramitación, tampoco está exenta de polémica, no solo por haberse producido durante una pandemia mundial y, por tanto, carente de urgencia y necesidad, sino también por lo acelerado de todo el proceso, tanto en el Congreso como en el Senado. Su primera debilidad, por tanto, sería la ausencia de diálogo, lo que nos obliga a vaticinar lo escaso de su duración: una ley con fecha de caducidad. Además, su aprobación en el Congreso, por 177 votos a favor, superó por uno solo la mayoría absoluta que exige la Constitución para las Leyes Orgánicas, lo que subraya que la mitad de la Cámara votó en contra haciendo imposible pensar que se trata de una ley consensuada.

Es una norma que “revive” la LOE, pero trata de actualizarse acudiendo al barniz de la defensa de los derechos de los niños, la protección de las personas con discapacidad o el respeto a la diversidad afectivo-sexual. Pero, en realidad, responde a un cambio de paradigma que desconoce la realidad de la educación y resucita innecesariamente problemas educativos para construir el modelo político e ideológico que se quiere implantar. Por esa falta de preocupación por los problemas de la educación, pierde la oportunidad de regular medidas de política educativa imprescindibles como potenciar la autonomía de todos los centros, públicos y concertados, u ordenar el proceso de formación, selección y evaluación de los docentes. Sin embargo, la educación tiene una importancia vital tanto para el individuo como para la sociedad. Sirve para construir y desenvolver la personalidad, pero, al mismo tiempo favorece la convivencia, es garantía de progreso y crecimiento y, por tanto, básica para el desarrollo de cualquier país. No obstante, la educación no se limita a la mera instrucción (en este caso no sería capaz de cumplir su objeto de “pleno desarrollo de la personalidad humana” del art. 27. 2 CE) sino que comprende la transmisión de valores y principios. Es en este punto en el que cobra importancia el ejercicio de la patria potestad y el derecho

de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa conforme a sus convicciones. Aunque, evidentemente, este derecho no puede traducirse en la censura de ciertos contenidos cuya programación corresponde al Estado y que no pueden depender de opciones individuales, sí tiene un aspecto negativo que permite a los padres oponerse a una formación que no sea respetuosa con sus convicciones.

Es indudable que la actividad del Estado en materia de educación es esencial y obligada, no solo para garantizar la efectividad del derecho y su carácter prestacional sino también para asegurar una programación que vele por el pluralismo propio de un Estado democrático. Pero, en este segundo aspecto, debe exigirse al Estado la más escrupulosa objetividad, de manera que se respete el derecho de los padres. El Estado puede incluir en su programación materias que estén relacionadas, directa o indirectamente, con la transmisión de valores y principios, pero solo aquellos que deriven directamente de la Constitución, sin que pueda invadir la intimidad ni incorporar valores morales que la Norma Suprema dejó fuera de la competencia del Estado al establecer la garantía del art. 27.3 CE. El Estado debería evitar aquellos contenidos ideológicos que solo responden a intereses puntuales, pero que no tienen soporte constitucional.

Sin embargo, la reciente LOMLOE incluye entre sus artículos aspectos que pueden traducirse en una amenaza para este derecho paterno. Esta nueva regulación resucitará el debate recurrente entre la competencia de los poderes públicos y el derecho educativo paterno y, seguramente motivará nuevos pronunciamientos jurisdiccionales.

BIBLIOGRAFÍA

ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: "Las funciones educativas paternas y su proyección en el sistema educativo constitucional", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 52, 2020.

CALVO CHARRO, M.: "La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental", *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2006, núm. 14, 2006.

CÁMARA VILLAR, G.: "Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España", *Revista de Educación*, núm. 344, 2007.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.:

- *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- "Educación para la Ciudadanía. Una perspectiva constitucional", en LÓPEZ CASTILLO, A. (coord.): *Educación en Valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "La presencia de los padres en el derecho a la educación", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, 2014.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: "La educación en la Constitución Española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)", *Persona y Derecho*, núm. 6, 1979.

NOGUEIRA SORIANO, R.: *Principios constitucionales del sistema educativo español*, Ministerio de Educación y Ciencia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

VIVANCOS COMES, M.: "Educación afectivo sexual y reproductiva reapertura de un conflicto jurídico-constitucional", en SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C. (coord.): *Educación y Libertad*, Dykinson, Madrid, 2012.

