

SILVIA MESEGUER VELASCO
MARÍA DOMINGO GUTIÉRREZ

(COORDINADORAS)

DIGNIDAD HUMANA, DERECHO
Y DIVERSIDAD RELIGIOSA

LIRCE - INSTITUTO PARA EL ANÁLISIS DE LA LIBERTAD Y LA IDENTIDAD RELIGIOSA, CULTURAL Y ÉTICA

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

DIGNIDAD HUMANA, DERECHO
Y DIVERSIDAD RELIGIOSA

DIGNIDAD HUMANA, DERECHO Y DIVERSIDAD RELIGIOSA

SILVIA MESEGUER VELASCO
MARÍA DOMINGO GUTIÉRREZ
(COORDINADORAS)

**LIRCE-INSTITUTO PARA EL ANÁLISIS DE LA LIBERTAD
Y LA IDENTIDAD RELIGIOSA, CULTURAL Y ÉTICA**

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Madrid, 2023

Primera edición: junio 2023

Con la colaboración y patrocinio de:

ICLARS - International Consortium for Law and Religion Studies

Proyecto “Consciencia, Espiritualidad y Libertad Religiosa” - Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación de España

Proyecto HUDISOC - Ministerio de Ciencia e Innovación

Grupo de investigación REDESOC (Religión, derecho y sociedad) - Universidad Complutense



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0
Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

© LIRCE - Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética
© Para esta edición. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2023

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE:

Papel: 090-23-105-4

En línea, PDF: 090-23-104-9

En línea, ePUB: 090-23-103-3

ISBN: 978-84-340-2938-5

Depósito legal: M-17442-2023

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid



ÍNDICE GENERAL

	Páginas
<i>Autores participantes en la obra</i>	9
<i>Presentación</i>	11
Primera parte: Doctrina jurídica y acción política en la evolución de la libertad religiosa en culturas jurídicas de matriz latina	
1. Rafael Navarro-Valls, <i>El desarrollo del Derecho Eclesiástico del Estado en España: una mirada retrospectiva</i>	15
2. Rinaldo Bertolino, <i>Il Diritto ecclesiastico italiano</i>	31
3. Carmen Asiaín Pereira, <i>Libertad religiosa y política. Una mirada desde dentro</i>	51
4. M. ^a Elena Pimstein Scroggie, <i>Creencias y proceso constitucional chileno</i>	83
Segunda parte: Acomodación del pluralismo religioso en diferentes entornos sociales	
5. Irene María Briones Martínez, <i>Los delitos de odio frente a la libertad de religión y de creencias</i>	109
6. Ángel López-Sidro López, <i>Adhan y libertad religiosa</i>	133
7. Elena García-Antón Palacios, <i>Dignidad, libertad religiosa y neutralidad ideológica en los movimientos olímpico y paralímpico</i>	153
Tercera parte: El Derecho canónico como parte integrante de la cultura jurídica occidental	
8. Silvia Meseguer Velasco, <i>Igualdad y prohibición de discriminar en el ordenamiento canónico</i>	175

	Páginas
9. Geraldina Boni, <i>La «cooperatio omnium christifidelium» tra obbligo e diritto-dovere di denuncia</i>	193
10. María Domingo Gutiérrez, <i>La trascendencia del Derecho canónico en el proceso de unificación europea</i>	219
11. Carlos M. Morán Bustos, <i>Critología en materia probatoria canónica</i>	237
Cuarta parte: Algunas consecuencias de la autonomía de las instituciones religiosas en el derecho español	
12. Enrique Herrera Ceballos, <i>La libertad de elección de centro educativo en el marco constitucional español y su vinculación con el ejercicio de la libertad religiosa</i>	257
13. Mónica Montero Casillas, <i>Inscripción registral de bienes de entidades religiosas mediante certificación</i>	283
14. Víctor Moreno Soler, <i>La creciente preocupación en torno al fanatismo religioso: tendencias y regulación actual en el ámbito penitenciario</i>	301
15. José Alfaro Berenguer, <i>El confesor como testigo en el proceso penal de abusos sexuales a menores en la Iglesia Católica en España</i>	327

AUTORES PARTICIPANTES EN LA OBRA

Rafael Navarro-Valls, Catedrático Emérito y Profesor de Honor Vitalicio de la Universidad Complutense; Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y Presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica.

Rinaldo Bertolino, Catedrático Emérito de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado y ex-Rector de la Universidad de Turín. Académico de Honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Miembro de la Academia de las Ciencias de Turín.

Carmen Asiaín Pereira, Doctora Profesora en la Universidad de Montevideo; Miembro del Consejo Ejecutivo del ICLARS (*International Center for Law and Religion Studies*). Senadora de la República, Uruguay.

M^a Elena Pimstein Scroggie, Abogado, Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Directora del Centro UC Derecho y Religión.

Irene M^a Briones Martínez, Catedrática en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, y co-Presidenta de la Sección de Derecho Canónico del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Ángel López-Sidro López, Profesor Titular y Director del Departamento de Derecho Público y Común Europeo en la Universidad de Jaén; Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Elena García-Antón Palacios, Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en la Universidad Europea de Madrid, y Profesora Asociada en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Silvia Meseguer Velasco, Profesora Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y Vicepresidenta de LIRCE-Instituto para el Análisis de la Libertad Religiosa y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética.

Geraldina Boni, Catedrática de Derecho Canónico, Derecho Eclesiástico del Estado e Historia del Derecho Canónico en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia.

María Domingo Gutiérrez, Profesora Contratada Doctora en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Carlos M. Morán Bustos, Decano del Tribunal de la Rota de España y Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Enrique Herrera Ceballos, Profesor Contratado Doctor en la Universidad de Cantabria, miembro de la Asociación Española de Canonistas y encargado de la planificación académica de la Cátedra Prevención Cantabria.

Mónica Montero Casillas, Abogada. Licenciada en Derecho Canónico y co-Presidenta de la Sección de Derecho Canónico del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Victor Moreno Soler, Profesor Contratado Predoctoral (FPU) en el Departamento de Derecho Romano y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Valencia y Secretario Académico del Máster Universitario en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible de la Universidad de Valencia.

José Alfaro Berenguer, Profesor interino y Doctorando en Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Cádiz.

La libertad de elección de centro educativo en el marco constitucional español y su vinculación con el ejercicio de la libertad religiosa

ENRIQUE HERRERA CEBALLOS

SUMARIO: Introducción 1.– Dicotomía entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. 1.1 Precisiones conceptuales: educación y enseñanza. 1.2 El derecho a la elección de centro como derecho de rango constitucional. 2.– Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles. 2.1 Pronunciamientos a favor de su incardinación en el derecho a la educación. 2.2 Pronunciamientos a favor de su incardinación en la libertad de enseñanza. 3.– Análisis de la doctrina. 4.– Posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LOMLOE. 5.– Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El artículo 27 de la Constitución española de 1978 integra dialécticamente, por primera vez, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza⁽¹⁾; hecho que no se había dado en la historia del constitucionalismo español desde el siglo XIX en la medida en que ambos aspectos habían sido enarbolados como postulados excluyentes. Mas este enfrentamiento alentaba, a su vez –como afirma Fernández-Miranda– la polémica entre la enseñanza laica y la enseñanza confesional así como entre la escuela pública y

⁽¹⁾ Cfr. A. MARTÍNEZ BLANCO «Libertad de enseñanza y enseñanza de la religión», *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio*, vol. 2, 1992, p. 1287.

la escuela privada; posturas sostenidas respectivamente por liberales y conservadores.

Sin embargo, lejos de constituir una cuestión pacífica, la delimitación del contenido del derecho a la educación y la libertad de enseñanza ha enfrentado a la doctrina. Poco más se adelanta –como veremos– si atendemos a los pronunciamientos judiciales más relevantes. Es aquí donde los posicionamientos ideológicos de unos y otros constituyen apriorismos casi insalvables a la hora de conformar conceptos consensuados. Dicho lo cual uno puede tener la tentación de acudir al profesor Iván cuando dice «El contenido del derecho a la educación es tan extraordinariamente impreciso que nada en concreto significa y cualquier opinión... no será más que eso, una opinión sobre la libertad de enseñanza; ninguna entre muchas»⁽²⁾. Desde esta óptica –un tanto drástica pero no por ello necesariamente desencaminada– la importancia de la opinión que verteré en estas líneas resultará apenas irrelevante –tampoco pretendo otra cosa– puesto que no es más que otra opinión⁽³⁾.

1. DICOTOMÍA ENTRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

La Carta Magna española no reconoce expresamente el derecho a la elección de centro educativo en el elenco de derechos y libertades que con respecto a la educación y a la enseñanza se incluyen en los diferentes apartados de su artículo 27. Sin embargo, como veremos, esta circunstancia no ha constituido obstáculo alguno para considerarlo por la doctrina y la jurisprudencia –si quiera de forma indirecta– un derecho de rango constitucional, bien inserto en el derecho a la educación, en la libertad de enseñanza o, en su caso, constitutivo de un *tertium genus*; un *derecho constitucional autónomo*, junto al derecho a elegir el tipo de educación que los padres consideren más oportuna según sus convicciones para los menores a su cargo.

El artículo 27 CE consagra, al mismo tiempo pues, un derecho fundamental y una libertad pública. No obstante, todo derecho –en su vertiente subjetiva– constituye una esfera de libertad personal que protege al individuo de intervenciones injustificadas del poder en un ámbito de su existencia⁽⁴⁾, sin embargo, no se pueden confundir los conceptos porque la idea de derecho, amén de la esfera de *agere licere*, hace referencia a la existencia de unas facultades concretas inherentes a la idea de individuo que le

⁽²⁾ Cfr. I. C. IBÁN, «Una opinión sobre la libertad de enseñanza», *Revista de Castilla La Mancha*, 1 (1985), p. 55.

⁽³⁾ Y desde luego muchísimo menos autorizada que las que se exponen en el cuerpo del texto.

⁽⁴⁾ STC 25/1981, FJ. 5.

facultan para exigir un determinado comportamiento activo por parte del poder público. Podría decirse pues que mientras la libertad constituye un ámbito de autonomía personal o, en su caso, facultades de participación social, el derecho implica la idea de exigencia o, en su caso, de prestación cuando el poder público haya de tener una actitud activa como es el caso del derecho a la educación en cuanto conlleva la instauración de una red de escolarización.

1.1. Precisiones conceptuales: educación y enseñanza

La primera rúbrica de este trabajo reza: dicotomía entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. El uso en la Constitución de los términos educación y enseñanza, como afirma Vidal Prado, ha podido llevar a confusiones en cuanto pueden ser considerados términos equivalentes sin serlo⁽⁵⁾.

La distinción no es baladí porque, como veremos a continuación, uno de los principales problemas dogmáticos en torno al derecho a la libertad de elección de centro educativo es su inclusión en uno u otro concepto en función de los diferentes contenidos que se les atribuyan. Contenidos que, en las más de las ocasiones, responden a visiones politizadas de la realidad jurídica.

Dicho esto, consideramos necesario un ejercicio previo de deslinde conceptual entre los términos educación y enseñanza si es que es posible.

Si se acude al sentido semántico de los términos a través del diccionario de la Real Academia Española es evidente que el sentido del término educación es más amplio que el de enseñanza. Sin embargo, la distinción conceptual no resulta sencilla porque el primero incluye al segundo. Mientras la *enseñanza* se circunscribiría a la transmisión de conocimientos y al sistema que para ello se siga⁽⁶⁾, la *educación*⁽⁷⁾ incluiría este aspecto junto a la crianza y transmisión de conocimientos y valores a los *alieni iuris*⁽⁸⁾. Está claro pues que educar y enseñar son acciones encaminadas al aprendizaje de conocimientos, sin embargo, la educación trasciende esta idea para colocarse, de algún modo, en el ámbito de valores más íntimos en la esfera del ser

⁽⁵⁾ Vid. la opinión de J. A. SOUTO PAZ, en «El derecho a la educación», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1 (1992), p. 36 y ss.

⁽⁶⁾ Las acepciones 2.^a, 3.^a y 4.^a RAE dicen respectivamente: «Sistema y método de dar instrucción»; «Ejemplo... que sirve de experiencia...»; «Conjunto de conocimientos, principios, ideas, etc., que se enseñan a alguien».

⁽⁷⁾ «Educar», del latín, *e-ducere*, significa conducir, formar a los alumnos con alguna orientación, cfr. C. VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, 2017, p. 18..

⁽⁸⁾ Las acepciones 3.^a y 4.^a rezan: «Ejemplo, acción o suceso que sirve de experiencia, enseñando o advirtiendo cómo se debe obrar en casos análogos»; «Conjunto de conocimientos, principios, ideas, etc., que se enseñan a alguien».

humano; valores que un sujeto posee y que desea transmitir a la prole en el ámbito de la familia y el hogar. Por ello, cabría afirmar que, mientras la enseñanza es un proceso más aséptico la educación es un proceso permeado de valores y experiencias íntimas; consustanciales a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia del sujeto.

El Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión en la conocida sentencia 5/1981 que sistemáticamente han recogido todos los autores que se han dedicado al estudio de estas cuestiones⁽⁹⁾.

De forma reiterativa la sentencia se pronuncia sobre el contenido de los conceptos en dos oportunidades. La primera en el cuerpo textual principal (FJ. 7.º) y la segunda en el voto particular que formuló, primordialmente, el magistrado Francisco Tomás y Valiente.

Los magistrados consideraron la que *enseñanza* «puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica, religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales...», mientras que la *educación* sería «la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conforme con una determinada ideología que prima sobre la transmisión del conocimiento científico». De forma reiterativa – como antes dijimos– Tomás y Valiente, partiendo de la idea de que el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa conforme a sus propias convicciones se proyecta más sobre la educación que sobre la enseñanza considera ésta última como «transmisión de conocimientos científicos» y aquella como «comunicación de convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología». Y continúa el razonamiento añadiendo que:

«[...] Por ello nuestra Constitución habla (artículo 27.3) de ‘formación religiosa y moral’; el artículo 26.3 de la Declaración Universal de 1948 se refiere a la elección del ‘tipo de educación’; los pactos internacionales de 1966 de derechos civiles y políticos (artículo 18.4) y de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 13.3) hablan de ‘educación religiosa y/o moral’, expresión que aparece también en el artículo 5.1.b) de la Convención para no discriminación en la enseñanza de 1960».

Hecha la abstracción analítica, el propio magistrado deja constancia de la dificultad de la distinción teórica aunque no saca mayores consecuencias de ello como bien afirma Fernández-Miranda, que se atreve a calificar

⁽⁹⁾ Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 65-66.

incluso de «imposibilidad» tal distinción⁽¹⁰⁾, añadiendo que «Sin duda la casuística presentará supuestos en los que el proceso de comunicación esté más próximo a la comunicación ética o a la científica, circunstancia que, naturalmente, incidirá sobre la operatividad del ideario y los condicionamientos de la libertad docente».

Compartimos, en este aspecto, las apreciaciones de Fernández-Miranda porque en el proceso educativo la educación y la enseñanza se entremezclan de forma constante e inescindible porque son interdependientes. Como proceso que se inicia en el seno del hogar de la mano de los progenitores a partir de la misma crianza y que continúa en forma de instrucción reglada –tanto en centros educativos como fuera de ellos– habrá situaciones y momentos en los que padres y educadores transmitan –de forma más o menos aséptica– conocimientos científicos o técnicos o ideas de la más variada naturaleza y otros en los que lo que se transmita sean convicciones filosóficas, morales o religiosas es su más estricto sentido. Sin embargo, en muchos otros momentos educación e instrucción conllevan la superposición de conocimientos y valores porque solo mediante esta coadyuvancia puede llegarse a alcanzar el fin último del proceso como es pleno desarrollo de la personalidad humana. Podría pensarse que el conocimiento transmitido por un profesor de matemáticas es estrictamente enseñanza, lo mismo que el de un profesor de física, pero tal vez no sea tan fácil afirmar lo mismo cuando lo que se explica es historia, filosofía, ética o religión. ¿Cómo explicar asépticamente un proceso histórico totalitario sin entrar a valorar de algún modo sus causas y consecuencias y sin pretender mover, de algún modo, el ánimo del alumnado? ¿Podría una imagen histórica de un campo de concentración como los de Auschwitz dejar indiferente a alguien? En clase de religión, ¿podría explicarse el martirio de los primeros cristianos sin referencias al ejercicio del poder y de la libertad? ¿Cabe algún tipo de asepsia explicativa en estos dos supuestos si el profesor pretende formar mentes capaces de pensar por sí mismas con el anhelo de desarrollar el potencial de lo que será su personalidad adulta? Y, por otro lado, no se puede pasar por alto que la educación además de transmitir valores como proyección de una determinada concepción de la realidad inmanente y, en su caso, trascendente, es decir como manifestación de la libertad ideológica, religiosa y de conciencia no puede soslayar la transmisión de conocimientos. Cuando un progenitor educa –en la máxima expresión del concepto– lo hace integralmente, aunando las explicaciones sobre cómo funciona el mundo que rodea al niño o al joven con la visión de la que él participa del mismo; es decir, se instruye a la misma vez que se educa.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*, p. 95.

Por otro lado, el uso de los términos derecho a la educación y libertad de enseñanza en la propia Constitución inducen a error cuando no están mal utilizados, como señala Vidal Prado, de modo que cuando el artículo 27 habla de libertad de enseñanza se está refiriendo a la elección de la misma en función de un ideario (por tanto, debería hablar más bien de libertad de educación) y cuando se refiere al derecho a la educación está invocando el derecho a recibir instrucción (es decir, debería haberse denominado derecho a la enseñanza o a la instrucción).

Si, por otro lado, se atiende al texto del artículo 27.5 CE se advierte la inseparabilidad de educación y enseñanza porque se garantiza el derecho a la educación mediante la existencia de una programación general de la enseñanza. De otro lado, nos inclinamos a pensar que la inclusión en el artículo 27.3 CE del término «formación» referida a la «moral y a la religión» caería del lado de la educación más que de la enseñanza.

Esta línea maximalista de pensamiento enunciada por el Constitucional ha quedado en entredicho, sin embargo, por un pronunciamiento posterior, en concreto por la STC 133/2010 de 2 diciembre⁽¹¹⁾, en la que se afirma 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 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 miembros...» (FJ. 6)⁽¹²⁾.

Por su parte, si acudimos a los textos internacionales, advertimos, cuando menos, las mismas o mayores dificultades en el deslinde conceptual.

El párrafo 1.º del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos parece equiparar el derecho a la educación a la instrucción o transmisión de conocimiento pero, a renglón seguido, en el párrafo 2.º afirma que la educación [¿entendida como mera instrucción?] debe contribuir al pleno desarrollo de la personalidad humana y al fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales para terminar garantizando el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. Entendiendo –como entendemos– que el derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos es el derecho a elegir libremente el modelo educativo que consideren oportuno

⁽¹¹⁾ Aranzadi RTC 2010\133.

⁽¹²⁾ Y cita, para apoyar el razonamiento, el artículo 2.1 LOE.

que en ningún caso puede reducirse a la idea del TC de la mera instrucción, la conclusión en el sentido advertido por Vidal Prado resulta evidente: más que de derecho a la educación el Convenio debería haber hablado de libertad de educación.

La ambivalencia conceptual es también evidente en el artículo 13.3 Pacto Internacional para la Defensa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) en que el que afirma que el cauce para lograr la satisfacción del derecho a la educación es tanto la enseñanza [reglada en este caso en tres etapas: primaria, secundaria y superior] entendida como instrucción como la transmisión de valores encarnada en la educación religiosa y moral del apartado 3.

Finalmente, la redacción del artículo 2 del Protocolo al CEDH es quizá –a pesar de cierto cripticismo– la más esclarecedora porque atribuye tanto a los poderes públicos como a los padres funciones de educación y enseñanza, debiendo respetar aquellos en ejercicio de tales funciones, las convicciones religiosas y filosóficas [las morales desaparecieron del texto] de éstos. Y afirmamos que la redacción resulta esclarecedora en el sentido de que resulta imposible escindir la labor educativa de la meramente instructiva.

Buceando en la jurisprudencia del TEDH, lo cierto es que no hemos encontrado pronunciamientos sobre la definición de «educación», «enseñanza» o «instrucción». Y tal vez no sea extraño porque no constituiría una función propia del Tribunal sino más bien de las legislaciones estatales y, en su caso, de sus propios tribunales internos. Dicho lo cual, sí que se puede indicar que a juicio del TEDH⁽¹³⁾:

- a) El derecho a la instrucción –junto con el derecho de los padres de asegurar la educación conforme a sus convicciones morales y religiosas– debe interpretarse a la luz de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, es decir, conforme al derecho al respeto a la vida privada y familiar, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y al derecho a la libertad de expresión.
- b) El propio derecho a la instrucción es fundamento del derecho de los padres a elegir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.
- c) La finalidad del artículo 2 del Protocolo no es garantizar la libertad de enseñanza sino, y sobre todo [sic]⁽¹⁴⁾, asegurar en la enseñanza pública el respeto de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.

⁽¹³⁾ Cfr. B. SOUTO GALVÁN, «El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17 (2011), p. 253.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*

1.2. El derecho a la elección de centro como derecho de rango constitucional

Podría decirse que existe unanimidad en las opiniones doctrinales y en la jurisprudencia a la hora de calificar el derecho a la elección de centro educativo como un derecho de alcance constitucional, si bien implícito en cuanto no hay referencia expresa en el texto de la Carta Magna. La única excepción a esta regla general la constituye la opinión del profesor Embid Irujo.

Partiendo de la idea de que el derecho a la elección de centro educativo es una vía instrumental para la satisfacción de la libertad de elección del tipo de educación⁽¹⁵⁾, Fernández-Miranda deja clara su relevancia constitucional a partir del artículo 27.1 CE interpretado –a través del 10.2 CE– a la luz de los textos internacionales suscritos por España como son el artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁽¹⁶⁾, el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁽¹⁷⁾ y el artículo 2 de del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁽¹⁸⁾. Por el contrario, Embid Irujo, aun considerando tal derecho como parte de nuestro ordenamiento, afirma que su incorporación no se produce a nivel constitucional sino de forma ordinaria⁽¹⁹⁾ –o sea legal–. Huelga hacer comentario alguno más allá de la crítica vertida por De los Mozos Touya cuando recuerda que el artículo 10.2 CE⁽²⁰⁾ eleva a rango constitucional las normas ratificadas por España sobre derechos fundamentales y libertades públicas... en cuanto elemento necesario de interpretación del contenido esencial de esos derechos⁽²¹⁾.

⁽¹⁵⁾ Luego nos referiremos a esta cuestión.

⁽¹⁶⁾ «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

⁽¹⁷⁾ «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 aquéllas 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».

⁽¹⁸⁾ «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». Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *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. 93. También en esta línea de pensamiento C. VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, pp. 24-25.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. EMBID IRUJO, «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 31 (1981), p. 672.

⁽²⁰⁾ «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

⁽²¹⁾ Cfr. I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995, p. 159, citada por D. GARCÍA-PARDO, *La libertad de enseñanza la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 141.

Por su parte, las referencias a las normas internacionales en la inserción constitucional del derecho a la elección de centro resultan numerosas en la jurisprudencia, resultando paradigmáticas las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1985, cuando sostiene que:

«[...] si bien este derecho [el de elección de centro] no viene expresamente enunciado en el artículo 27 de la Constitución, sí aparece reconocido en el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC), en el 18.4 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCyP), en el 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y en el artículo 2 del Protocolo de la Convención europea de 1960 [...]»

O de 23 de marzo de 1993⁽²²⁾ cuando dice que:

«[...] el derecho de los padres a la elección de centro docente para sus hijos, como ya ha puesto de relieve este Tribunal en la sentencia de 24 de enero de 1985, entre otras, aunque no viene expresamente enunciado en el artículo 27 de la Constitución, sí aparece reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en diversos tratados y acuerdos internacionales ratificados por España que por imperativo del artículo 10.2 de la Constitución deben ser tenidos en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la propia Constitución reconoce» (Considerando 6.º).

Si esta cuestión hay sido, en términos generales pacífica, no puede decirse lo mismo de la inclusión del derecho a la elección de centro en el derecho a la educación o en la libertad de enseñanza. Como, a continuación veremos, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como la del Supremo vienen siendo titubeantes y, por su parte, la doctrina se muestra claramente dividida al respecto.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOLES

Partiendo de la idea de que para el Tribunal Constitucional el derecho a la educación tiene un contenido primario de libertad y al mismo tiempo prestacional⁽²³⁾, es decir, que por un lado no cabe monopolio estatal en la labor educativa⁽²⁴⁾ y, por otro, el poder público debe poner a disposición del

⁽²²⁾ Aranzadi RJ 1993\4962.

⁽²³⁾ STC 5/1981, de 13 de febrero. Aranzadi RTC 1985\5.

⁽²⁴⁾ STS 24.1.1985 y voto particular a la STC 5/1981.

titular los medios para su ejercicio efectivo, la tesis jurisprudencial ha cambiado a lo largo del tiempo, colocando, unas veces el derecho a la elección de centro en el ámbito de la educación y, otras, en el campo de la libertad de enseñanza.

2.1. Pronunciamientos a favor de su incardinación en el derecho a la educación

En las SSTs de 24 de enero de 1985 y de 14 de mayo de 1985⁽²⁵⁾, la Sala configura algunos criterios sobre la naturaleza y el contenido del derecho a la elección de centro educativo así como su incardinación, como son:

1. La libertad de enseñanza viene constituida por el derecho a la creación de instituciones educativas (art. 27.6 CE⁽²⁶⁾), entendido como manifestación primaria de la propia libertad [sic] y por el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosas conforme a sus convicciones (art. 27.3 CE⁽²⁷⁾).
2. No hay identidad entre el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosas acorde a sus convicciones y el derecho a la elección de centro educativo; son pues, derechos sustancialmente diferentes.
3. En línea con la doctrina del Tribunal Constitucional, para el Supremo, el derecho a la elección de centro constituye un derecho inserto implícitamente en la Constitución por aplicación del artículo 10.2 de la misma a través del contenido de los textos internacionales como son el CEDH, el PIDESyC, el Protocolo al Convenio, etc.
4. Si bien es cierto lo anterior, existe no obstante, una conexión entre ambos derechos porque el derecho a la elección de centro constituye un modo de elegir una determinada formación moral y religiosa; en suma, es el modo de hacer efectivo el derecho de elegir el tipo de educación que recibirán los hijos según las convicciones de los progenitores.

Tras estos razonamientos preliminares, el Tribunal concluye afirmando que «...no hay duda alguna que *este derecho de libre elección del centro forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho de educación...*» (Considerando 5.º).

⁽²⁵⁾ Aranzadi RJ 1985\2354, Considerando 3.º. Téngase en cuenta que la redacción de este considerando está copiada de la sentencia de 1985.

⁽²⁶⁾ «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales».

⁽²⁷⁾ «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

En la STS de 28 de enero de 1994, se afirma que el derecho a la educación conlleva la gratuidad de la misma así como el derecho a la elección de centro y, finalmente la STS de 3.3.1995, atribuye al derecho a la elección de centro carácter implícito en el derecho a la educación reconocido en el artículo 27 CE. Por lo que se refiere a esta última afirmación nos queda la duda de su alcance concreto porque –como algunos autores apuntan– el contenido del artículo 27 –bajo la rúbrica derecho a la educación– podría ser interpretado como un conjunto o haz de facultades que integraría el derecho a la educación mismo junto a la libertad de enseñanza o, por el contrario, habrían de deslindarse los conceptos –derecho y libertad– para atribuir a cada cual un contenido concreto. Por ello, no nos queda claro si la afirmación del Supremo cae en el lado de la interpretación extensiva y, por ello, la libertad de elección es parte del derecho a la educación o si cae en el lado de la exégesis restrictiva con lo que constituiría parte de la libertad de enseñanza *stricto sensu*.

En tiempos más recientes, el Tribunal Constitucional español, reforzando el carácter de libertad del derecho a la educación sobre el que ya se había pronunciado en la sentencia 86/1985 (FJ. 3.º), ha declarado que éste incluye la facultad de elegir un centro docente distinto de cualquiera de los creados por los poderes públicos⁽²⁸⁾. Matizando en este punto el alcance del contenido del derecho de elección de centro en atención a los pronunciamientos del Constitucional puede afirmarse que no alcanza ni, por un lado, el derecho a cursar enseñanza en un centro en concreto (STC 77/1985) ni, por otro, el derecho de los padres a escolarizar a su hijo en un centro ordinario de educación, en lugar de en un centro de educación especial, pues ello vendrá condicionado a la acreditación por parte de las autoridades competentes de las necesidades educativas específicas el menor a tenor de lo dispuesto en el artículo 74.1 y 2 de la LO 2/2006 de Educación (FJ. 3)⁽²⁹⁾.

2.2. Pronunciamientos a favor de su incardinación en la libertad de enseñanza

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha colocado el derecho de elección de centro en el ámbito de la libertad de enseñanza.

⁽²⁸⁾ Cfr. J. M.ª GONZÁLEZ DEL VALLE, «Libertad de enseñanza, libertad de cátedra y libertad académica, Libertad de enseñanza, libertad de cátedra y libertad académica», *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución española*, vol. 2, Madrid, 1992, p. 1276 y ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, (coord.) *et alii*, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2021, p. 412, a partir de la STC 77/1985, FJ. 5.º en el que se declara conforme a la Constitución el mecanismo de «zonificación» escolar establecido, en su día, por la LODE porque cuando la Administración pública adjudica los puestos de escolarización –de acuerdo con unos criterios preestablecidos legalmente, luego no discrecionales– lo hace en una fase posterior a la solicitud hecha previamente por los padres o tutores legales. Cfr. también P. VILLAMOR, «La libertad de elección en el Sistema Educativo: El caso de España», *Encounters of Education*, 8 (2007), pp. 185-186.

De este modo, en las sentencias de 26 de abril de 1990 y de 5 de octubre de 1990⁽³⁰⁾, se establece una vinculación directa, en el sentido género-especie, entre el derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a los hijos y el derecho a la elección de centro educativo.

Para el Tribunal este último derecho deriva [es consecuencia dice] tanto de la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) como del derecho de creación de centros (art. 27.6 CE), lo que implica, por un lado, elevarlo a la categoría de derecho de rango constitucional –como ya se había hecho con carácter previo– y de considerarlo parte de su contenido esencial. Es decir, no se puede predicar libertad de enseñanza y libertad de creación de centros en plenitud soslayando el derecho a la elección de centro educativo en el sentido [sic] apuntado por el artículo 13.3 PIDESyC, esto es, la libertad de padres y tutores para escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, que además –dice la Sala– tiene un reconocimiento legal expreso en el artículo 4º b) de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE) (FF.JJ. 3ºs en ambos casos).

Por su parte, la STS 74/2018, de 5 de julio⁽³¹⁾, ha sido quizá el más explícito y claro pronunciamiento sobre el contenido de la libertad de enseñanza desde el punto de vista constitucional, en cuanto dice que esta libertad:

«[...] se concreta por tres vías: 1. el derecho a crear instituciones educativas, 2. el derecho de los padres a elegir el centro y la formación religiosa y moral que desean para sus hijos, y 3. el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar a desarrollarla con libertad».

«La libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) comprende a su vez 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; facultad ésta última a la que se refiere específicamente el artículo 27.3 CE».

Una y otra facultad, siendo distinguibles, están evidentemente relacionadas: «es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral [...]» Ambas guardan una íntima conexión con el derecho de creación de instituciones educativas con ideario propio, no limitado a los aspectos religiosos y morales. En este sentido, «el derecho a establecer un ideario propio como faceta del derecho a crear centros docentes» se halla en «interacción» con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus

⁽³⁰⁾ Esta es un calco de la anterior.

⁽³¹⁾ Aranzadi RTC 2018/74.

hijos⁽³²⁾. 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 CE)» (FJ. 4)⁽³³⁾.

Finalmente, en épocas recientes el Tribunal Constitucional, ha enfatizado el carácter de derecho de libertad propio del derecho a la educación y que incluye, *prima facie* [sic] el derecho a la elección de centro escolar tal y como se puede advertir en la STC 10/2014, FJ. 3 y en el Auto del Tribunal Constitucional 382/1996, FJ. 4.

3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA⁽³⁴⁾

La ubicación y el contenido del derecho a la elección de centro educativo tampoco ha sido una cuestión pacífica en la doctrina, poniéndose de manifiesto en muchas ocasiones que las posturas jurídicas de los autores responden a concepciones previas en lo ideológico, si se nos permite la expresión. De este modo encontramos una división de opiniones en torno a la ubicación del derecho bien en el derecho a la educación bien en la libertad de enseñanza de modo idéntico al haz de pronunciamientos de los tribunales Supremo y Constitucional españoles; sin olvidar quien los independiza de ambos⁽³⁵⁾.

Fernández-Miranda incluye la elección de centro educativo en el haz de facultades que concede la libertad de enseñanza y no en el seno del derecho a la educación pero por vía indirecta, es decir, a través del derecho de los padres y de los alumnos a elegir el tipo de educación⁽³⁶⁾.

El autor parte de la premisa de que el derecho de los padres y alumnos a elegir el tipo de educación es un derecho constitucional implícito, frente a la teoría de que es un derecho meramente legal como defiende Embid Irujo. Partiendo de su ubicación en la libertad de enseñanza (art. 27.12 CE) llega a la conclusión indicada por vía del artículo 10.2 CE, esto es, según lo dispuesto por los artículos 26.3 DUDH que reconoce el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos y del artículo 13.3 del PIDCyP que, a su vez, reconoce tanto el derecho a elegir escuelas diferentes de las estatales como a que los hijos reciban educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones.

En cuanto al contenido del derecho constitucional, Fernández-Miranda entiende que es un derecho –público subjetivo y no de prestación– a optar

⁽³²⁾ STC 5/1981, FJ. 8.

⁽³³⁾ STC 133/2010, FJ. 5, a.

⁽³⁴⁾ Cfr., una síntesis clara de las opiniones doctrinales en D. GARCÍA PARDO, *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGrawHill, Madrid, 1998, pp. 29 y ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. síntesis en F. J. DÍAZ REVORIO, «El derecho a la educación», *Anuario Parlamento y Constitución*, 2 (1998), pp. 276 y ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA, *De la libertad...*, cit., pp. 93 y ss.

entre los centros existentes nacidos al amparo de la libertad de enseñanza, considerando las únicas prestaciones deducibles: la posibilidad de elegir centros distintos a los creados por los poderes públicos como vía instrumental para optar por la clase de educación que se desee; la posibilidad de optar por un centro público con vocación de neutralidad y el derecho a que la enseñanza respete las finalidades del artículo 27.2 CE y los derechos constitucionales de todos los miembros de la comunidad escolar.

Martínez López-Muñiz parte de la diferenciación entre el derecho a la educación considerado como derecho fundamental y el derecho a enseñar como libertad pública. Sin embargo, entiende aquel en sentido amplio incluyendo no solo las facultades propias de una libertad –el ámbito de *agere licere* que al sujeto se le reconoce con inmunidad de coacción por parte del Estado– sino también y sobre todo un poder de exigir a otros unas prestaciones positivas dirigidas a producir el resultado de la instrucción educativa⁽³⁷⁾.

Esta amplia noción del derecho a la educación lleva al autor a colocar el derecho a la libre elección de centro educativo a caballo entre la libertad y el derecho. Por un lado –dice– deriva implícitamente de la libertad de enseñanza y, por otro –y sin contradicción alguna– forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la educación reconocido en el artículo 27.1 CE –como sostiene Fernández-Miranda– como consecuencia de la interpretación que del precepto constitucional debe hacerse a la luz de los textos internacionales vinculantes para el Estado español como por ejemplo el artículo 26.3 DUDH.

Aunque el autor afirma que el derecho a la elección de centro presenta los caracteres de una libertad pública sostiene que los poderes públicos tienen la obligación de garantizar que cada cual pueda recibir la educación que le corresponda en cada nivel escolar en el establecimiento que le proporcione mayor confianza. Sin embargo, lejos de asimilar la elección de centro a un derecho de prestación afirma que el Estado puede y debe favorecer las circunstancias para su expansión pero no puede garantizar absolutamente que se produzca por ello implica un derecho de hacer al que se apareja una obligación de no impedir, ni dificultar ni de restringir por parte del poder público⁽³⁸⁾.

Para el autor, el derecho recibir una educación institucionalizada que se inserta, como es obvio, en el derecho a la educación tiene un *prius* necesario como es la educación doméstica. Un ámbito previo, que proyecta sus consecuencias en el anterior y en el que el papel de los padres es fundamen-

⁽³⁷⁾ Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La educación en la Constitución española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)», *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, p. 235.

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, p. 248.

tal porque, de acuerdo con los textos jurídicos internacionales, en cuanto es el ámbito donde se satisface el derecho-deber de los menores a ser educados conforme a la determinación de los padres o tutores. El cuidado y la educación doméstica –dice el autor– es un derecho de los menores y un deber de los padres como parte de la asistencia que les deben prestar de acuerdo con el artículo 39.3 CE. De este modo –concluye– los derechos educativos de los menores se traducen en una serie de derechos –como por ejemplo el de elección de centro educativo o del tipo de educación que se desea– de los padres que se ejercitan por vía de la representación desde la esfera de los propios hijos y que vienen exigidos por la posición jurídica que a los padres corresponde.

En contra de esta postura se coloca la teoría del profesor Embid Irujo, quien, además de discrepar con doctrina y jurisprudencia sobre el alcance constitucional implícito del derecho a la elección de centro, sostiene que tal derecho se encuentra al margen tanto del derecho a la educación como de la libertad de enseñanza en un plano –dice– de independencia⁽³⁹⁾. Afirma pues que los derechos de la libertad de enseñanza (ayuda financiera, derecho de los padres a que los hijos reciban una educación moral y religiosa de acuerdo con sus propias convicciones, elección de centro y derecho a escoger el tipo de educación que se desee) tienen una fundamentación que los independiza del derecho a la educación. Y para justificar su aseveración pone como ejemplo el derecho de los padres a que los hijos reciban formación moral y religiosa, afirmando –a nuestro juicio con buen criterio– que deriva expresamente de los artículos 16.1 CE y 2.1 c) LOLR⁽⁴⁰⁾.

Pero dice, además, que los derechos que constituyen el contenido de la libertad de enseñanza, entre los que se puede mencionar el derecho a la elección de centro se independizan del derecho a la educación porque se atribuyen a los padres, no en virtud de una representación implícita sino en interés propio. Y para ejemplificar su afirmación, el autor recurre al derecho a recibir educación en la propia lengua, considerando que aunque su reclamación corresponde al padre en la minoría de edad, no así su titularidad que es del educando por constituir la lengua una cualidad personal e intransferible. Por lo tanto el derecho se atribuye al padre en virtud de la representación. Por el contrario, –dice el autor– la elección de centro se configura –como derecho– en relación con los intereses de los padres y en defensa de la

⁽³⁹⁾ En el mismo sentido cfr. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, 2003, p. 129 y ss. No obstante, en línea con Martínez López-Muñiz, su independencia se basa en la idea de patria potestad.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. A. EMBID IRUJO, «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 31 (1981), p. 673.

unidad familiar, cayendo pues en un genérico derecho a la educación de los padres⁽⁴¹⁾.

A nuestro juicio, sin embargo, esta última afirmación de Embid Irujo es difícilmente asumible por dos razones. Por un lado, porque su concepción de la elección de centro educativo se reduce a la posibilidad de optar por una enseñanza moral y religiosa y, por otro, porque sí que existe una verdadera representación en la condición de padre a la hora de reconocer el derecho a través de la patria potestad. En cuanto al primer argumento que mencionamos, Embid peca de reduccionista, porque el reconocimiento del derecho a la elección del tipo de educación en las normas internacionales tiene que llevar a reconocer no solo las posibilidades de enseñanza y transmisión de contenidos de tipo moral y religioso sino también de otra naturaleza como ideológicos, filosóficos, etc., es decir, que ha de predicarse un derecho de los padres que abarque todas las opciones religiosas, ideológicas y pedagógicas posibles de acuerdo con sus propias convicciones⁽⁴²⁾. Teniendo en cuenta la imposibilidad del Estado para organizar sus centros educativos en atención a la multiplicidad de opciones educativas y pedagógicas, los padres deben tener la libertad de que sus hijos se eduquen en centros distintos de los creados por los poderes públicos para la satisfacción de tales intereses. Por otro lado, y en lo que al segundo argumento concierne, consideramos que la piedra angular de los derechos educativos para con los menores no es la verdadera representación de la que habla Embid Irujo sino el ejercicio efectivo de la patria potestad. A diferencia de los sectores políticos de izquierda, consideramos que corresponde a la familia y no al Estado, como institución la labor de educación de los menores. Los derechos y libertades educativas corresponde ejercitarlos a los padres como últimos responsables que la formación integral de sus hijos, en cuanto deben procurar su propio bien y, en última instancia, el libre desarrollo de su personalidad. Pero como

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, p. 678. En el ámbito del eclesiasticismo recoge la tesis de Embid Irujo el profesor González-Varas, en ídem, *Derechos educativos, calidad de la enseñanza y protección jurídica de los valores en las aulas*, Tirant lo Blanch-Universidad de Zaragoza, Valencia, 2015, p. 59.

⁽⁴²⁾ Cfr. en tal sentido la tesis de Oscar Alzaga en los debates parlamentarios citado expresamente por J. M. ZUMAQUERO, en *Los derechos educativos en la Constitución de 1978*, Eunsa, Pamplona, 1984, p. 345; cfr. también F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución española*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 640 y ss. Por su parte el diputado Silva Muñoz, perteneciente al grupo Alianza Popular, manifestaba en el debate del Pleno del Congreso de los Diputados, su disgusto con el hecho de que en la Carta Magna no figurase expresamente el derecho de los padres a elegir el tipo de educación. Textualmente decía «... Quiero únicamente significar que hubiéramos preferido... que se hubiera declarado de una manera expresa la libertad de elección del centro docente. Ahí está la verdadera clave de la cuestión, porque aunque se diga... el frontispicio del artículo que se [sic] consagra la libertad de enseñanza, no vale solamente eso, es necesario que se hagan concreciones que materialicen este pensamiento que deseamos y pedimos para esta Constitución». *Ibid.*, p. 117. Si para la derecha española es la familia la primera y principal titular de la educación de los hijos, para la izquierda (Partido Socialista Obrero español) lo es el Estado como manifestó la diputada Sra. Mata Garriga cuando replicó al diputado Silva «... Lo que nos duele es que no se destaque en absoluto lo que es principio normalmente aceptado por las Constituciones europeas, incluidos los países con tradición de problema escolar, a saber: que los poderes públicos son el principal responsable de la enseñanza». *Ibid.*, p. 118. *Vid.*, también las referencias a los debates constitucionales en P. LORENZO, «Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución española», *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001.

son menores, y por tanto, incapaces de autodeterminarse necesitan de la tutela de sus progenitores que se ejerce –en su representación– por quien ostenta la patria potestad⁽⁴³⁾. Por ello, los derechos citados por Embid no se atribuyen a los padres para la satisfacción de sus intereses⁽⁴⁴⁾ o de la pretendida unidad familiar sino que se ejercen por los padres en interés del desarrollo integral del educando; desarrollo que no solo abarca la instrucción sino la educación en su conjunto, considerada como transmisión de información y valores. Puesto que el menor, por ejemplo, en el ámbito religioso no es capaz de optar en libertad por falta de conocimiento y madurez serán los padres quienes *en su interés* decidan qué creencia o creencias debe conocer y, en su caso, profesar. Si nos encontramos ante un supuesto en el que los padres son profesos religiosos la importancia de la transmisión de tales valores a la descendencia es crucial porque está en juego, en última instancia, la salvación del alma. Lo mismo que Embid considera que el derecho a ser educado en la propia lengua es un derecho personal, el derecho de elección de centro también lo es⁽⁴⁵⁾, corresponde al educando pero en la minoría de edad lo ejerce su progenitor por vía de la patria potestad pero siempre en interés de aquel y no suyo⁽⁴⁶⁾.

En apoyo de esta línea de pensamiento se situaría Martínez López-Muñiz, cuando al referirse al derecho a la elección del tipo de educación introduce –muy certeramente– la idea de «educación doméstica», considerada por él como derecho fundamental a parte del derecho a la educación institucionalizada por vía de los artículos 39.3 CE y 101.1 PIDESyC que hablan del «cuidado y educación de los hijos». Entiende el autor que esta educación es un derecho de los menores y, a su misma vez, un deber de los padres que implica una serie de derechos para su efectividad como es el derecho a tomar medidas necesarias –para llevar a cabo su educación– así como el deber de acatamiento por parte de los hijos y el derecho de asegurar *erga omnes* todo lo necesario para eficacia de la acción educadora⁽⁴⁷⁾.

Este autor, sin embargo, no hace una distinción tajante entre derecho a la educación y libertad de enseñanza sino que considera el derecho a la elección de centro tanto parte del contenido esencial implícito del derecho a la educación como deducción del reconocimiento de la libertad de enseñanza en la Constitución aunque, a renglón seguido matiza, que «presenta los

⁽⁴³⁾ El profesor Contreras matiza, respecto de la patria potestad que ésta más que una potestad-sujeción debe ser considerada una potestad de servicio (*potestas officia*) que se contrae en interés del menor. Cfr. J. M.^a CONTRERAS MAZARÍO, *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, p. 63.

⁽⁴⁴⁾ En contra de esta opinión D. GARCÍA PARDO, cit., p. 142, nota 418.

⁽⁴⁵⁾ En línea con esta opinión cfr. J. M. ZUMAQUERO, *Los derechos...*, cit., p. 250. Por otra parte, el autor considera deficiente la redacción del artículo 27 CE porque reduce la libertad de enseñanza a la posibilidad de elegir la formación moral y religiosa, p. 333. Cfr. también L. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político en la Constitución de 1978*, Editorial nacional Cultura y Sociedad, Madrid, 1980, p. 334.

⁽⁴⁶⁾ En apoyo a esta teoría, cfr. J. L. LÓPEZ-MUÑIZ, cit., p. 245.

⁽⁴⁷⁾ Idem., cit., p. 245.

caracteres de una libertad pública» ya que el Estado *solo es garante* del ejercicio del derecho⁽⁴⁸⁾.

En el ámbito del eclesiasticismo español, aunque sin demasiados argumentos, los autores se dividen tal y como lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia. Mientras que para González del Valle, el derecho a la elección de centro está en el núcleo de la libertad de enseñanza⁽⁴⁹⁾, para Otaduy forma parte del derecho a la educación, si bien entendemos que desde la perspectiva del haz de facultades que lo amplían hacia la libertad de enseñanza con lo que la distinción entre el derecho y la libertad no queda nítida.

4. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS PRECEPTOS DE LA LOMLOE

Como es sabido, la promulgación de la LO 3/2020, de 29 de diciembre que modifica la LOE (la llamada LOMLOE), ha suscitado numerosas críticas por parte de determinados sectores sociales y educativos⁽⁵⁰⁾. En lo que nos concierne, cabría plantearse quizá la inconstitucionalidad de algunos preceptos por restringir el derecho a la elección de centro educativo.

Como ha afirmado el Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1981, del artículo 27 CE se deriva el principio de no monopolio estatal de la prestación de la actividad de enseñanza de modo que se predica la coexistencia del modelo estatal con el de iniciativa privada.

En línea con lo planteado por el profesor Vidal Prado, la nueva redacción del artículo 109 de la LOMLOE podría vulnerar el artículo 27 CE al eliminar el criterio de la demanda social a la hora de programar la oferta educativa en las enseñanzas obligatorias y gratuitas. Frente a la redacción anterior en la que constaba expresamente la oferta en centros públicos y privados concertados, la nueva redacción suprime el criterio de la demanda social, contemplando únicamente «una oferta suficiente de plazas públicas». De igual modo, el apartado 3 del mismo precepto reza:

«En el marco de la programación general de la red de centros de acuerdo con los principios anteriores, las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de modo que garanticen la existencia

⁽⁴⁸⁾ *Ibid.*, p. 248.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. J. M.^a GONZÁLEZ DEL VALLE, «Libertad de enseñanza...», cit., pp. 1276 y ss.

⁽⁵⁰⁾ Algunas declaraciones de la propia ministro promotora de la Ley, Isabel Celaá, hoy embajadora de España ante la Santa Sede, suscitaron gran polémica como aquellas en la que decía que «no podemos pensar de ninguna de las maneras que los hijos pertenecen a los padres».

de plazas públicas suficientes, especialmente en las zonas de nueva población»⁽⁵¹⁾.

La reflexión de Vidal Prado⁽⁵²⁾ al respecto nos parece de gran lucidez cuando dice que «la ley persigue, en contra de lo dispuesto por la Constitución, abandonar el principio de complementariedad de la oferta estatal y concertada, intentando promover uno de subsidiariedad de la concertada respecto a la de la Administración pública...». Y acaba el autor con una referencia jurisprudencial al respecto de la existencia de los conciertos afirmando que:

«[...] la solución contraria a la que sostenemos [la defensa del concierto] determinaría que la Administración educativa podría ir incrementado plazas en los centros públicos y correlativamente suprimir unidades en los centros privados concertados (a pesar de que la demanda de los mismos se mantenga o se incremente y se cumpla la ratio profesor-alumno) haciendo desaparecer esta necesidad de escolarización y, por dicha vía, derogar el sistema de conciertos previstos por la Ley. Esta consecuencia distorsiona y vulnera el sistema que traza la LOE y violenta el régimen dual que regula y se apoya en el principio de subsidiariedad que la Sala tercera ya ha desautorizado»⁽⁵³⁾.

Para el profesor Beneyto Berenguer, en línea con lo antedicho, la redacción del artículo 109 «denota una clara intención de considerar la [educación] concertada como meramente subsidiaria de la enseñanza pública»⁽⁵⁴⁾, contraria pues a la noción de complementariedad sostenida por los tribunales, especialmente por las SSTS de 24 de enero de 1985 y, más recientemente por la STS de 25 de junio de 2016, en la que la Sala Tercera declara que no resulta de aplicación el principio de subsidiariedad en relación con

⁽⁵¹⁾ Vid., las críticas de la profesora M. Calvo Charro, a la LOE en materia de elección de centro educativo, en *idem* «La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 14 (20026), pp. 81-100. La autora reclamaba de la LOE que la asignación de las subvenciones públicas a los centros privados dependiese de la demanda social, incidiendo en que la realidad demuestra mayor demanda en centros privados que en los públicos. Del mismo modo la oferta también debería responder a igual criterio (p. 91). Critica igualmente la autora la condición de servicio público de la educación porque implica la total estatalización de la misma, imponiendo un monopolio estatal en la materia. También considera la profesora una limitación injustificada al derecho de elección de centro que se prevea únicamente la oferta pública de plazas escolares en las «zonas de nueva población». Y otro aspecto objeto de crítica será la redacción de la Disp. Adic. 25 que otorga preferencia –material y financiera– a aquellos centros que opten por la coeducación frente a otras opciones pedagógicas (p. 93); crítica que alcanzará un grado superlativo –a nuestro entender– con la nueva redacción de la LOMLOE al respecto.

⁽⁵²⁾ Vid. C. VIDAL PRADO, «Una Ley que rompe consensos: La LOMLOE escoge el camino equivocado», *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 35 (2021).

⁽⁵³⁾ *Ibid.*, pp. 6-8.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. R. BENEYTO BERENGUER, «¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?», *Revista CEF Legal*, 255 (abril 2022), pp. 96-97.

la enseñanza privada concertada por ser contraria al espíritu de la Constitución y de la LODE (STS de 18 de enero de 2010).

Por otro lado, la LOMLOE impone la coeducación como método pedagógico obligatorio⁽⁵⁵⁾ tal y como se observa en la redacción del artículo 1 l) que reza:

« 1) El desarrollo de la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el respeto a la diversidad afectivo-sexual y familiar, el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas, la educación afectivo-sexual, adaptada al nivel madurativo, y la prevención de la violencia de género, así como el fomento del espíritu crítico y la ciudadanía activa».

Si este es el haz de la moneda, el envés lo constituye la supresión del apartado 3 del artículo 84 que permitía la opción de la educación diferenciada. Lo mismo puede decirse de la nueva redacción de la Disposición Adicional vigesimoquinta que prohíbe, en los centros sostenidos con fondos públicos la separación por sexos.

Consideramos que, de acuerdo con la jurisprudencia del Constitucional y Supremo españoles, esta «imposición» resulta contraria a la libertad de enseñanza porque en reiteradas ocasiones la educación diferenciada ha sido declarada conforme con la Constitución. Cabe mencionar al respecto la STC 31/2018, que defiende la idea de que el modelo pedagógico de la educación diferenciada forma parte del ideario del centro y que forma parte del contenido esencial de la libertad de creación de centros, de modo 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 cualquier tipo de enseñanza. Por lo 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⁽⁵⁶⁾. De ello se deriva que sería conforme a la Carta Magna cualquier tipo de modelo educativo que contribuya al pleno desarrollo de la personalidad humana siempre, eso sí, con respeto al resto de derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Para el Alto Tribunal, la educación diferenciada no es necesariamente discriminatoria si se cumplen las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos a que se refiere la Convención de 1960, concluyendo que los centros donde se imparta enseñanza de acuerdo con este modelo pedagógico podrán acceder a la financiación

⁽⁵⁵⁾ Cfr., la crítica al modelo de coeducación como único en la escuela pública de M. CALVO CHARRO, *op. cit.*, pp. 86-88.

⁽⁵⁶⁾ *Vid.* STS 26.6.2006.

pública en condiciones de igualdad con el resto de centros educativos cuando se cumplan –eso sí– las condiciones exigidas –para todos– por la legislación ordinaria.

Dicho lo anterior y partiendo de la idea de legalidad de la educación diferenciada establecida ya por textos internacionales como la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza⁽⁵⁷⁾ (ONU de 14.12.1960), la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979 o la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁽⁵⁸⁾, la nueva redacción de la LOMLOE en este aspecto puede resultar contraria a la interpretación que del artículo 27 de la Constitución debe hacerse en atención no solo a tales normas sino a la jurisprudencia constitucional porque excluye de la financiación pública a determinados centros por el mero hecho de incluir en su ideario una opción pedagógica contraria a la que defiende y sostiene –con pretensión de imposición– el Estado⁽⁵⁹⁾.

5. CONCLUSIONES

Del análisis conjunto de las cuestiones analizadas hasta ahora, principalmente desde una perspectiva constitucional, podrían deducirse las siguientes conclusiones:

1. A pesar de que el artículo 27.1 CE integra los conceptos «educación» y «enseñanza», la confusión conceptual ha traído no pocos posicionamientos atendiendo a diferentes aspectos del análisis. A nuestro entender, el término educación es notablemente más amplio que el de enseñanza porque no solo comprende el aprendizaje de conocimientos sino que se coloca en la esfera más íntima de la condición humana, para amparar la transmisión de valores de muy distinta naturaleza, entre los que se encuentran los religiosos y que debe darse –también a nuestro entender– en el ámbito del hogar.

⁽⁵⁷⁾ Art. 2 a): «La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes».

⁽⁵⁸⁾ Artículo 14.3: «Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas».

⁽⁵⁹⁾ Resulta de interés en este aspecto las reflexiones de M.^ª E. GONZALO CIRAC, «El ideario o el carácter propio de los centros docentes: libertad de elección en la educación y en la educación diferenciada, *pro manuscrito*», tesis doctoral dirigida por el prof. Vidal Prado y defendida en la UNED en 2021, pp. 131 y ss. Puede verse en formato pdf en la plataforma *Teseo*, disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-UniEuro-Megonzalvo/GONZALVO_CIRAC_Esperanza_Tesis.pdf [última visita 03.01.2023].

Aunque el Tribunal Constitucional, en los años ochenta del siglo pasado, se pronunció de una forma más bien taxativa en torno a la distinción de ambos conceptos, considerando a la enseñanza como proyección de la libertad ideológica, religiosa y de opinión y a la educación como comunicación de valores morales, filosóficos o religiosos según una ideología, lo cierto es que a nuestro entender, tal distinción –como adelantó Tomás y Valiente– resulta harto complicada, dada la interdependencia de ambos conceptos. No puede haber transmisión de conocimientos –en términos generales– sin transmisión de valores y viceversa. En apoyo de esta teoría podemos citar la STC 133/2010 cuando afirma:

«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 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 miembros[...]».

2. De acuerdo con el análisis de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional españoles, el derecho a la elección de centro puede ser considerado como un derecho de rango constitucional. Si bien es cierto que no se contiene expresamente en la Carta Magna, los tribunales españoles han considerado que adquiere tal rango según la interpretación que del artículo 27 debe hacerse según los Tratados Internacionales suscritos por España, en especial el CEDH y el PIDESyC.

3. Según hemos podido observar, la jurisprudencia queda dividida, *secundum quid*, entre aquellos pronunciamientos que integran el derecho a la elección de centro en el derecho a la educación y los que lo consideran parte del contenido de la libertad de enseñanza.

De acuerdo con la doctrina del Supremo en el año 1985, la elección de centro se coloca en el derecho a la educación. En estas sentencias [...] se deja claro que no existe una identidad entre este derecho y el derecho de los padres a la educación moral y religiosa reconocida en el artículo 27.3 CE. Y siendo esto así, no obstante, hay una conexión entre ambos derechos en la medida en que satisfacen un tercero como es el derecho a que los hijos reciban el tipo de educación que se considere oportuno.

Desde esta perspectiva el derecho a la elección de centro puede considerarse un derecho instrumental que garantiza, a su vez, la satisfacción de otros dos derechos reconocidos nacional e internacionalmente como son el derecho a que los hijos reciban la formación moral y religiosa

según sus convicciones y el derecho a recibir el tipo de educación que habrá de darse a los hijos. El primero de estos derechos sería más restrictivo en su concepción en la medida en que abarca, esencialmente, la enseñanza de la religión y la moral que acompaña a ésta, mientras que el segundo sería más amplio porque incluye las opciones filosóficas, pedagógicas, etc.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha dejado claro, en cuanto al contenido del derecho de elección de centro, que éste abarca la facultad de elegir un centro distinto de cualquier de los creados por los poderes públicos pero, sin embargo, desborda tal contenido tanto la pretensión de elegir un centro en concreto como de eludir centros de educación especial cuando el supuesto concreto se subsumiese claramente en las previsiones legales.

4. Otros pronunciamientos, esencialmente de los años 90 del siglo XX y de 2018, dejan claro que la libertad de enseñanza queda constituida, entre otros derechos por el derecho a la elección de centro así como por el derecho del artículo 27.3 CE. En cuanto al primero se refiere, deja claro la jurisprudencia que incluye la elección de centros públicos o privados.

5. En cuanto a las opiniones doctrinales, como hemos visto, existen igualmente dos teorías en sintonía con las líneas de pensamientos manifestadas por los tribunales. Simplemente unas pequeñas precisiones que creemos interesantes:

5.1. Que nos adherimos primordialmente a quienes consideran al derecho de elección de centro educativo como parte de la libertad de enseñanza. Esencialmente porque, a partir de la idea de la jurisprudencia de que estamos ante un derecho de libertad y no de prestación porque al poder público solo corresponde disponer las condiciones legales y materiales para que la libertad pueda ser ejercida por los titulares de la misma que son, durante la minoría de edad los padres.

5.2. En relación con esta última idea, también consideramos que el foco principal del derecho es la idea de *patria potestas* y no de representación a la que se refiere Embid Irujo. Los padres, como titulares de un deber de cuidado y educación han de proveer lo necesario para garantizar el interés del menor. Pero como el binomio educación-enseñanza es inescindible –y entran en juego los valores morales y religiosos–, la satisfacción del derecho a la elección de centro debe poder ejercer tanto el derecho de que se imparta formación religiosa como que se eduque en contextos filosóficos o pedagógicos de distinta naturaleza.

6. A partir de este contenido del derecho a la elección de centro, se puede concluir que la actual redacción de la LOMLOE, podría conculcar el ejercicio efectivo de tal derecho. Las razones: principalmente la imposición de la coeducación como modelo pedagógico único que, en última instancia no solo dificulta sino que impide –de no adoptarse– el acceso a la financiación

pública a los centros privados que opten por modelos como el de educación diferenciada⁽⁶⁰⁾.

Sería bueno pues, como tantas veces se ha dicho, que en España se adoptase un «gran» pacto por la educación en la que esta no sea un ariete contra el adversario político sino un verdadero instrumento de formación integral del educando, de modo que se concrete la previsión constitucional de que la educación debe contribuir al pleno desarrollo de la personalidad humana.

El afán estatalizador de función educativa en nuestro país por parte de algunos sectores políticos conculca un derecho fundamental de los padres que en instrumento para que los hijos reciban una determinada educación moral y religiosa y el tipo de educación que se desea para la prole. En un país que cada vez mira con más recelo la inculcación de valores religiosos por considerarlos manifestaciones atávicas contrarias a las plenas posibilidades de ejercicio de la libertad, las familias debemos reclamar un ámbito de libertad que nos es inherente y que el Estado no puede usurpar a riesgo de incurrir en la condición de Estado totalitario.

Sería pues deseable que los diferentes grupos políticos hicieran una reflexión sobre el papel crucial que la educación juega en la conformación de ciudadanos libres, críticos y capaces de discernir entre opciones políticas⁽⁶¹⁾. Lo contrario denota una actitud de manifiesta vileza en la que prima el electoralismo, el ansia de poder y la posibilidad de conformar una sociedad adormecida transida por el pensamiento único. El legislador debe tener altura de miras al respecto y garantizar, por encima de todo, el ejercicio de la libertad que se consigue, entre otras cosas, posibilitando que las familias puedan educar a sus hijos conforme a sus convicciones, sean de la naturaleza que fueren, en el marco del respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos.

BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) *et alii*. *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2021.
- BENEYTO BERENGUER, R. «¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?», *Revista CEF Legal*, 255 (abril 2022), pp. 81-110.

⁽⁶⁰⁾ En la conclusión n.º 4 de la tesis doctoral de Gonzalo Cirac, se advierte expresamente: «Si los centros escolares de educación diferenciada cumplen todos los demás requisitos establecidos reglamentariamente para la concesión del concierto escolar, la denegación del concierto por ofrecer educación diferenciada está siendo discriminatoria para con estos colegios, vulnerándose el derecho a la igualdad, pues se les exige un requisito añadido a los exigidos a los demás centros escolares, como es la cesión de parte de su carácter propio». Cfr. M.ª E. GONZALO CIRAC, *El ideario...*, cit., p. 319.

⁽⁶¹⁾ Cfr. CALVO CHARRO, M. «La libertad de elección...», cit., p. 98.

- CALVO CHARRO, M. «La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 14 (20026), pp. 81-100.
- CONTRERAS MAZARÍO, J. M.^a *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.
- DÍAZ REVORIO, F. J. «El derecho a la educación», *Anuario Parlamento y Constitución*, 2 (1998), pp. 276-305.
- DE LOS MOZOS TOUYA, I. *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995.
- EMBID IRUJO, A. «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 31 (1981), pp.653-682.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y 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.
- GARCÍA-PARDO, D. *La libertad de enseñanza la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución española*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.^a «Libertad de enseñanza, libertad de cátedra y libertad académica», *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución española*, vol. 2, Madrid, 1992, pp. 1273-1280.
- GONZÁLEZ-VARAS, A. *Derechos educativos, calidad de la enseñanza y protección jurídica de los valores en las aulas*, Tirant lo Blanch-Universidad de Zaragoza, Valencia, 2015.
- GONZALO CIRAC, M.^a E. *El ideario o el carácter propio de los centros docentes: libertad de elección en la educación y en la educación diferenciada*, pro manuscripto, tesis doctoral dirigida por el prof. Vidal Prado y defendida en la UNED en 2021.
- IVÁN, I. C. «Una opinión sobre la libertad de enseñanza», *Revista de Castilla La Mancha*, 1 (1985), pp. 54-66.
- LORENZO, P. *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución española*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ BLANCO, A. «Libertad de enseñanza y enseñanza de la religión», *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución española*, vol. 2, 1992, pp. 1281-1296.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. «La educación en la Constitución española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)», *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 6 (1979), pp. 215-294.
- OTADUY GUERÍN, J. *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, Eunsa, Pamplona, 1985.
- SÁNCHEZ ÁGESTA, L. *Sistema político en la Constitución de 1978*, Editorial nacional Cultura y Sociedad, Madrid, 1980.
- SOUTO GALVÁN, B. «El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17 (2011), pp. 245-268.
- SOUTO PAZ, J. A. «El derecho a la educación», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1 (1992), p. 23-38.
- VIDAL PRADO, C. *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, 2017.
- VIDAL PRADO, C. «Una Ley que rompe consensos: La LOMLOE escoge el camino equivocado», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 35 (2021).

VILLAMOR, P. «La libertad de elección en el Sistema Educativo: El caso de España», *Encounters of Education*, 8 (2007), pp.173-199.

ZUMAQUERO, J. M. *Los derechos educativos en la Constitución de 1978*, Eunsa, Pamplona, 1984.