



FACULTAD DE DERECHO

LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN RELACIÓN CON LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO

Contenido y límites del derecho reconocido en el artículo 27
de la Constitución Española.

Juan Francisco Fernández y Zarza Asensio

5ºE-3 B

Derecho Constitucional

Federico de Montalvo Jaaskelainen

Madrid
Junio 2018

Contenido

1.- Introducción	3
2.- La Ideología de Género	6
3.- El Artículo 27 de la CE	12
3.1- Su contenido	12
3.2.- La jurisprudencia reciente sobre el derecho a la libertad de enseñanza	26
4.- La Situación Jurídica de la Ideología de Género en España.	34
5.- Conclusiones	39
6.- Bibliografía	41
6.1.- Libros	42
6.2.- Artículos:	42
6.3 Páginas Web:	43
6.4 Legislación:	43

Resumen: La ideología de género es una corriente de pensamiento que tiene una visión de la sexualidad basada en el existencialismo, el marxismo y la deconstrucción del género tradicional, y ha experimentado un auge en los últimos años consiguiendo incluso un amplio apoyo institucional que ha llevado en no pocas ocasiones a introducir algunos de sus elementos en la educación básica obligatoria, frente a esto tenemos la libertad de educación consagrada en el artículo 27.3 CE que permite a los padres elegir la educación moral y religiosa que quieran para sus hijos. En esta materia de la ideología de género y dado que existe toda una normativa que implica que una limitación a esa ideología proscribiéndola del ámbito de la educación pública no sería discriminatoria para las personas que la profesan nos lleva a afirmar que es legítimo el ejercicio de esa libertad en forma de objeción de conciencia cuando existe una intromisión ilegítima del estado imponiendo la ideología de género.

Palabras Clave: Derecho Constitucional, Constitución Española, Libertad de Educación, Pleno Desarrollo de la Personalidad, Identidad de Género, Ideología de Género, Transexualismo, Feminismo, Objeción de Conciencia, Identidad Sexual.

1.- Introducción.

En el artículo 27 de nuestra ley fundamental, se recogen todas las facetas del denominado derecho a la educación y libertad de enseñanza; este artículo, en el que nos centraremos en la presente investigación, reviste una importancia capital en una sociedad democrática y de derecho, no sólo por el papel fundamental que la educación tiene en el desarrollo de los individuos sino también al considerar la educación como herramienta a través de la cual construir, dar forma, a esta sociedad. Mediante la educación se transmiten una serie de conocimientos técnicos que son cruciales para el desarrollo intelectual y cultural de los individuos, y también se transmiten un conjunto de valores y de principios que culturalmente se asumen como aquellos sobre los que se cimenta una sociedad que consagra la democracia, la libertad y el pluralismo político como sus principios fundamentales, ya que sin estos principios la construcción social sería imposible al no compartir los individuos que la conforman un acervo común de valores que respeten o que por lo menos conozcan y que articulen la deseable convivencia democrática. La cuestión que aquí trataremos de dilucidar en relación con la educación presenta una especial complejidad, dada, no sólo, su elevada sensibilidad social sino también su incardinación necesaria en la propia identidad del individuo al tratarse nada menos que de la identidad sexual.

Estamos, por lo tanto, tratando en el presente estudio la intersección entre dos realidades cruciales tanto para el individuo como para la sociedad en su conjunto, lo que justifica el interés de la investigación. Por un lado la concepción expuesta de la educación como herramienta fundamental a través de la cual se construyen las sociedades y no sólo sus integrantes, porque la transmisión de los valores, tal y como está concebida la educación en nuestro país, no sólo se limita al ámbito doméstico, si no que se produce también y necesariamente en el seno de las aulas (muestra irrefutable de ello es el propio artículo 27.2: "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales"), con lo que debe existir un conjunto de valores, de creencias comunes o por

lo menos comúnmente aceptadas que sean aquellas que estructuren nuestras sociedades, independientemente de que en el ejercicio de la libertad individual cada uno de los agentes decida realizar una reflexión crítica sobre los mismos, que necesariamente habrá de hacerse en el contexto y en el seno de unos parámetros democráticos (demostrándose así la importancia de que estos principios sean transmitidos en el periodo educativo).

Por otro lado, la otra realidad que abordamos, es la identidad de género, término *conflictivo* y de una complicada definición técnica, incluso acudiendo a sus ideólogos y sus máximos defensores, como tendremos ocasión de analizar. La importancia radical de esta identidad se debe a su dimensión fundamental en la construcción de los individuos; lo que tradicionalmente se viene entendiendo como *sexo* (concepto que aún se maneja en determinados ámbitos sociales y círculos de pensamiento), se ha visto sociológicamente desplazado por el término *género*¹. Decimos sociológicamente porque esta sustitución terminológica responde a una intención ideológica que aboga por modificar el paradigma de comprensión de la realidad sexual del individuo, tratando de vaciar de contenido a la realidad determinada biológicamente para dársela a la construcción social del género, pudiendo de esta manera el individuo decidir, o de alguna manera elaborar, su propia identidad con una plena libertad. Lo conflictivo de esta situación no radica, como podría parecer, en el ejercicio de esa libertad por parte del individuo que pretende activamente construir lo que considera como su identidad de género, sino en la concepción de toda esta corriente de pensamiento que elabora el concepto de identidad de género. Dicha corriente ha sido tradicionalmente definida como *ideología de género*, desde que Robert Stoller² definiera el género como la conciencia de ser masculino o femenino. Dado que sus postulados, sus principios más elementales, nacen de corrientes de pensamiento e ideológicas³, es preciso analizar al amparo de la libertad de educación constitucionalmente recogida, el tratamiento que esta corriente de pensamiento merece en el seno del sistema educativo español, ya que las problemáticas y los conflictos son evidentes. Por un lado hay que conjugar las diversas sensibilidades identitarias que están socialmente extendidas, con la capacidad que los padres, educadores e instituciones educativas tienen a la hora de decidir con respecto de su libertad ideológica y religiosa; sobre cómo son transmitidos los conocimientos a sus hijos y

¹ APARISI, A., *Ideología de género: de la naturaleza a la cultura.*, Persona y Derecho, 61 (2009), p. 170

² STOLLER, *Sex and Gender*, 2009

³ GONZÁLEZ, A.M. , "Género sin ideología", *Nueva Revista*, 124 (2009), p 33-34

alumnos. Por otro lado, hay que saber mantener el equilibrio entre los valores democráticos y la construcción personal conforme a los principios o valores que se consideren como deseables. Este intento por mantener y amparar ambos derechos es el objetivo de este trabajo, en un intento por dilucidar cuáles son los límites constitucionales de la libertad de educación, y hasta qué punto podemos aceptar que existan una serie de ideologías o de corrientes de pensamiento que sean contenido obligatorio de los planes de estudios, y que no puedan ser cuestionadas o puestas en duda, pues en ese caso, conformarán de manera necesaria parte indisponible e incuestionable de los valores que consideramos como democráticos.

Definido el objetivo de este trabajo, su interés desde un punto de vista jurídico parece indudable, pues estamos en un momento en el que el artículo 27 de nuestra Constitución se encuentra en desarrollo jurisprudencial dada la progresiva mayor implicación que los padres demandan en la educación de sus hijos: muestra de ello es la célebre STC 133/2010 del 2 de diciembre, más coloquialmente conocida como del “*home schooling*”, por lo que estimamos que resulta necesario terminar de delimitar el contenido de este artículo. Por otro lado, la identidad de género se ha convertido en un tema fundamental en la concepción del individuo contemporáneo y lo multidisciplinar de su contenido obliga a realizar un enfoque igualmente amplio del tratamiento de la cuestión, que indudablemente tiene grandes y profundas implicaciones jurídicas. Con este objetivo claro y definido, la metodología a seguir y la estructura de la presente investigación se componen de un análisis de la doctrina y de la jurisprudencia relativa al artículo 27 de la Constitución Española y de su conexión con la legislación internacional que suponga de obligado cumplimiento para España y de esta manera conseguir, como mencionábamos anteriormente, delimitar el contenido de dicho artículo. Posteriormente se realizará un análisis del status quo de la ideología de género, y más concretamente de la transexualidad; desde un punto de vista jurídico, se tratará de definir la realidad en atención a la abundante literatura existente sobre la materia, para posteriormente, una vez estudiado el fenómeno, alcanzar algún punto de conexión entre la realidad educativa y esta ideología y su manifestación a través de la transexualidad para ser capaces de extraer alguna conclusión jurídica relevante sobre los derechos existentes, amparados y su extensión.

2.- La Ideología de Género

Hay que partir en este punto, como ya apuntábamos en la introducción, a comprender la realidad objeto de estudio, que no es otra cosa que ser capaces de entender qué es la ideología de género, y por qué esta ideología ha cobrado tanta relevancia en el paradigma sociocultural occidental contemporáneo. Esta comprensión debe ir de la mano con el análisis de las realidades jurídicas afectadas por esta ideología, pues no podemos quedarnos en un mero análisis antropológico de la cuestión, ya que las implicaciones jurídicas de un cambio tan fundamental en la concepción humana necesariamente mostrará sus ecos en el derecho que, como manifestación humana y ciencia social que es, debe representar una realidad social, o por lo menos debe hacer valer su función de herramienta para estructurar a las sociedades. Lo que con esto queremos decir es que resulta innegable que la ideología de género es una realidad extendida en nuestra cultura, que va calando de manera imparable y progresiva, muchas veces a causa de una incultura generalizada acerca de su contenido y de sus significaciones; otras veces también lo hace como consecuencia de un desconocimiento básico de los factores biológicos. Esto desde nuestro punto de vista, y como a lo largo de este apartado argumentaremos sobradamente, resulta especialmente pernicioso a nivel social, y justifica que deban elaborarse una serie de mecanismos de raíz constitucional que permitan, a todos aquellos que legítimamente se encuentran posicionados en contra de la aceptación de esta ideología como propia, protegerse de su expansión y, lo que es más importante debido a su especial vulnerabilidad, proteger a sus hijos de la difusión de unas ideas o de unas formas de pensamiento que adolecen de un relativismo lo suficientemente idóneo para resultar disolventes de la identidad individual. Todo ello se hace en consideración del Artículo 3.2 de la Convención de los Derechos del Niño, que nos habla de defender su superior interés, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres. Sobre los derechos de los padres a este respecto hablaremos en el capítulo siguiente, y sobre el interés superior del niño es conveniente precisar que los niños son personas con una formación inacabada, es decir, que no presentan la capacidad crítica suficiente para digerir determinados conceptos o realidades complicadas; situación esta que, a nuestro entender, les hace especialmente vulnerables en cuestiones tan fundamentales para la construcción identitaria como es el género. Aun cuando se asuman los postulados de la ideología de género, al respecto de que

éste es enteramente una construcción social apartada de cualquier sustrato biológico⁴, resulta evidente el efecto cultural que tendrá la transmisión de una ideología de este estilo en un niño, a pesar de la firme oposición de sus padres a que se haga, lo cuales, como ya veremos, tienen un derecho constitucionalmente reconocido a decidir sobre esta cuestión.

Una cuestión que podría traerse aquí a colación, pero que resulta fácilmente refutable, es que esta veda que debe hacerse de la ideología de género en materia educativa, dificultará la integración y la situación legal de las personas que construyen su identidad en base a esta ideología; pero nada más alejado de la realidad, cuando podemos citar a modo de ejemplo leyes como la Ley 13/ 2005 (matrimonio entre personas del mismo sexo), la Ley 14/ 2006 (Filiación de la madre no biológica que ha contraído matrimonio con la biológica) o la Ley 3/ 2007 (Rectificación registral relativa al sexo de las personas), y la Ley 3/ 2016, contra la LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación Sexual en la Comunidad de Madrid, en la que profundizaremos luego. Dado a modo de ejemplo este marco legislativo, añadido a la defensa contra la discriminación que ya rige nuestra constitución en su artículo 14, podemos afirmar que en ningún caso puede hablarse de desprotección para las personas que asumen la ideología de género para construir su identidad sexual, mientras que sí existe una progresiva desprotección de todas esas personas que, en ejercicio de sus derechos constitucionalmente reconocidos, deciden de manera legítima no aceptarla.

Para conocer mejor el fenómeno al que nos enfrentamos, vamos a proceder a hacer un breve análisis histórico de cuál ha sido el origen y el proceso de desarrollo de la ideología de género, como ya adelantábamos en la introducción. La primera utilización de este término la tenemos en Robert Stoller. Aunque hace referencia a una realidad psicológica de la percepción que se tiene de ser hombre o mujer⁵, este concepto fue recuperado por las primeras feministas que buscaban la *“liberación de la mujer”* como Simone de Beauvoir o Betty Friedan⁶, y también por otras como Ann Oakley, para las cuales en base a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer se construían una serie de arquetipos que daban lugar a la situación de opresión de esta última. Por ello, para estas autoras la diferencia entre sexo y género era el mecanismo que debía conducir a la liberación, pues si el

⁴ Op. Cit. PALAZZANI, L., *Identità di genere? Dalla differenza alla in-differenza sensuale nel diritto*, Edizioni San Paolo, Milano, 2008, pp. 31 y ss

⁵ STOLLER, Robert J. *Sex and Gender*, vol. 1. New York: Science House, 1968, vol. 1976.

⁶ ELÓSEGUI, M. *Diez Temas de géneros*, EIUNSA, Madrid 2002, p. 31

sexo quedaba proscrito y triunfaba el género como factor diferenciador -en tanto en cuanto este último es una cuestión social-, a través de la deconstrucción de este podían destruirse los arquetipos que perpetraban la situación de opresión sobre las mujeres. El máximo exponente de estos planteamientos es la famosa frase de Simone de Beauvoir, “la mujer no nace, se hace”⁷. Esta realidad, como defiende Ángela Aparisi⁸, encontró su primer sustento científico con el psicólogo neozelandés John Money, que fue el primero en introducir el término “*gender*” en la psiquiatría para hablar precisamente de identidad de género; lo cual, sin embargo, entendemos que en ningún caso desvirtúa el carácter meramente ideológico de esta disciplina. Aunque loables, los esfuerzos de Simone de Beauvoir por erradicar el sexo y el condicionamiento biológico de la identidad sexual del individuo no han logrado una aceptación generalizada ni una plasmación más que anecdótica en el ámbito científico, pero se sigue considerando que la determinación biológica es crucial, y se sigue pensando que esta debe tener una plasmación en la legislación, al menos en la inmensa mayoría de la doctrina jurídica. No obstante, como ya hemos visto, en el sistema jurídico español se empieza a considerar relevante el estado mental por encima de la determinación biológica, al aceptar el cambio registral del sexo en base a criterios psicológicos, a diferencia de lo que ocurre en otros países, como Reino Unido, y en concordancia con las tendencias que en esta materia empiezan a seguirse en la mayor parte de los países de la Unión Europea.

De lo que aquí se trata es de ahondar en la justificación de que esto es, sin lugar a dudas, una ideología, y que por lo tanto debe ser estimada como tal. A todos los efectos legales en materia de educación, puede considerarse -en base a los criterios personales, morales y religiosos- que esta sea una ideología más o menos útil, positiva o beneficiosa para la realidad, pero esto no es materia de estudio por parte de la realidad jurídica, sino por otras ramas de las humanidades. Para caracterizar esta como una ideología, no nos hace falta más que acudir, como ya hemos hecho y seguiremos haciendo, a algunos de sus autores más reconocidos a este respecto, como pueden ser Michel Foucault o Shulamith Firestone, pues en ellos encontramos la clave para poder calificar, a efectos jurídicos, esta realidad como una ideología. En sus escritos queda patente que, independientemente de las disquisiciones que

⁷ DE BEAUVOIR, S., *El segundo sexo* (traducción de Pablo Palant), siglo Veinte, Buenos Aires, 1962

⁸ APARISI, A., *Ideología de género: de la naturaleza a la cultura*, Persona y Derecho, 61 (2009)

se puedan hacer sobre si el género es o no una construcción social⁹, se trata de un tema complicado desde un punto de vista antropológico. Lo que es sin duda ideológico es considerar que el género es opresivo¹⁰; es decir, la carga negativa que se pone sobre el género, es lo que introduce un elemento meramente valorativo por parte de los defensores de esta ideología, y como elemento valorativo es esencial y fundamentalmente subjetivo, y por lo tanto, de una indudable naturaleza ideológica. Es cierto e innegable que existen diferencias en la sociedad, diferencias que en algunos casos son fundamento de desigualdad; ahora bien, el derecho, desde sus inicios, se ha fundamentado en la idea de justicia, es decir, en dar a cada uno lo que le corresponde (nos estamos aquí remitiendo a Ulpiano) no se trata, pues, de modificar la realidad para que las desigualdades desaparezca, pues no es labor de las ciencias sociales modificar la realidad para hacer desaparecer las diferencias, sino equilibrar las diferencias cuando las mismas producen desigualdades indeseables en materias de derechos y oportunidades. Por eso la legislación en materia de género ha ido dirigida a conseguir una igualdad material entre los hombres y las mujeres en todos los ámbitos laborales, sociales y políticos, y no en la consideración indiferenciada del género, pues la existencia de desigualdades no es algo intrínsecamente bueno, ni malo, simplemente es, y cualquier movimiento que aspire a que lo que es deje de ser, no puede sino ser entendido como una ideología. Interesante resultan a este respecto las precisiones que Ana Marta González¹¹ realiza, argumentando que, en definitiva, la ideología de género es una ideología igualitarista, que se basa en el hecho de que la diferencia es en sí negativa, lo cual nos lleva a la consecuencia intrínsecamente negativa de perder la complejidad social que se encuentra detrás de la diferencia.

Podría decirse, alcanzado este punto de desarrollo, que la posibilidad, o de hecho ya la certeza justificada, de que lo que estamos estudiando en este apartado constituye una ideología, no significa, como decíamos al principio, que esa ideología vaya a resultar

⁹ "Al teorizar que el género es una construcción radicalmente independiente del sexo, el género mismo viene a ser un artificio libre de ataduras. En consecuencia, varón y masculino podrían significar tanto un cuerpo femenino como masculino; mujer y femenino, tanto un cuerpo masculino como uno femenino" BUTLER, J., *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, cit., p.6.

¹⁰ "Differentiation need not lead to stratification, but under patriarchy it does and must. Men want very much to attain membership in the community of men, in order to attain both individual identity and social privilege, even at great psychic pain. Patriarchal society depends upon the proper engendering of persons, since gender is one of the bases of social organization" FLAX, J. *Political Philosophy and the Patriarchal unconscious: a psychoanalytical perspective on epistemology and metaphysics*, cit., p. 246.

¹¹ GONZÁLEZ, A.M. , "Género sin ideología", *Nueva Revista*, 124 (2009), p 33-34

perniciosa o contraria a los intereses del niño; a este respecto, consideramos que si somos capaces de probar que existe una duda razonable sobre la posibilidad de que las diferencias de género entrañen un beneficio para la sociedad, probaremos que existe al menos un beneficio social que desaparecería si se asimila de forma absoluta, completa y uniforme la ideología de género por parte de la sociedad. Seguimos sustentando estas reflexiones, como hacíamos antes sobre Ana Marta González¹², pues como ella misma dice, existen diferencias entre los distintos sujetos de una sociedad, pero muchas veces esas diferencias nos generan un valor añadido; es evidente que entre el hombre y la mujer existen diferencias biológicas, que entre otras múltiples cuestiones permiten la perpetración de la especie, es decir, gracias a que hay un sexo masculino y femenino existe la posibilidad de procrear y preservar la especie humana. Si se diera, de una forma generalizada, una indistinción entre hombres y mujeres, al asumir que la maternidad limitada al sexo femenino es una imposición social opresiva, y que los hombres también pueden ser sujetos agentes de la maternidad, estaríamos cayendo en un disparate biológico evidente, máxime cuando se sabe y se constata que los tratamientos de cambio de sexo conducen irremediabilmente a la esterilidad¹³; por lo que hay realidades biológicas exclusivas del sexo femenino, como son la gestación, que en ningún caso pueden realizarse por personas del sexo masculino. Creemos, por tanto, que estamos hablando de un beneficio lo suficientemente valioso para el conjunto de la sociedad como para que se justifique el hecho de que el género sigue cumpliendo una utilidad social cuando viene alineado con el sexo y que, por esta razón, la adopción generalizada de esta ideología limitaría este beneficio de indudable utilidad para el género humano; es por ello que un juicio de universalidad sobre la misma no sería aceptable. Lo que sí podría serlo es la posibilidad de oponerse a los dogmas de dicha ideología, si se piensa que los beneficios a los que renuncia son irrenunciables.

Esta argumentación, sólo terminará de estar completa, cuando probemos que los supuestos beneficios que nos trae la ideología de género, no se consiguen ni exclusivamente a través de ella, ni completamente a través de ella; de esta manera, si tenemos una ideología que nos trae una serie de perjuicios inaceptables por un amplio sector de la población y una serie de

¹² Ib. Idem.

¹³ ESTEVA DE ANTONIO, I. et al. *Disforia de género en la infancia y la adolescencia: atención sanitaria en España* BARTOLOMÉ TUTOR, A., Menores e identidad de género: Aspectos sanitarios jurídicos y bioéticos, Sepin, Madrid, 2017 p. 37 y ss

beneficios que no se consiguen de forma exclusiva a través de esta ideología, contamos aún más con una justificación clara de porqué es legítimo el no aceptar esta ideología y solicitar que la misma no sea expuesta en los centros educativos y que no forme parte de currículo de la educación obligatoria. Se supone que dicha ideología, a través de la deconstrucción del género, va a acabar con las diferencias negativas que sustentan los roles de género y que se han venido perpetrando a lo largo de los años; o es eso lo que justifica la existencia de esta ideología en los textos sobre el género de las primeras feministas a las que nos referíamos anteriormente. Pero este es un problema que no se debe a la diferencia entre sexos: para la ideología de género la dominación es una consecuencia ineludible de que existan diferencias entre géneros y que, por lo tanto, la eliminación de las diferencias es el único camino para solventar esas diferencias indeseables e injustas. Esto no solamente peca de ingenuidad en tanto en cuanto confunde la causa con la consecuencia, es decir, el que busca perpetrar una situación de dominio y tiene fuerza para hacerlo, la perpetra y posteriormente busca la causa que legitime *ad extra*, esta situación, por lo que no es la diferencia entre sexos la causa de la dominación, sino que precisamente los que han dominado han atribuido a esta diferencia la causa de su dominio y su eliminación artificial, cuando pervive la supuesta causa biológica que causa la verdadera situación de dominación, no soluciona absolutamente nada. Por otro lado y como ya exponíamos anteriormente, de esta parte se contempla un remedio que ha probado históricamente su eficacia y cuyas consecuencias son palpables en las sociedades contemporáneas; de esta parte, se defiende la legislación que consigna una igualdad formal y retributiva entre hombres y mujeres y cuyas consecuencias se van filtrando progresivamente en la mente colectiva hasta modificar el paradigma mental de los ciudadanos, porque cuando el que perpetra la situación de dominio por encontrarse en una situación de desequilibrio en la que ostenta el poder, pierde ese poder, no puede seguir perpetrando dicha situación de dominio con lo que la misma desaparece.

De esta manera consideramos que con este análisis de los orígenes y de lo que la ideología de género comporta y supone¹⁴, nos deja claro de manera evidente no sólo su carácter

¹⁴APARISI, A. *Ideología de Género: De la naturaleza a la cultura*. Persona y Derecho, 61 (2009) p. 181: “En los últimos años se ha evolucionado, progresivamente, de las teorías de género, a las que podríamos denominar de “multigénero”, “postgénero” o “transgénero””. Superando las dualidades sexo/género y masculino/femenino, se entiende que la identidad de género no es algo estático, sino abierto y dinámico. Ciertamente, en sus extremos se encuentran las categorías de masculino y femenino, homosexual y heterosexual. Sin

ideológico sino también su carácter contingente al menos en cuanto a que comporta perjuicios y beneficios de diversas clases e intensidades y que, por lo tanto, en base a los derechos constitucionales que a continuación se exponen y desarrollan, resulta completamente legítimo plantear una oposición a la misma en base al ejercicio de la libertad de educación del artículo 27.3 CE, pues sus beneficios pueden ser insustanciales para algunos miembros de la sociedad y sus perjuicios inasumibles para esos mismos individuos, y no se les pueden imponer los segundos ni privar arbitrariamente de los primeros sin incurrir en una situación no sólo contraria a nuestra Constitución sino injusta en todos los términos.

3.- El Artículo 27 de la CE.

3.1- Su contenido:

Procedemos con el análisis del contenido del precepto constitucional, análisis para el que no basta la mera lectura de lo que dice su articulado, sino que es necesario un estudio de lo que la doctrina ha venido entendiendo tradicionalmente como su contenido.

Para realizar esta tarea hemos creído importante, a fin de contextualizar la cuestión y dado que este estudio se inspira, como argumentábamos en la introducción, en la concepción social de la educación, realizar una análisis muy breve de la historia constitucional reciente, en el ámbito español, a fin de conocer la formulación que este derecho de libertad de enseñanza ha tenido en esos textos:

En la Constitución de la Segunda República del 9 de diciembre de 1931, no existía como existe hoy un reconocimiento expreso de la libertad de enseñanza; el ámbito de libertad se encontraba circunscrito a la libertad de cátedra contenida en el artículo 48 del texto, junto a la que se formula la libertad de establecimientos religiosos en el artículo 49 para lo que sería precisa la Ley de Instrucción Pública con el objetivo de establecer: *“las condiciones en las que se podrá autorizar la enseñanza en los centros privados”*. A este respecto y para comprender la concepción que de la libertad de educación se tenía en la República Española, son relevantes las palabras pronunciadas por Álvaro de Albornoz -miembro del Partido

embargo, existen múltiples posiciones intermedias, flexibles y diversas, entre las cuales puede oscilar un individuo a lo largo de su existencia.”

Republicano Radical Socialista- en las que deja intuir que la libertad de educación no es en sí un valor o un derecho propio de un estado democrático si no “*una bandera clerical*” al concebir el diputado la educación como una herramienta para construir la conciencia nacional¹⁵. De esta manera podemos observar de qué manera durante la II República no se daba amparo a lo que hoy reconocemos como libertad de enseñanza, al no considerarse como un principio liberal, si no como un precepto clerical; afortunadamente, esta concepción tan limitada de la libertad de enseñanza fue superada durante la elaboración de la Constitución de 1978, ya que a día de hoy parece innegable que el derecho constitucionalmente recogido sí ampara lo que podríamos considerar un derecho fundamental, y es que no sólo lo es en el ordenamiento jurídico español, sino que también viene recogido en el Artículo 14.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o en el artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; se reconoce la existencia de este derecho, ya que todas estas comunidades internacionales de las que España forma parte, tienen en común la aceptación del paradigma político democrático como fundamento de su naturaleza y funcionamiento, y en esa forma de entender el poder y el estado, es fundamental la construcción del pensamiento crítico que permita al ciudadano ejercer sus derechos políticos con conocimiento y con formación, para lo que resulta fundamental la educación. Ahora bien, en la construcción de ese pensamiento crítico resulta también crucial la intervención de los progenitores, en tanto en cuanto estos tienen el deber de contribuir a la educación de sus hijos con su comportamiento y predisponiendo los medios necesarios para que accedan a una educación de la mejor calidad posible; pero también tienen el derecho de que sus hijos reciban una educación acorde a sus principios, lo cual no puede ser considerado como adoctrinamiento ni como falta de entendimiento, o de tolerancia democrática. Una unidad familiar que adopta unos principios en torno a los cuales dirige su vida, lo hace porque acepta y entiende que esos principios son los mejores por los que un individuo puede regirse. Ejemplificaremos esto con una familia cristiana: en España (sin necesidad de entrar en la justificación de esta realidad, pues es algo aceptado por la totalidad de la comunidad jurídica) existe libertad de culto, es decir, que

¹⁵ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 9 de octubre de 1931, tomo III, Madrid.1933, pp. 1563-1564. Citado en: GÓNZALEZ ORFANEL, G., Derecho a la educación y libertad de enseñanza. Naturaleza y Contenido (Un comentario bibliográfico), Revista española de derecho constitucional, nº 7, 1983, pág. 414. [online]

cada individuo tiene la libertad de profesar la fe que considere oportuno; tal familia cristiana lo es porque considera que el cristianismo posee y transmite una serie de mensajes y de valores que son positivos para el desarrollo personal del individuo y para su desarrollo en sociedad. Si estos padres creen que estos valores son los mejores, o al menos, que son unos valores válidos para la vida de sus hijos, es legítimo, en una democracia, que aspiren a que sus hijos sean educados conforme a esos valores, pues si algo caracteriza a las democracias es la libertad para conformar la propia ética, siempre y cuando se acepte respetar los principios democráticos de libertad, igualdad y justicia, que en ningún caso entran en conflicto con la libertad de enseñanza tal y como venimos caracterizándola hasta ahora.

Después de la II República, el franquismo, como sabemos, careció de una constitución estricto sensu, entendida como norma escrita aprobada por un parlamento constituyente en nombre del pueblo o de la nación, con el objeto de regular los poderes del Estado y de reconocer y garantizar los derechos individuales¹⁶. Lo que hubo, en su caso, fue un conjunto de Leyes Fundamentales que fueron aprobándose a lo largo de la duración del régimen, hasta completar un total de seis textos de una ideología contraria a la liberal. No obstante, en el artículo 5º del Fuero de los Españoles (1945) se dice: *“Todos los españoles tienen el derecho a recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlos, bien en el seno de su familia o en centros privados o públicos..”* y en el Punto IX de la Ley de Principios del Movimiento Nacional se dice: *“Todos los españoles tienen derecho... a una educación general y profesional que nunca podrá dejar de recibirse por falta de medios materiales...”*, por lo que, analizadas las referencias legales, se puede una vez más afirmar que no existía constitucionalmente recogido ningún derecho de libertad de enseñanza, lo cuál resulta coherente con un régimen político que se caracterizaba por defender, promover y acoger la religión católica como religión oficial del estado, que debía ser por lo tanto la religión de la ciudadanía. Por lo que resulta lógico asumir que, en un gobierno de estas características, no existiría o no fuera reconocida la posibilidad de asumir una educación diferente de estos valores.

El artículo 27 de la Constitución, en el que centraremos nuestro estudio, es un artículo amplio y polifacético, que es el producto lógico del carácter político de la España de la

¹⁶ GIMÉNEZ MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL., *“Las leyes fundamentales y la construcción del ‘constitucionalismo cosmético’ franquista”* GLOSSAE, European Journal of Legal History, nº 12 (2015) Valencia, España. P 382.

Transición. En este artículo podemos apreciar las diferentes inspiraciones ideológicas y de pensamiento de los principales grupos políticos de aquella época; estas pretensiones se encuentran plasmadas en el texto del artículo pero presentan una inherente tensión en su contenido, entre aquellos que entienden la educación como una prestación, los que lo analizan como una libertad propia de una democracia liberal, los que aprecian en él un sustrato social propio de una democracia social y los que ven en su redacción una obligación de garantía por parte del estado. Para autores como Canosa Usera¹⁷ se trata de un artículo prolijo y ambivalente que es reflejo del difícil consenso constituyente, producto, sin lugar a dudas, de las tensiones antes mencionadas; esta ambivalencia y prolijidad han conducido a un amplio debate doctrinal y han suscitado, como podremos comprobar, una muy extensa jurisprudencia al respecto, pues resulta complicado, aún a día de hoy, precisar el contenido del mencionado artículo, y por ende los derechos y libertades que ampara, así como delimitar -de una manera que resulte coherente con el contenido pleno de la Constitución- la extensión de los mencionados derechos y libertades, y, de su contraparte necesaria, los deberes.

En el análisis del contenido de este artículo en el que nos centraremos ahora, nos dedicaremos a realizar un estudio de lo que la doctrina ha establecido sobre este artículo, con el objetivo de tener claras, si es que existen, las características fundamentales del mismo y conectarlo -como precisa el artículo 10.2 de la Constitución con todos aquellos textos internacionales en los que España es parte- para proceder, por nuestra parte y una vez analizada su doctrina, a dar una definición de lo que creemos que a día de hoy es este artículo 27 de la Constitución y a comprobar si coincide con lo que un artículo que ampara la libertad de enseñanza debería ser. A efectos del objetivo de esta investigación, que tiene un objetivo claro que ya fue expuesto en la introducción, nos dedicaremos a hacer un análisis en profundidad del artículo 27. 3; de este apartado en particular, porque recoge y formula la libertad de enseñanza, haciendo conexión con el resto de apartados del artículo sólo cuando sea necesario para precisar su contenido o para demostrar las tensiones a las que se encuentra sujetas.

¹⁷ CANOSA USERA, R., Sinopsis artículo 27 (2003), Actualizada por GONZÁLEZ ESCUDERO, A., (2011) página www.congreso.es. [última consulta 14/03/2018]

“Los poderes públicos garantizarán 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”, es lo que el artículo 27.3 expresamente enuncia. A simple vista y para un sector de la doctrina como Oscar Alzaga, Antonio Embid Irujo o José Ortiz, este artículo tiene un carácter de libertad, es decir, debe entenderse como una libertad de actuación y no como un derecho, mientras que para otro sector doctrinal, el término *garantizar*, supone una evidente intención por parte del legislador de conceder un derecho a que esa situación se produzca de facto; entre ellos encontramos a Francisco Garrido Falla, Carlos Corral o José Puente Egido. Esta discusión aparentemente estéril en tanto en cuanto una libertad, al estar reconocida, se configura como un ámbito de actuación libre de injerencias que permite a los padres el ejercicio de una actividad educativa conforme a sus ideales, es mucho más compleja de lo que aparentemente podríamos pensar, y es que, como hemos comprobado recientemente con la jurisprudencia que analizaremos en el artículo siguiente, el principal problema que ha sufrido este artículo al ser concebido como una libertad y no como un derecho, ha sido que el análisis jurisprudencial se ha centrado en si existía una injerencia por parte de algún agente en el ámbito de libertad de los padres en el terreno moral y religioso, y no, como debería, si de facto dadas las condiciones educativas impuestas por el Estado, era posible que esa libertad se llevara a cabo. Si existe una libertad, para afirmar que esa libertad no se ha visto vulnerada de forma inconstitucional, basta con probar que no existe una injerencia suficiente para impedir el ejercicio de esa libertad. Sin embargo, si existe una garantía que permite el ejercicio de una decisión, no sólo basta con probar que no hay una injerencia suficiente para desnaturalizar el ejercicio de la libertad, sino que para ver amparado ese derecho, tiene que existir una actividad positiva por parte del Estado garante que permita en el plano material, y no sólo en el formal, que esa libertad se lleve a cabo. A este respecto consideramos de especial relevancia (y la citamos en este apartado y no en el siguiente, porque nos referimos a la delimitación del contenido y no al conflicto jurisprudencial) la STC 5/1981: en primer lugar, se reconoce por parte del Tribunal que es necesaria una neutralidad, una neutralidad que debe predicarse de los centros docentes de carácter público¹⁸, para garantizar a los

¹⁸ STC 5/1981, de 13 de febrero: *En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*

padres que sus hijos reciban una educación conforme a sus principios morales, entendiendo este derecho como una abstención docente alejada de cualquier clase de adoctrinamiento que pudiera interferir en la conformación moral y religiosa que los padres quisieran para sus hijos. Más adelante, en la misma sentencia se reconoce la formulación del mismo como un derecho¹⁹ que, para Canosa Usera²⁰, se formula como un derecho de libertad. Entendemos que esta es una posición que considera que ese derecho se formula como una de las múltiples facetas de la libertad; este problema de si es un derecho o una libertad que ya introducíamos antes, puede verse solventado de una manera sistemática por su inclusión en el artículo 27.3, que se encuadra dentro del articulado dedicado a los derechos fundamentales. Pero la concepción que de la libertad de enseñanza se ha mantenido hasta la fecha, nos hace darnos cuenta de que en la delimitación de su contenido, se ha apreciado más de lo necesario una intervención positiva que como enuncia, la propia Constitución, “garantice”, que a la abstención de adoctrinamiento que por omisión no vulnera esa libertad, y es que como ya decíamos antes, este, a nuestro entender error interpretativo es lo que ha llevado al conflicto en lo referente a este artículo y a su relación con los artículos 27.2: “La educación tendrá por objetivo el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia...”, y en su relación con el artículo 16 (sobre la libertad ideológica). Esta garantía, que aquí reclamamos, no se materializa en que el estado subvencione, de alguna manera, un centro educativo privado que sea conforme a la moral y religión que los padres quieren para sus hijos, coincidiendo en este punto con Embid Irujo²¹, puesto que estaríamos hablando de garantizar una serie de estudios en determinados centros privados, cuando lo lógico es que este artículo se circunscriba a los centros

(art. 27.3 de la Constitución), es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente. La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la L.O.E.C.E. impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita. En este párrafo el Tribunal Constitucional hace explícita la necesaria neutralidad y, por lo tanto, actividad por parte del estado para garantizar la libertad de los padres.

¹⁹ Vid. STC 5/ 1981, de 13 de febrero: *Tanto con el art. 27.1, como con el 27.6, ambos de la Constitución, como con el art. 23 de la L.O.E.C.E. se trata de hacer realizable otro derecho fundamental recogido en nuestra Constitución: el que tienen los padres a que se dé a sus hijos una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27.3).*

²⁰ Vid CANOSA USERA, R., Sinopsis artículo 27 (2003), Actualizada por GONZÁLEZ ESCUDERO, A., (2011) página www.congreso.es. [última consulta 14/03/2018]

²¹ EMBID IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, 1983

educativos públicos: puesto que si los padres, acuden a un centro educativo privado que tiene un ideario o un acervo de valores determinado, se entiende que están dando su consentimiento implícito a que se les imparta a sus hijos las ideas del centro (el hecho de que los centros privados puedan mantener una línea de pensamiento y unos valores determinados, siempre y cuando estos no sean contrarios a los constitucionales, está amparado por el artículo 27.6 CE, y en la Ley Orgánica por la que se regula el Estatuto de los Centros Escolares, de 27 de junio 1980²², no entraremos en explicaciones más profundas al respecto ya que quedan fuera del objetivo de esta investigación), pero no en los centros educativos públicos donde muchos padres acuden al no disponer de medios económicos suficientes como para poder llevar a sus hijos a una institución educativa más cercana a sus principios morales y religiosos, y dada esta circunstancia, es evidente que es necesaria una actuación educativa por parte del estado, que sea aséptica en lo ideológico y en lo moral (por aséptica entendemos, como hace la totalidad de la doctrina, que precisamente no adoctrine), lo que se materializa en una renuncia a introducir contenidos ideológicos en las asignaturas obligatorias de los centros educativos públicos que supongan una necesaria aceptación por parte del alumno (y no una mera exposición de su formulación y de sus postulados) para superar esa asignatura.

Es importante tener claro a este respecto, que estamos hablando constantemente de una actividad por parte del Estado, y es que es innegable que es el poder legislativo y, por lo tanto, el aparato estatal el que diseña y aprueba las leyes de educación. Así, es responsabilidad de éste el diseño de los modelos educativos; por eso, insistiendo en el razonamiento que hacíamos antes, es necesario que esta libertad se entienda como derecho fundamental en tanto en cuanto no basta con hablar de una omisión del adoctrinamiento, ya que es necesaria una actuación por parte del poder legislativo: la de aprobar las leyes y leyes orgánicas en materia de legislación, y debe ser en el momento de elaborar esas leyes en el que se tenga claro que la actuación del estado ha de ser aséptica. Pero no sólo en el ámbito estatal, sino también en el ámbito autonómico: máxime teniendo en cuenta la innegable igualdad de todos los españoles con independencia del territorio en el que residan y la descentralización competencial en materia de educación ex artículo 149.3 CE.

²² Derogada

Antes de entrar en más profundidad en el desarrollo doctrinal del contenido del artículo 27.3 CE, queremos relacionar la concepción que del mismo acabamos de exponer y su coherencia con la regulación internacional, que tiene una clara inclusión dentro del ordenamiento jurídico español por el artículo 10.2 CE. Este reconocimiento internacional lo empezaremos analizando el organismo supranacional más amplio de aquellos a los que pertenece España, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que en su Declaración Universal de los Derechos Humanos contiene un artículo 26.3 que explícitamente reconoce un derecho a los padres a que sus hijos sean educados conforme a sus convicciones morales y religiosas. En él se dice, incluso que ese derecho es *preferente*, con lo que para la propia Declaración, la opinión o decisión de los padres tiene un claro carácter de preeminencia sobre lo demás. El hecho de que este derecho esté expresamente recogido en un documento tan importante como es esta Declaración redactada por la Asamblea General de un Organismo Internacional que representa prácticamente a la totalidad de la comunidad internacional, dota a este derecho de un claro valor universal, es decir, que no es únicamente reconocido y amparado en el derecho español, si no que su valor como derecho fundamental, como derecho humano, ha sido reconocido por toda la comunidad internacional; ello resulta consecuencia lógica del hecho de que la educación es un derecho y una obligación, y de que la libertad es un derecho natural positivizado en esta Declaración, que lo considera como algo intrínseco al hombre y propio de su naturaleza, ya que sin la libertad, el comportamiento democrático y sus valores no pueden ser entendidos. Una de las facetas de esa libertad pasa necesariamente por la construcción de un pensamiento crítico, lo cual justifica el derecho a no recibir un adoctrinamiento dogmático sobre ninguna clase de ideología (incluida la ideología de género, como expondremos en este estudio), y la libertad de conformar la identidad moral y religiosa siempre y cuando la misma sea compatible y respetuosa con esos derechos humanos, lo que en la mayoría de las corrientes de las religiones más aceptadas a nivel mundial es perfectamente compatible y ausente de toda clase de duda.

Proseguiremos con el artículo 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE completada con el Protocolo Adicional al mismo texto en su artículo 2, que es un nuevo ámbito geográfico más reducido que la ONU, pero donde están representados la inmensa mayoría de los países europeos y donde existe una expresa aceptación por parte de dichos países de todos estos derechos, que se consideran el acervo comunitario; entre ellos, este

derecho de educación, como bien ilustran las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 29 de junio de 2007, también conocido como asunto Folgerø y otros contra Noruega, en el que el Tribunal explicita que el artículo 2 del Protocolo antes mencionado debe ser interpretado como un todo, y no como derechos separados, ya que el hecho de que se reconozca un derecho a la instrucción y a los padres a recibir una educación que sea conforme a sus principios morales y convicciones religiosas, obliga necesariamente a que la educación pública a la que todos los ciudadanos tienen derecho se haga respetando este derecho fundamental²³. También tenemos el ejemplo de la sentencia del mismo Tribunal con fecha de 9 de octubre de 2007, también conocida como el asunto Hasan y Eylem Zengin contra Marruecos, en la que de una forma similar a la sentencia anteriormente expuesta el

²³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 29 de junio de 2007: "En lo que respecta a la interpretación general del artículo 2 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999, 1190, 1572), el Tribunal ha enunciado en su jurisprudencia los siguientes grandes principios (ver, en particular Sentencias Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 diciembre 1976 [TEDH 1976, 5], serie A núm. 23, pg. 24-28, aps. 50-54, Campbell y Cosans contra Reino Unido de 25 febrero 1982 [TEDH 1982, 1], serie A núm. 48, pgs. 16-18, aps. 36-37, Valsamis contra Grecia de 18 diciembre 1996 [TEDH 1996, 70], Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-VI, pgs. 2323-2324, aps. 25-28).

a) Deben leerse las dos frases del artículo 2 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999, 1190, 1572) a la luz no solamente la una de la otra, sino también, concretamente, de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen [TEDH 1976, 5], previamente citada, pg. 26, ap. 52).

b) Es sobre este derecho fundamental sobre el que se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones filosóficas y religiosas, y la primera frase no distingue, como tampoco la segunda, entre enseñanza pública y enseñanza privada. La segunda frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1 trata en resumen de salvaguardar la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial para la preservación de la «sociedad democrática» tal y como la concibe el Convenio. Debido al peso del Estado moderno, es sobre todo a través de la enseñanza pública como debe llevarse a cabo este proyecto (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, previamente citada, pgs. 24-25, ap. 50).

c) El artículo 2 del Protocolo núm. 1 no permite distinguir entre la instrucción religiosa y las demás disciplinas. Ordena al Estado respetar las convicciones, tanto religiosas como filosóficas, de los padres en el conjunto del programa de la enseñanza pública (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, previamente citada, pg. 25, ap. 51). Este deber es de amplia aplicación puesto que vale para el contenido de la instrucción y la manera de dispensarla, pero también en el ejercicio del conjunto de «funciones» que asume el Estado. El verbo «respetar» significa mucho más que «reconocer» o «tener en cuenta». Además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado cierta obligación positiva. La palabra «convicciones», aisladamente, no es sinónimo de los términos «opinión» e «ideas». Se aplica a opiniones que alcanzan cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia (Sentencias, previamente citadas, Valsamis, pgs. 2323-2324, aps. 25 y 27, y Campbell y Cosans [TEDH 1982, 1], pgs. 16-17, aps. 36-37).

d) El artículo 2 forma un todo que domina su primera frase. Al prohibirse a sí mismos «denegar el derecho a la instrucción», los Estados contratantes garantizan a todos aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción un derecho de acceso a los establecimientos escolares existentes en un momento dado y la posibilidad de obtener, mediante el reconocimiento oficial de los estudios realizados, un beneficio de la enseñanza cursada (Sentencias Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, previamente citada, pgs. 25-26, ap. 52, y Lingüística belga [principal], de 23 julio 1968 [TEDH 1968, 3], serie A núm. 6, pgs. 31-32, ap. 4).

e) En el cumplimiento de un deber natural hacia sus hijos, a quienes les corresponde prioritariamente «asegurar la educación y la enseñanza», los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho corresponde, pues, a una responsabilidad estrechamente vinculada al goce y el ejercicio del derecho a la instrucción (ibidem).

Tribunal deja claro que es necesario que se respete la libertad de los padres como derecho y que se mantenga el pluralismo político, no pudiendo imponer en una asignatura obligatoria para todos los estudiantes una serie de contenidos de marcado sesgo religioso que supondrían un adoctrinamiento para los alumnos que de manera obligatoria tienen que cursarla. De esta forma, podemos establecer sin ningún lugar a dudas cuál ha sido el sentido jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en las dos sentencias examinadas, el litigio se suscitaba en relación con una materia obligatoria en la que se coartaba la libertad de sus padres estableciendo una serie de contenidos que suponían no el conocimiento, sino la aceptación de una visión del mundo por parte de los alumnos, asumiendo por lo tanto un paradigma moral y religioso que no tenía por qué ser concordante con el que sus progenitores querían para ellos en ejercicio de su derecho fundamental. Más concretamente, con el objetivo de profundizar más en la visión que el Tribunal ha defendido de este derecho, en la segunda sentencia mencionada los padres demandaron al estado de Turquía porque la asignatura de religión relegaba a un segundo plano todas aquellas religiones que no fueran el Islam, explicando sólo la vertiente sunita del mismo; esto es, a ojos del Tribunal, el Estado tiene un deber de actuar realizando un plan de estudios que sea respetuoso con el pluralismo político y religioso, como defendíamos antes, en este mismo texto, y debe por lo tanto renunciar a cualquier clase de visión única o de adoctrinamiento en aquellas materias en las que sea posible o existan una gran variedad de perspectivas.

Después de este análisis podemos concluir que en la legislación internacional a la que está sujeta España, la concepción que se tiene del derecho es clara y que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos demuestra cuál ha sido el sentido interpretativo del que ahora podemos, sin lugar a duda, llamar *derecho fundamental de libertad de enseñanza*. Procederemos ahora, a realizar un repaso de la doctrina española al respecto de este derecho, para poder apreciar los matices del derecho en relación con otros artículos de la Constitución Española y con el resto del ordenamiento jurídico.

Uno de los autores que ha tenido una mayor producción al respecto ha sido el ya mencionado Antonio Embid Irujo, para quién este tema es una cuestión problemática, como muestra su texto de referencia en esta materia²⁴. Para este autor, la libertad de enseñanza

²⁴ EMBID IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, 1983

en su derecho de una excesivamente amplia formulación que engloba tras de sí una serie de derechos, como son el derecho de los padres a escoger el centro educativo de sus hijos, la libertad de crear centros docentes, la libertad de cátedra, y como aquí defendemos, la libertad de los padres de elegir la formación moral y religiosa de sus hijos. Todos estos derechos pueden generar roces o conflictos entre sí, al igual que pueden hacer con otros preceptos constitucionales, como son la no discriminación o la igualdad, que podría verse pervertida si cada uno elige, extralimitándose en sus derechos, una educación ad hoc, ignorando los principios constitucionales que deben informar el ejercicio de estos derechos. La solución que propone el autor para superar estos roces y estos conflictos es la integración, la interpretación integrada, ya que considera que la libertad de enseñanza se constituye en su formulación más simple, que desde luego no es, como se venía interpretando tradicionalmente, limitada a la creación de centros docentes²⁵ sino consistente en un *supraconcepto* que está basado en el deber de transmitir unos conocimientos, y que la transmisión de dichos conocimientos debe ser la perspectiva que nunca debemos olvidar. Sin embargo, en palabras del propio autor²⁶ este derecho se incardina dentro de los llamados derechos sociales, lo que dificulta profundamente su estudio, porque basándose en los postulados de G. Burdeau el autor expone la difícil situación que se da en un derecho que debería tener una consideración social, máxime cuando exige una serie de prestaciones al estado para poder ser llevado a cabo, pero que al mismo tiempo ampara una libertad autónoma y por lo tanto relegada a la esfera individual, que en ningún caso debe estar sufragada por el gobierno; de hecho, apoyándose en Embid Irujo, un sector doctrinal considera que esta libertad debería estar contenida en los Principios Rectores de la Política Social y Económica del Capítulo III de la Constitución Española, con las implicaciones que esto tiene en aplicación del artículo 53 CE.

En definitiva, podemos concluir, que para Embid Irujo lo fundamental en el derecho a la educación son el derecho al libre establecimiento de centros docentes y la libertad de cátedra, y que la libertad de los padres queda relegada a un derecho accesorio destinado a garantizar, de alguna manera, estos. Desde nuestro punto de vista, y a la luz de lo anteriormente examinado, pese a que Embid Irujo ha sido uno de los juristas más relevantes

²⁵EMBID IRUJO, A., *Derecho a la educación y Derecho educativo paterno*. Revista española de Derecho Constitucional año 3 número 7. Enero-abril 1983 p 376

²⁶ Ib idem.

en cuanto a la delimitación de este derecho se refiere, estamos ante una posición bastante superada, pues el reconocimiento que se le ha dado a nivel internacional y nacional a este derecho deja claro que no se trata, por un lado, ni de un derecho accesorio, si no principal, que debe informar el actuar del Estado en materia educativa; ni tampoco que exista ninguna clase de conflicto en su consideración como derecho social o como libertad autónoma, y que en ningún caso debe entenderse que la administración pública debería sufragar, sino simplemente que existe un derecho de los padres, que es perfectamente compatible con los principios democráticos, a que sus hijos no reciban ninguna clase de adoctrinamiento que sea contrario a sus principios morales o religiosos. Ello no implica que el estado deba sufragar la educación de los niños en un centro que comparta estos principios morales y religiosos, sino que renuncie expresamente a cualquier clase de adoctrinamiento.

Resulta, también importante el análisis del voto particular de Francisco Tomás y Valiente a la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/ 1981, de 13 de febrero. En él disienta del motivo primero de la sentencia, al considerar que el término “*ideario*”, utilizado por los senadores en su demanda y que justificaba que ese ideario, podía ser mantenido siempre y cuando se acotasen sus límites y su contenido y se conjugase con el resto de libertades. En el voto particular, el magistrado aseguraba que la interpretación que, con arreglo a los textos internacionales, debe hacerse del artículo 27.3 CE nos lleva a darnos cuenta de que este derecho paterno se proyecta sobre la educación, es decir, sobre la transmisión de unos conocimientos, y sobre la concreción de esos conocimientos, y que esta educación debe estar presidida por los principios constitucionales de libertad y de pluralismo político. Por lo tanto, concluimos a raíz de lo expuesto por el magistrado, que los centros docentes privados, son los únicos habilitados a tener un ideario, pues se constituiría entonces como una manifestación instrumental de ese artículo 27.3 CE y que los padres al poder optar por ese colegio privado estarían ejerciendo su derecho al elegir un centro con cuyo ideario se muestran conformes; esto sería profundamente coherente con el pluralismo político y la libertad que consagra la Constitución, pues si existen diversos centros con un ideario determinado, sin que exista, como también afirma el magistrado, ninguna clase de fomento estatal para que un determinado tipo de centro se vea favorecido por razón, precisamente, de mantener un ideario determinado. Lo que es inaceptable, en términos constitucionales, es mantener estos idearios en la educación pública, en tanto en cuanto los padres pueden verse

abocados a esta opción educativa sin posibilidad de opción por un centro privado más coherente con sus principios, y para conservar esos principios de libertad y pluralismo político es necesario que estos principios vean su reflejo en la educación impartida en los centros públicos. En conclusión, si en el ámbito del artículo 27.3 CE deben verse los principios de libertad y pluralismo político, en cuanto a los centros privados, estos principios se manifiestan cuando los padres eligen el centro educativo más coherente con sus convicciones religiosas y morales; mientras que en el ámbito educativo público, esto se manifestaría manteniendo una ausencia absoluta de ideario, para que el ambiente educativo interno de estos centros públicos sea plural y no se vulnere la libertad de no ser adoctrinado con ideologías o religiones que no se comparten.

Para terminar este apartado de una manera relativamente exhaustiva, comentaremos algunos autores como Oscar Alzaga, para quién esta libertad debe ser entendida desde un ámbito personalista, que enlaza también con lo expuesto por Garrido Falla, sobre la doble naturaleza del precepto constitucional de prestar una educación y de abstenerse, lo que no es para nada incongruente entre sí, dado que se conjugan una pretensión personalista con una pretensión estatal. A este mismo respecto, resultan interesantes las reflexiones de Luis Martínez López-Muñiz, quien considera que existe por un lado un derecho fundamental a la educación, o sea, al acceso a la misma y una libertad (de carácter público de enseñanza), que completado por José Ortiz²⁷, plantea que esta libertad tiene un origen en el derecho natural: idea que, dado el iuspositivismo imperante en la doctrina española, pudiera parecer de difícil encaje, pero que resulta perfectamente coherente en términos sistemáticos, si consideramos que la educación tiene el objetivo de construir ciudadanos hábiles para vivir en sociedad en términos de libertad y de igualdad y que la misma sólo puede ser obtenida desde una libertad de enseñanza en la transmisión de los conocimientos , o de la abstención por parte del Estado de una labor de adoctrinamiento

A modo de conclusión de este análisis acerca de cuál es el contenido y la opinión doctrinal sobre el artículo, retomamos, como punto de partida, la última idea referente al derecho natural. A pesar de que el constitucionalismo posterior a la Ilustración, en el que se encuadra la Constitución Española, considera que el origen de estos derechos fundamentales es su

²⁷ ORTIZ DIAZ, J., La libertad de enseñanza, Universidad de Málaga, 1980

plasmación positiva en la norma suprema que estructura y da sentido a toda la pirámide normativa, como expondría el jurista -o como el preferiría ser denominado, el *científico del derecho*- Hans Kelsen, no podemos olvidar que la aspiración de esos derechos fundamentales, independientemente de que su aplicabilidad material dependa de su plasmación positiva, se debe a que se consideran como una parte inherente de la personalidad humana, que se consideran un factor que es propio del ser humano, al que simplemente se le está dando un reconocimiento, y que por lo tanto al formar parte fundamental del individuo (de ahí el término derechos fundamentales, pues tienen su fundamento, es decir, su causa en la naturaleza humana), son parte necesaria en su desarrollo pleno. Más concretamente, en el caso que nos atañe hemos podido comprobar que esta libertad de enseñanza se constituye necesariamente como un derecho, no sólo por su valor intrínseco al permitir el desarrollo en el individuo de principios tan cruciales para la democracia española como son el pluralismo político y la libertad, sino porque son fuente de otros derechos, porque su concurrencia es necesaria, y en ningún caso contingente, para poder desarrollar la totalidad de un derecho a la educación. Pues si la educación es entendida como aquella actividad encaminada a transmitir una serie de conocimientos que permitan a los individuos el pleno desarrollo de su personalidad, si es entendida como un derecho que el estado debe atender, esa educación se convierte en un pilar crucial cuyo valor depende de que esos conocimientos sean transmitidos con respeto a los valores que a su vez son fundamento de la necesidad de una educación; es decir, sería inútil una educación cuyo objetivo es permitir que los individuos vivan en una sociedad democrática, si esa educación, cae en el adoctrinamiento, vulnerando precisamente todos esos valores democráticos que pretende transmitir.

En lo referente a las múltiples facetas de esta educación, hemos visto como nos movemos en ámbitos diversos, ya que tenemos que tratar la educación privada y pública, y que hemos visto que la Constitución ampara la existencia de un ideario en los centros docentes privados, puesto que entra dentro de la libertad de enseñanza (como la libertad de cátedra) y que tanto los padres como los profesores deben respetar ese ideario. Esto es perfectamente coherente con todo lo demás pues, como podemos ver, la Constitución y la legislación posterior tiene como objetivo construir un ambiente de libertad para la educación, en la que los alumnos -superados unos mínimos democráticos que deben ser respetados y

compartidos, pues son la base de todo el sistema, como ya hemos dicho, y la causa mismo de que estos alumnos y sus padres tengan los derechos que tienen- puedan optar por una formación moral y religiosa que les sea adecuada. Por otro lado, en los centros públicos, al ser muchas veces la opción para todos aquellos que no pueden financiarse una educación privada, la situación cambia profundamente, pues en caso de impartirse un ideario “oficial” por parte del estado, no sólo se estaría vulnerando el pluralismo político dentro del seno del propio estado, si no que se estarían vulnerando una serie de libertades particulares de todos aquellos padres y alumnos que se vieran obligados a aceptar este ideario sin posibilidad de objeción, rompiendo también el principio democrático de libertad, lo que resulta inaceptable. Como ya hemos explicado antes, entendemos más correcta la posición doctrinal que considera el derecho de libertad de enseñanza como un derecho particular que como un derecho social, dado que depende profundamente de la esfera privada del individuo y de sus concepciones, aunque es innegable que tiene una dimensión social en tanto en cuanto es la actuación del estado frente a la totalidad de los ciudadanos españoles, pero el ejercicio del derecho se hace, en definitiva de manera particular.

3.2.- La jurisprudencia reciente sobre el derecho a la libertad de enseñanza

La jurisprudencia que analizaremos en este apartado es la referente a las dos cuestiones fundamentales que se han tratado en los tribunales españoles en lo relativo al artículo 27 de la CE. Por un lado hablaremos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/ 2010 del 2 de diciembre, que hace referencia a la escuela doméstica o como es más conocida en la disciplina de la pedagogía “*home schooling*”; pero más hincapié haremos en el estudio de la amplia jurisprudencia (sin entrar en un análisis pormenorizado de cada declaración emitida por cada tribunal) que suscitó el controvertido asunto de las asignaturas sobre la “Educación Para la Ciudadanía”. A través del estudio de estas sentencias, pretendemos ver el encaje que este derecho tiene en nuestro ordenamiento jurídico, en primer lugar en lo referente a la capacidad de los padres de sujetarse o no a lo que se considera como “Educación Oficial”²⁸; en lo referente a las materias de Educación Para la Ciudadanía (en lo sucesivo EPC), podemos ver un caso mucho más atinente a la realidad que es objeto de estudio de este Trabajo, y es esa relación entre ideología y libertad de educación, lo que podemos entender por ideología y lo que el alto tribunal considera sobre la Ideología de género (Para la definición que

²⁸ STC 133/ 2010, del 2 de diciembre, Fundamento de Derecho 4º.

consideramos más adecuada sobre lo que es la Ideología de Género, nos remitimos al apartado correspondiente de este mismo trabajo).

La citada Sentencia del Tribunal Constitucional en la que se deniega el amparo a unos padres que pretendían eludir la escolarización obligatoria, nos resulta especialmente interesante no sólo por poder apreciar cómo todos los apartados del artículo 27 CE operan entre sí, sino por lo dicho acerca de cuáles son los deberes del Estado a la hora de configurar un sistema educativo en ejercicio del pluralismo político que suponga en definitiva el desarrollo de los preceptos constitucionales. Se nos habla en la Sentencia de que esta libertad de educación de los padres no encuentra fundamento para justificar el hecho de que los padres puedan voluntariamente evitar la escolarización obligatoria, de que ese ejercicio de la libertad de educación debe realizarse o bien a través de -como ya hemos venido analizando- la elección de un centro escolar que se adecúe a sus creencias y valores (y por supuesto a través de la educación doméstica fuera del horario lectivo); o bien a través de la creación de centros docentes en virtud del artículo 27.6 CE²⁹. Vista estas afirmaciones, es necesario concluir que los padres que como ya hemos visto ostentan un derecho a decidir la educación de sus hijos³⁰, deben ver realizado ese derecho a través de la educación oficial y escolarizada, y que por lo tanto no se puede acudir a ningún mecanismo alternativo para ver satisfecho este derecho, ya que la escolarización se ha configurado como el mecanismo a través del cual las previsiones constitucionales en materia de educación se encuentran plenamente desarrolladas y podemos decir que están de este modo compatibilizadas. Por lo tanto, si la escolarización constituye el mecanismo obligatorio e ineludible, es necesario que en esta

²⁹ STC 133/ 2010 Fundamento Jurídico 4: " Por lo que atañe a la enseñanza básica, 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). La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de un parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la inexcusable satisfacción de lo previsto en el art. 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden."

³⁰ STC 133/ 2010 Fundamento Jurídico 4: " Efectivamente, en lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, ese derecho constitucional se limita, de acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento prima facie de una libertad de los padres para elegir centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre [RTC 1996, 382 AUTO] , F. 4) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), un derecho éste que, pese a la apodíctica afirmación realizada en tal sentido por los recurrentes, no se ve comprometido en el presente supuesto, en el que las razones esgrimidas por los padres para optar por la enseñanza en casa no se refieren en modo alguno al tipo de formación moral o religiosa recibida por sus hijos, sino a razones asociadas al «fracaso escolar de la "enseñanza oficial"» e imputadas a la «asistencia obligatoria a esos centros oficiales, ya sean públicos o privados»"

educación escolarizada sea aquella en la que se manifieste el derecho contenido en el artículo 27.3 CE, pues al no existir ningún mecanismo alternativo para el desarrollo de este derecho, se encontraría irremediablemente vulnerado, sino fuera en la educación básica obligatoria a la que los alumnos tienen derecho 27.1 CE, que corresponde al correlativo deber de los padres, en la que esta libertad de educación encontrará su plasmación. De esta manera, podemos aducir que dada la configuración constitucional del sistema educativo³¹, corresponde a la educación básica y obligatoria la no intromisión en materia de moral y creencias religiosas, que pueda suponer una imposición ideológica, pues al no existir mecanismo alternativo para los padres que la escolarización obligatoria, y dado que la educación privada en otros centros docentes es una realidad que puede encontrarse con barreras económicas, puesto que no todas las familias tienen por qué disponer de los medios económicos necesarios para pagar una educación privada más conforme a sus creencias, y que incluso, si este fuera el criterio diferenciador entre los que pueden ver amparado su libertad de educación y los que no, estaríamos cayendo en una discriminación por razón económica y por ende en una injusticia mucho mayor; la única forma en la que la libertad de educación se puede mantener es proscribiendo esta intromisión por parte de los poderes públicos.

Procederemos ahora con el análisis de la jurisprudencia suscitada en torno a las asignaturas introducidas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en las que se incluyen las asignaturas de EPC, de las que ya hablamos anteriormente. Antes de nada es preciso realizar una serie de aclaraciones sobre cuáles eran los contenidos de estas asignaturas y su configuración, para entender la fuente del conflicto y cómo se desarrolló su sustanciación a través de las diferentes instancias jurisdiccionales. Estas asignaturas estaban concebidas en la Ley Orgánica como un ciclo de tres asignaturas a ser impartidas en Primaria, ESO y Bachillerato; el contenido de las mismas respondía a una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 2002, en la que se recomendaba la creación de una

³¹ STC 133/ 2010 Fundamento Jurídico 7: “No obstante, esta configuración legislativa se compadece con el mandato en virtud del cual los poderes públicos deben «garantiza[r] el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza» (art. 27.5 CE), responde a la previsión de que «inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes» (art. 27.8 CE), y, por lo que aquí más interesa, encuentra su justificación en la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación y al sistema diseñado para el desarrollo de la acción en la que ésta consiste, que «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (art. 27.2 CE).”

asignatura que enseñase y transmitiese los valores democráticos y constitucionales entre los estudiantes españoles, con el objetivo de demostrar que estos valores eran los que estructuraban la convivencia social pacífica, fomentar la tolerancia, el respeto y el pluralismo político³². De esta Ley Orgánica surgieron una serie de reales decretos en desarrollo de lo previsto en ella, que a su vez dio lugar a una serie de normativa autonómica que incorporaba la estatal a su propia producción normativa. Sobre esta normativa autonómica se suscitaron las reclamaciones ante los Tribunales Superiores de Justicia, lo cual terminó por derivar en recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Un análisis pormenorizado de lo sucedido en cada instancia, quedaría completamente fuera del objetivo de este trabajo, por lo que hemos considerado más apropiado para nuestros fines el realizar un estudio sintético de lo acontecido, más concretamente respecto del artículo 27.3 CE y no tanto de los otros artículos examinados, como son el artículo 16 CE y el artículo 30.2 CE, haciendo hincapié en las consecuencias que estos pronunciamientos tienen en la materia que nos atañe, que no es otra que la ideología de género.

El primer punto que conviene analizar es si de lo que se trataban estas asignaturas era o no era una cuestión ideológica, para lo que debemos remitirnos a algunos de los Reales Decretos, como el RD 1631/ 2006, que habla de conquistas históricas inacabadas, factores de discriminación de distintos colectivos y explícitamente, de ideología de género. No obstante, a pesar de que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Sentencia del 30 de abril del 2008, aprecia que, efectivamente, concurren una serie de caracteres ideológicos en la exposición que de estas asignaturas hace el citado Real Decreto, no lo aprecia de la misma forma el Tribunal Supremo en las sentencias del 11 de febrero de 2009; aunque discrepamos profundamente de la argumentación que el Alto Tribunal utiliza para justificar la inexistencia de una ideología, detrás de una declaración de intenciones, nos importa quedarnos con lo fundamental de la argumentación, y es que es el propio Tribunal Supremo quién defiende que cualquier carácter ideológico debería estar proscrito de una asignatura que tenga el carácter obligatorio, y menos cuando la superación de dicha asignatura pase por el proceso de apropiación de esos valores expuestos.

³² LO 2/2006 de Educación Exposición de motivos: *“Su finalidad consiste en ofrecer a todos los estudiantes un espacio de reflexión, análisis y estudio acerca de las características fundamentales y el funcionamiento de un régimen democrático, de los principios y derechos establecidos en la Constitución española y en los tratados y las declaraciones universales de los derechos humanos, así como de los valores comunes que constituyen el sustrato de la ciudadanía democrática en un contexto global”*

Para el Tribunal Supremo, hay que diferenciar entre lo que puede considerarse el sustrato constitucional básico que es, a sus ojos, lo que contienen estas asignaturas de EPC, y lo alegado por las partes actoras de los diferentes procedimientos, que es que existe una significación ideológica. Si bien el Tribunal Supremo considera que no puede de ninguna manera objetarse (aludiendo a una objeción de conciencia) en base al artículo 27.3 CE contra los sustratos constitucionales, pues esto supondría una especie de vulneración selectiva de todos aquellos preceptos legales necesarios para la convivencia, cuando al sujeto objetante no le interesase o conviniera su respeto, no podemos acordar que suceda lo mismo respecto de una ideología. Entrando en profundidad, el problema respecto de la objeción de conciencia, a nuestro entender es que se realiza una interpretación restrictiva del artículo 30.2 CE al hacer esta una referencia explícita a la objeción de conciencia en materia castrense, lo que aparentemente limita esta objeción respecto de otras dimensiones, pero como argumenta el TSJ de Andalucía³³ -argumentación que de esta parte se suscribe íntegramente- la objeción de conciencia es una realidad constitucionalmente reconocida, pero es la falta de una producción legislativa posterior la que dificulta su ejercicio; tal circunstancia en ningún caso debe ser obstativa para que se ejercite una objeción de conciencia ante la manifiesta vulneración de una libertad constitucionalmente amparada, pues es el único mecanismo que en una circunstancia en la que una asignatura realiza una exposición de una ideología que es potencialmente perniciosa para un grupo de estudiantes como es la ideología de género, y que aunque no lo fuera, es así percibida por un amplio colectivo de padres, esta libertad quedaría vulnerada sin remedio, pues la eficacia de un derecho no es solamente su plasmación en la Constitución, sino los mecanismos que formalmente se pongan a disposición del ciudadano para garantizar ese derecho, y la eficacia material que esos mecanismos demuestren en la efectiva protección de ese derecho³⁴.

³³ ARPAL ANDREU, J., El devenir judicial de la asignatura educación para la ciudadanía Jorge Arpal Andreu. Noticias jurídicas. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4444-el-devenir-judicial-de-la-asignatura-de-educacion-para-la-ciudadania/> [última consulta:4/6/2018] :” La sentencia considera que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 15/1982, 53/1985 y 177/1996, Tribunal Supremo (sentencia de 23 de abril de 2005) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 29 de junio y 9 de octubre de 2007), existe el derecho a la objeción de conciencia que se ejercita para la protección de los derechos indicados. De la jurisprudencia relacionada saca la conclusión de que, en el ordenamiento español, la Ley puede regular el derecho a la objeción de conciencia, pero la falta de regulación, de reconocimiento legislativo, no puede impedir su ejercicio cuando están en juego derechos fundamentales.”

³⁴ Ib idem: “la salvaguarda de éstos derechos (art. 16 y 27.3 CE) mediante la objeción de conciencia, no pone en peligro el ordenamiento jurídico democrático, simplemente refleja su funcionamiento”

Estimamos también atinente y relevante considerar lo expuesto por el TSJ de La Rioja en el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 177/ 2008, al analizar y matizar los conceptos de formación moral, libertad ideológica y de las creencias³⁵. Esta concepción de moral, imposibilita a nuestro entender que la ideología de género pueda ser materia contenida en una asignatura de carácter obligatorio, por cuanto muestra una visión del mundo que entra dentro del ámbito de la moral, ámbito que, como vemos y como defienden ya dos Tribunales Superiores de Justicia, está proscrito a ninguna clase de intervención estatal. En este sentido, cabe destacar también la inexistencia de un doble ámbito que nos permita hablar de la convivencia de una doble moral, una pública y otra privada, sino que hay una serie de valores constitucionales y democráticos que son a los que se refiere el artículo 27.2 CE, y que de otra parte existe la moral privada de los padres, que es la que quieren transmitir a sus hijos.

Vamos ahora a realizar un rápido análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que nos aporta la mejor argumentación posible, en contra de la postura que defendemos en este trabajo, por lo que consideramos que, si somos capaces de refutar esta argumentación, identificar y justificar en qué está errada esta jurisprudencia, habremos probado terminantemente nuestra tesis. Para empezar, conviene comenzar hablando del ejercicio de los derechos. El Tribunal Supremo reconoce, muy acertadamente, que no deben entenderse la libertad ideológica o la libertad de educación como libertades absolutas que puedan ejercitarse a través de la objeción de conciencia para eludir los deberes legales o las situaciones educativas, pues es necesario realizar un encaje de estos derechos y libertades conjugados con los otros derechos y deberes constitucionalmente reconocidos. No obstante, a pesar de que el argumento que trae el Tribunal Supremos es correcto, y es completamente razonable, el problema surge, a nuestro entender, en la interpretación que el Tribunal hace de estas asignaturas de EPC, y en cualquier caso de la ideología de género, pues esta no es un sustrato de los principios constitucionales, no es la base sobre la que se asienta nuestro

³⁵ TSJ La Rioja 177/ 2008: "Por moral cabe entender los criterios o principios de conducta (prescripciones y prohibiciones) sobre el bien y el mal, criterios que son diferentes en distintas sociedades. Tales principios o normas de conducta son adquiridos por los niños en la infancia como imperativos y proceden normal y principalmente de sus padres, que constituyen en la primera etapa su única "sociedad". Con el paulatino desarrollo del uso de la razón los niños comienzan a discernir en relación con aquellas normas o criterios, hasta llegar a asumirlos o no asumirlos, en todo o en parte, mediante la reflexión sobre concretos comportamientos o conductas y las experiencias propias y ajenas, y por comparación con otros criterios o principios morales de otras personas. Así, aquellos niños podrán llegar a fundamentar racionalmente, a través del cuestionamiento ético de las conductas humanas, aquellos criterios morales impuestos, formando de este modo paulatinamente su propia personalidad o carácter."

sistema, y por lo tanto no está amprada en el artículo 27.2 CE. Por ello, su argumentación, aunque bien planteada, no resulta aplicable a este caso concreto. Si bien es cierto que la intervención del estado en materia de educación es una cuestión obligada y necesaria precisamente para transmitir los valores que permiten una convivencia democrática y el funcionamiento del entramado institucional, hay que delimitar con mucha precisión qué cuestiones pueden considerarse dentro de esta necesaria intervención estatal, ya que esta habilitación no puede suponer una intervención generalizada e indiferenciada del estado que justifique una vulneración de las libertades contenidas en el artículo 27.3 CE. Y es que, como antes ya mencionábamos, si algo hemos aprendido de la propia argumentación del Alto Tribunal es que todos los derechos, deberes y libertades deben entenderse inscritos y enmarcados en el sistema constitucional, buscando la plena compatibilidad con el resto de derechos y deberes. Así, el mandato del artículo 27.2 CE debe también compatibilizarse con los derechos del artículo 27.3 CE.

Por otro lado, el Tribunal nos habla de que el derecho a tener una serie de valores no implica el derecho a ejercitarlos en todas las circunstancias; enlazado con lo que decíamos antes, existe una limitación de orden público al ejercicio de estos derechos, una limitación que, a nuestros entender, no opera respecto de la ideología de género, pues el desacuerdo con una forma ideológica de entender el sexo, el género y la sexualidad, no supone una actitud antidemocrática ni contraria al orden público, por lo que no podemos hablar, ni tratar la cuestión a grandes rasgos ni de forma generalizada, como a nuestros ojos hace el Tribunal Supremo. Por el contrario, debemos hacerlo aplicando tales preceptos al caso concreto: no estamos aquí hablando de que en cualquier caso sea posible oponerse al cumplimiento de un mandato legal por oposición con respecto de los principios y moral particular, sino de que en un caso concreto, respecto a una asignatura singular con un contenido programático particular, existe constitucionalmente reconocido un derecho a no asumir como propias esas consideraciones ideológicas, máxime cuando pretenden, como el propio Tribunal reconoce, fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica³⁶. Lo cual es una vez más inaceptable respecto de una cuestión que, como ya hemos visto, es puramente ideológica, alejada -cómo nos hace creer el Tribunal- de los valores fundamentales que

³⁶ STS del 11 de febrero de 2009: "Y una última puntualización es conveniente. La actividad educativa del Estado, cuando está referida a los valores éticos comunes, no sólo comprende su difusión y transmisión, también hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica"

inspiran un estado democrático y de derecho. Con lo que podemos concluir que no existiría en esta objeción de conciencia una colisión con el orden público de ninguna clase; es más, nos atrevemos a decir que para preservar la integridad constitucional debe existir el derecho a esta objeción de conciencia. No ahondaremos, no obstante, ya que consideramos que queda fuera del objeto de estudio, sobre la posibilidad o no de un derecho de objeción de conciencia respecto de los artículo 16 CE o 27.3 CE, aunque puede suponerse que compartimos el criterio expresado por los TSJ de Andalucía y La Rioja, de que debe entenderse que este derecho existe no sólo en materia militar, en base al artículo 30.2 CE, sino también en materia de valores y creencias, pues es el único mecanismo democrático particular del que dispone un ciudadano cuando la producción legislativa y la actuación del estado resulta intrusiva dentro de su esfera privada, constitucionalmente amparada.

En definitiva, y tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto, podemos afirmar que nos encontramos en una situación, que es en nuestra opinión preocupante, pues de un lado tenemos la imposibilidad poco fundamentada de poder ejercer una objeción de conciencia y, de otro, tenemos una manifiesta intromisión que parece ignorada por el Tribunal, lo que en definitiva supone una vulneración manifiesta e irreparable del derecho y libertad de los padres a elegir la educación de sus hijos. No serían necesarias disquisiciones posteriores sobre la posibilidad o no de una objeción de conciencia si el estado no entrase a vulnerar el artículo 27.3 CE, vulneración que a pesar de lo expuesto por el Tribunal Supremo es palpable y evidente, pues aunque se intente camuflar detrás de que los términos en los que se desarrollarán las asignaturas de EPC están poco definidos, al mismo tiempo el Tribunal cae en el error de dejar ver tímidamente que una guía de conducta no es algo negativo, que la exposición y la obligatoriedad de asumir una ideología es algo perfectamente constitucional y que los padres frente a esto no tiene ningún recurso de defensa; ello, a nuestro entender, supone una situación a todas luces contraria a derecho: queda manifestado precisamente en la forma en la que el Tribunal Supremo teje una argumentación que, mientras niega el sesgo ideológico de las asignaturas, defiende que, de haberlo, sería manifestación, en materia de género, del pluralismo político y que, por tal causa, no hay posibilidad de objeción de conciencia, porque esta ideología -ya que así lo considera el Tribunal- sí puede ser impuesta.

Por último, y a modo de postrero recurso de defensa, nos gustaría exponer aquí lo defendido por el TSJ de Castilla y León, Sala de Valladolid, que se aparta de la Sentencia anteriormente expuesta en defensa de la posibilidad de una objeción de conciencia, trayendo a colación una argumentación jurídica de impecable calidad y justificación, que nos demuestra en definitiva los postulados que en este trabajo se vienen defendiendo desde el primer momento. En primer lugar y como ya se planteaba en este trabajo, se considera que la objeción de conciencia en este caso, no es el reconocimiento de una facultad absoluta y erga omnes, sino aplicada al caso concreto y por lo tanto sujeta a las particularidades del caso que se está analizando, por lo que sí resultan de aplicación las SSTC 53/ 1985 y 154/ 2002, referidas a la objeción por parte de los profesionales sanitarios en materia de interrupciones voluntarias del embarazo, y de la negativa de unos padres practicantes de la religión de los Testigos de Jehová a que uno de sus hijos recibiera una transfusión de sangre por motivos religiosos. El rechazo que de esta jurisprudencia hace el Tribunal Supremo, al considerar estos casos excepcionales por ser muy concretos, nos parece a todas luces insostenible e irracional; por otra parte, el caso defendido en este trabajo asimismo resultaría concreto y excepcional. También defiende el TSJ de Castilla y León lo que antes exponíamos de esta parte, y es que la objeción de conciencia no sería necesaria si no hubiera una intromisión ilegítima por parte del estado, que impidiera el ejercicio de ese artículo 27.3 por parte de los padres³⁷.

En definitiva la Sala considera sobre la ideología de género, que la misma presenta una indudable carga moral que no es comúnmente ni necesariamente aceptada en España, y que su enseñanza, y aún más, que lo obligatorio de su contenido, y lo necesario de asumirla para superar la asignatura, supone una indudable imposición ideológica.

4.- La Situación Jurídica de la Ideología de Género en España.

En este último apartado trataremos de hacer un análisis de cuál es la situación legislativa, doctrinal y jurisprudencial de la ideología de género en España; cuál es su grado de aceptación e incluso cuál es la legislación producida al respecto. El objetivo es comprobar cuál es la realidad y cuáles son los intereses amparados y desamparados al respecto, para

³⁷STSJ Castilla y León, Sala de Valladolid 564/ 2009: *“Esta estructura y diseño del derecho a la educación, toda vez que implica un exquisito respeto a la voluntad de los padres si de formación religiosa y moral se está hablando, no necesitaría de la objeción de conciencia como último instrumento de garantía si la normativa educativa hubiera cumplido el mandato a que se refiere el apartado tercero”*

relacionarlo con la capacidad de los padres de educar a sus hijos conforme a su moral y a su religión, lo que como veremos no supone en ningún caso la vulneración de las personas que tiene una identidad sexual no concordante con su sexo.

Desde un primer momento en España se ha aceptado el criterio sociopsicológico³⁸ en contraposición con el criterio aceptado por Reino Unido, principal exponente de la aceptación del criterio biológico³⁹; este criterio se adopta por primera vez en el año 1987 por parte del Tribunal Supremo, en referencia a una persona que se había sometido en Londres a una operación de cambio de sexo: es decir, lo que podríamos definir como un caso de transexualismo o de disforia de género. Sentencia que nace de un recurso de casación ante la sentencia desestimatoria por parte de un Juzgado de Primera Instancia de Zamora y la posterior Sentencia estimatoria por parte de la Audiencia Provincial de Valladolid, por lo que de esta manera el Tribunal Supremo introduce lo que se llama la teoría de la ficción, que parece apoyarse en los artículos 10 y 14 de la Constitución española, para justificar su decisión en la necesidad de que no exista una discriminación contra estas personas por no existir un reconocimiento manifiesto de su identidad sexual, y que si esto no se hace en base a los factores externos se está vulnerando el artículo 10 CE, por no permitir el pleno desarrollo de la personalidad y, a la vez, se está vulnerando el artículo 14 CE, por ser discriminatorio contra las personas transexuales: Esto lleva al Tribunal a adoptar una decisión, desde nuestro punto de vista salomónica, que es el radical rechazo a ninguna clase de criterio biológico para determinar el sexo de los individuos para aceptar un criterio enteramente psicológico, lo cual supone la aceptación explícita de la ideología de género al privar a la determinación biológica de ninguna relevancia legal en pro del criterio social que en definitiva no es otro que el factor cultural: el género que se impone sobre el sexo. Por eso nos resulta tan importante el voto particular de Rafael Pérez Gitmeno a raíz de esta sentencia⁴⁰, en el que se explica que es precisamente el dato biológico el que es esencial para determinar que se ha producido un cambio de sexo, y que es precisamente acorde al mismo en torno al cual se puede argumentar que existe un cambio, pues si esa determinación biológica y la observación de las manifestaciones externas de los órganos y caracteres

³⁸ CAMPS, M. *Identidad Sexual y Derecho: Estudio interdisciplinario del transexualismo* EUNSA, Navarra (2007) p. 403 y ss.

³⁹ Ib idem p. 325 y ss.

⁴⁰ FJ 1 del voto particular, RJ 1987, 5045

sexuales es la que puede permitirnos identificar el sexo, ya sea el de origen y el adoptado con posterioridad, se alcanza la postura que definíamos anteriormente como la teoría de la ficción, en la que los transexuales adoptan un tercer sexo, con lo que no se da un pleno reconocimiento legal al cambio de sexo ni una equiparación plena, ya que si esta se diera, como algunas voces nos indicaban, se produciría un problema claro de inseguridad jurídica. A pesar de estas voces discordantes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo evolucionó a una segunda etapa. Sujetos como ya hemos dicho en el artículo 10.1 CE y en las posibilidades que el Código Civil otorga a la jurisprudencia en el art. 1.6 CC, el Tribunal Supremo supera la aducida inseguridad jurídica que dicen que emana de la indeterminación que produce este criterio biológico, estableciendo precisamente esta línea jurisprudencial que deja claro cuál es la interpretación que debe darse, y el fenómeno al que debe atenderse, que no es otro que el de la decisión psicológica del individuo, y con la necesidad de una equiparación plena entre las personas que poseen un sexo desde el nacimiento y las que se someten a procedimientos quirúrgicos para producir un cambio de sexo. En definitiva, lo que viene a decir el Tribunal es que a efectos de reconocimiento y a efectos registrales, no pueden existir diferencias entre los varones inscritos como tales en el momento de su nacimiento y los inscritos con posterioridad, pues sería introducir un elemento discriminatorio en el derecho español contrario a la Constitución española. Pero se profundiza aún más en el criterio psicológico al existir una tercera etapa que supone, como decíamos antes, la plena asunción de la ideología de género y el pleno rechazo a cualquier clase de determinación sexual, etapa esta concordante con la Sentencia de un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona el 17 de diciembre de 2004, en el que por primera vez se permite el cambio de sexo registral sin necesidad de que se haya producido una cirugía y sin que por lo tanto, exista un cambio exterior de sexo que justifique esa modificación registral. De esta manera y a modo de resumen, podemos ver que nos apartamos del criterio biológico y que, a través de tres etapas jurisprudenciales, llegamos a la asimilación plena de las personas transexuales cuando se ha producido el citado cambio de sexo, por lo que podemos justificar con claridad que en España la situación individual y particular de las personas transexuales está amparada.

Como mencionábamos anteriormente, en España se ha estado a la vanguardia en lo que a equiparación de personas transexuales a nivel registral y de reconocimiento público se refiere; no así otros países del entorno europeo como son Reino Unido, que siguen optando

por el criterio biológico. Aún así, a través del efecto de las instituciones europeas como el Consejo y el Parlamento, en Europa se van aceptando los criterios psicológicos como criterios para el reconocimiento público del sexo de las personas transexuales⁴¹. De este modo es a día de hoy en Francia, Bélgica o Suecia donde se aplica el criterio psicológico y, en menor medida, en Italia, donde es el criterio legalista (limita el reconocimiento a que se haya producido una intervención quirúrgica) o en Alemania, donde rige el criterio positivista (donde en lugar de optar por la jurisprudencia como solución se han estado denegando las peticiones hasta que se ha formulado una ley que reconozca y tase los supuestos para dicho reconocimiento). Vemos, por tanto, que en el entorno europeo las personas transexuales también tienen reconocidos y amparados sus derechos y sus peticiones de cambio de sexo, por lo que resultaría difícil aducir o aceptar que estas personas son objeto de alguna clase de discriminación o de trato diferencial que pudiese llegar a poner en duda que se encuentran plenamente integradas y reconocidas en la sociedad.

Respecto de los niños, vivimos una situación mucho más complicada por las implicaciones que tiene la transexualidad y por la innegable responsabilidad de los padres para con el bienestar y pleno desarrollo de sus hijos. A este respecto, determinadas voces⁴², apoyándose en los *Principios de Yogyakarta* y en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 para hablar de que conforme a estos principios, esta Convención y las Observaciones en su aplicación⁴³, a lo que debe atenderse es al interés superior del niño, que es un criterio ponderado de lo que resulta más conveniente para su desarrollo, lo que el propio niño manifiesta querer y lo que los padres consideran más adecuado para su hijo. En este punto discrepamos de Lázaro González, al considerar que atendiendo a las evidencias médicas existentes que siguen catalogando el fenómeno como trastorno de la disforia de género⁴⁴, resulta evidente que debe darse una mayor importancia a la decisión de los padres o a la intervención facultativa de especialistas psiquiátricos para determinar el grado de capacidad volitiva de una persona -que ya no es sólo que tenga una limitada capacidad de obrar en el

⁴¹ Ib Idem p. 445 y ss.

⁴² LÁZARO GONZÁLEZ, I. *La identidad de género a la luz de la Convención de los Derechos del Niño. Algunas Reflexiones desde el interés superior del niño*. BARTOLOMÉ TUTOR, A., Menores e Identidad de género: Aspectos Sanitarios, jurídicos y bioéticos., Sepin, Madrid 2017

⁴³ Observación General nº14 (2013)

⁴⁴ BECERRA et al., *Disforia de Género en la Infancia, la adolescencia y la edad adulta: abordaje multidisciplinar*. BARTOLOMÉ TUTOR, A., Menores e Identidad de género: Aspectos Sanitarios, jurídicos y bioéticos. Coord. Sepin, Madrid 2017

ordenamiento jurídico español, ya que el propio Código Civil y la tradición doctrinal española hayan venido considerando que un niño no está en pleno uso de sus capacidades para adoptar decisiones cruciales para el desarrollo de su persona-, sino que este niño, además, se encuentra afectado por el que todavía los facultativos califican como *trastorno de la disforia de género*, por lo que resulta asumible que sus capacidades cognitivas están adicionalmente alteradas, lo que justificaría más aún la intervención de los padres al respecto. Ello vuelve a evidenciar el efecto que la educación en ideología de género puede tener en los menores, ya que sus contenidos de un carácter claramente subversivo pueden producir en los menores el efecto de consignar dudas acerca de su sexualidad, cuestión que si no cuenta con el suficiente apoyo de sus padres o del Estado puede derivar en un transexualismo que nos lleve a tomar decisiones precipitadas y por desgracia irreversibles, vulnerando en definitiva lo que se vulneró por tratar de proteger con excesivo y mal entendido celo: el interés superior del niño.

Por último, nos gustaría referirnos a modo ejemplificativo a la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid, por el marco de reconocimiento y protección que da para la defensa de las personas del colectivo LGTBI, a las que se les aporta un alto grado de apoyo institucional, como se establece en el artículo 5, o en el artículo 6 con la creación de un Consejo LGTBI; también en su artículo 11 donde se habla de la acción positiva de la Comunidad de Madrid para luchar por sus intereses, y en los Artículos 22 y 23. En el Artículo 24 en el que se crea un Centro de Documentación y Memoria Histórica LGTBI en la que se alude a la persecución durante la etapa del franquismo y se ensalza la figura de sus presuntas víctimas, y demás consideraciones y actuaciones por parte de los poderes públicos. Esto es importante, porque recordemos que el Colectivo LGTBI no representa a la totalidad de personas homosexuales, transexuales o intersexuales de la sociedad española, si no que es una agrupación que defiende en el espacio público los preceptos de la ideología de género y fomentan su asimilación por parte de la sociedad; a través de leyes como estas ven favorecidas sus pretensiones por parte del estado, recibiendo un amplio apoyo institucional y cobertura legal, con lo que una vez más, nos congratula comprobar que tanto los colectivos de personas con múltiples orientaciones sexuales, como los individuos transexuales, homosexuales, bisexuales e intersexuales tienen defendidos sus derechos colectivos y sus

derechos subjetivos, lo que deja abierta la puerta a que las personas que no son acordes con la ideología de género sean aptas a recibir las mismas coberturas y protección institucional.

5.- Conclusiones

A lo largo de este trabajo, hemos tratado con una realidad muy compleja y abierta a debate, como es la identidad sexual de los individuos y hemos conseguido relacionarla con un asunto tan importante como es la educación. Los choques entre ambas realidades no son pocos ni tampoco son sencillos, porque existen, como hemos podido comprobar, muchos intereses contrapuestos y muchas realidades subjetivas que tener en consideración. Hemos demostrado que la identidad de género ha venido articulándose en torno a una ideología y que como tal ha intentado ganar un lugar preeminente en el espacio educativo, lo cual hemos visto que resulta completamente contrario al espíritu y al espacio que la Constitución consagra a la educación máxime cuando esta es pública. Hemos de concluir necesariamente y analizadas estas realidades, que si hemos conseguido demostrar que la ideología de género es una ideología y es legítimo que haya sectores de la sociedad que la rechacen, que existe una libertad de educación constitucionalmente formulada y amparada y, que existen en el ordenamiento jurídico español una serie de leyes y otras disposiciones normativas que atribuyen a las personas de diversidad sexual una protección especial en atención a su condición particular; podemos hablar sin lugar a equivocarnos de que los padres tienen derecho en ejercicio de este derecho a que la educación basada en la ideología de género no se imparta de forma obligatoria en las aulas.

Encontramos cuanto menos curioso que en el foro público se suela utilizar la metáfora del *homo neardenthal* para hacer referencia a las personas que por motivos morales o religiosos, o muchas veces por opiniones cargadas en una fuerte convicción científica, médica y psiquiátrica, no quieren aceptar los postulados de la ideología de género. Esto es muy representativo del sentir de algunos de los elementos de nuestra sociedad, quizás por ser los más visibles a través de medios como las Redes Sociales, que consideran estar de parte del *progreso* y que todos los que no comparten sus creencias son, por definición, *hombres y mujeres del pasado*; que sus opiniones no son válidas y que incluso resultan discriminatorias.

Esto resulta un discurso significativo por cuando viene de personas que abogan por el reconocimiento, la aceptación y el respeto, ya que adquiere unos tintes que sugieren una suerte de imposición y colonización ideológica que anula la validez de una corriente de pensamiento que, como en este trabajo hemos tratado de demostrar, también presenta una validez, también considera unos intereses que son legítimos y también merece por lo tanto alguna clase de protección institucional.

El problema que hemos podido presumir en la elaboración de este trabajo es un problema pendular, y somos víctimas del resultado de su oscilación; como durante años, las personas con orientaciones sexuales diversas y el feminismo de género se han sentido oprimidos, rechazados y excluidos del espacio público, su lucha por la igualdad se ha hecho con tanto ímpetu que ha terminado por sobrepasar determinados límites deviniendo en una especie de imposición de sentido contrario que aspira a conseguir alguna clase de justicia compensatoria a través de los siglos. Actitud que, en una sociedad plural y democrática, como lo es la española, resulta incomprensible a día de hoy para todas aquellas personas que lo único a lo que aspiran es a que su esfera particular de creencias y valores resulte protegida.

La educación, no hace falta insistir en ello, es un asunto crucial. Las luchas en materia de libertad de enseñanza han sido culminadas con el éxito que garantiza nuestra constitución, sin obviar que las sociedades cambian, evolucionan, y que la normativa legal ha de atender a tales procesos para adaptarse con justicia y pertinencia a su momento histórico. Sin embargo, hemos de afirmar con tristeza que la sinrazón parece estarse imponiendo en esta lucha desde hace años. Hablamos de sinrazón no como una manera de desprestigiar a una ideología o execrar a unas aspiraciones, sino para significar que lo ideológico parece establecerse como criterio casi exclusivo para el debate sobre los derechos civiles, al menos en esta materia. Se está alimentando un conflicto inexistente, interesado, r lugar porque haya conflicto, ya que desde nuestro punto de vista tenemos una Constitución para que no existan estos conflictos, y es que más allá de la posible colisión de derechos, hemos podido comprobar que no hay lugar a dicha colisión pues nuestra constitución y los textos internacionales a los que estamos comprometidos reconocen la postura de los injustamente vencidos. El problema de esta injusticia es que resulta de difícil reparación, porque aquellos que defienden la ideología de género se mueven por definición en una dialéctica marxista,

una dialéctica de conquistas sociales, y la imposición de su ideología en la educación pública ha surtido el efecto de victoria en sus conciencias, al suponer una nueva conquista que legitima más aún su narrativa de que hay que imponer lo nuevo para equilibrar el desequilibrio pasado, y cualquier clase de rectificación será percibida por ellos como un acto de nueva opresión, como un nuevo gesto de rechazo y de discriminación que debe ser combatido.

Es peligroso, utilizar la educación como un campo de batalla, porque las bajas colaterales son inasumibles en ninguna democracia. Debe atenderse, como hemos podido comprobar, al interés superior del niño, que quiere decir al pleno desarrollo de este y de su capacidad crítica, pues será esa capacidad crítica la que termine con toda clase de desigualdades y de discriminaciones, porque una educación completa nos lleva a eliminar el oscuro mundo de lo desconocido, si no existe lo desconocido, no existe el temor a lo desconocido y no existe tampoco, rechazo a los desconocido. En cuanto a la realidad de la diversidad e identidad sexuales se refiere, hoy nadie podría afirmar cabalmente que existe una situación de persecución o represión en España. Lo cual no significa que una ideología (que como tal se autodefine) proclamada por una parte de la sociedad, deba imponerse obligatoriamente al resto. Es por esto que necesitamos reequilibrar la situación y evitar que el derecho se convierta en instrumento o máscara de los fuertes para poner de su lado la balanza o a las instituciones públicas. El derecho, y más aún el derecho constitucional y la educación, responden a unos valores mucho más grandes, generales y amplios, mucho más importantes, que amparan a la sociedad en su conjunto. Porque, en definitiva, el derecho supone dar a cada uno lo que le corresponde: igualdad e integración al que la necesita; y libertad para el que la pide y la merece.

6.- Bibliografía

6.1.- Libros:

ALONSO DE ANTONIO, J.A., ALONSO DE ANTONIO, A.L., Derecho Constitucional Español 5ª Ed., Editorial Universitas, Madrid 2013

ALVAREZ VÉLEZ, M.I., Lecciones de Derecho Constitucional, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014

BARTOLOMÉ TUTOR, A., Menores e Identidad de género: Aspectos Sanitarios, jurídicos y bioéticos, Sepin, Madrid 2017

BUTLER, J., Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity, Routledge, Londres 1990

CAMPS, M. Identidad Sexual y Derecho: Estudio interdisciplinario del transexualismo, EUNSA, Navarra 2007

EMBID IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, 1983

ORTIZ DIAZ, J., La libertad de enseñanza, Universidad de Málaga, 1980

6.2.- Artículos:

ALVAREZ VELEZ, M. I., ALCÓN YUSTAS, M.F. Breve estudio de la situación jurídica del derecho a la educación, Revista española de Derecho Constitucional año 12 1992. p. 221-240

APARISI, A., Ideología de género: de la naturaleza a la cultura., Persona y Derecho, 61 (2009), p. 169-193

EMBID IRUJO, A., Derecho a la educación y Derecho educativo paterno. Revista española de Derecho Constitucional año 3 número 7. Enero-abril 1983 p 369-384

GIMÉNEZ MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL., Las leyes fundamentales y la construcción del 'constitucionalismo cosmético' franquista GLOSSAE, European Journal of Legal History, nº 12 (2015) Valencia, España

GONZÁLEZ, A.M. , Género sin ideología, *Nueva Revista*, 124 (2009), p. 32-40

GÓNZALEZ ORFANEL, G., Derecho a la educación y libertad de enseñanza. Naturaleza y Contenido (Un comentario bibliográfico), Revista española de derecho constitucional, nº 7, 1983, [online]

FLAX, J. Political Philosophy and the Patriarchal unconscious: a psychoanalytical perspective on epistemology and metaphysics

6.3 Páginas Web:

ARPAL ANDREU, J., El devenir judicial de la asignatura educación para la ciudadanía Jorge Arpal Andreu. Noticias jurídicas. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4444-el-devenir-judicial-de-la-asignatura-de-educacion-para-la-ciudadania/> [última consulta:4/6/2018]

CANOSA USERA, R., Sinopsis artículo 27 (2003), Actualizada por GONZÁLEZ ESCUDERO, A., (2011) página www.congreso.es. [última consulta 14/03/2018.

6.4 Legislación:

Constitución Española, 1978

Convención sobre los Derechos del niño, 2006

Ley 13/ 2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Ley 3/ 2016, contra la LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación Sexual en la Comunidad de Madrid

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación

Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria (DEROGADA)