

# LA ENSEÑANZA PRIVADA EN ESPAÑA: CONSIDERACIONES SOBRE SU PROBLEMÁTICA ACTUAL EN EL MARCO DE LA POLÍTICA EUROPEA SOBRE EDUCACIÓN (\*)

Por

ANTONIO EMBID IRUJO  
Catedrático de Derecho Administrativo

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. SOBRE LAS DIFICULTADES Y NECESARIAS LIMITACIONES DEL ESTUDIO.—II. LA INCIPIENTE POLÍTICA DE EDUCACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. LA LIBERALIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL LLAMADO MODELO SOCIAL EUROPEO. UN APUNTE SOBRE EL REVERDECIMIENTO DE LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO: 1. *El contenido de la política de educación y formación profesional en el Tratado de la Comunidad Europea reformado en Maastricht*. 2. *El modelo social europeo: la combinación entre libertad y solidaridad*. 3. *El reverdecimiento de la teoría del servicio público en los debates políticos franceses en torno a ciertas liberalizaciones propugnadas desde la Unión*. 4. *Algunas conclusiones. La reconducción a la lectura e interpretación del propio marco constitucional*.—III. LAS LIBERTADES EN LA ENSEÑANZA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES: 1. *La libertad de enseñanza como supraconcepto que cubre, entre otras, a la libertad de creación de centros docentes*. 2. *El ideario educativo o carácter propio: su reconocimiento y límites*. 3. *El poder de dirección del titular del centro*. 4. *La ayuda económica a los centros privados. La cuestión de la directa derivación constitucional de una pretensión a la misma*.—IV. APUNTES SOBRE LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE UN DISTINTO MODO DE FINANCIACIÓN A LA ENSEÑANZA PRIVADA: 1. *La posible ayuda económica pública a los centros no concertados*. 2. *Examen inicial sobre la legitimidad constitucional de la introducción del llamado cheque escolar como mecanismo de financiación de la enseñanza privada y favorecedor de la libertad de elección de centro*. 3. *La ayuda económica a los padres desde otras premisas. La desgravación fiscal*.—V. REFLEXIONES FINALES.—VI. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.

## I. INTRODUCCIÓN.

### SOBRE LAS DIFICULTADES Y NECESARIAS LIMITACIONES DEL ESTUDIO

Vuelvo en la presente ocasión sobre un tema que me ha preocupado en mi actividad investigadora desde el mismo momento de promulgación de la Constitución española de 1978 y al que he dedicado desde entonces diversos estudios (1). La labor realizada en el pasado

---

(\*) Este es el texto escrito de la conferencia que pronuncié en el I Congreso Europeo sobre Educación, organizado por la Asociación de Centros Autónomos de Enseñanza (ACADE) y celebrado en Madrid en abril de 1996. Las preocupaciones generales del Congreso, centradas en la financiación de la enseñanza privada en el marco de las políticas europeas de educación, explican la orientación del trabajo.

(1) Me remito al anexo bibliográfico y a las indicaciones que en las publicaciones personales allí recogidas se puedan realizar sobre otros trabajos menores.

la centré, sobre todo, en el ámbito de la interpretación constitucional (del art. 27, fundamentalmente) y se desarrolló mayoritariamente en el tiempo anterior a la promulgación de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación de 1985 (LODE, en adelante). Es obvio que si regreso ahora al tema he de partir sobre la base edificada personalmente en el pasado y advertir si sus conclusiones siguen siendo válidas para estos momentos finiseculares en los que, además y como advierten los organizadores de este Congreso, el paradigma de la liberalización parece desparramarse por el viejo continente como dicen que un fantasma lo hizo tiempo ha por el mismo solar europeo.

Las dificultades objetivas del tema que se me propone son evidentes y debo resaltarlas inicialmente a modo de pedir, subliminalmente, disculpas por los muy posibles resultados insatisfactorios de la indagación. Se trata de examinar la problemática jurídica actual de la enseñanza privada. De partir de la vieja expresión «libertad de enseñanza» y considerarla a la luz de unos planteamientos europeos que se quieren leer como rabiosamente contemporáneos. Viejos conceptos y nuevas necesidades. Habrá de juzgarse, si es el caso, sobre los puentes entre lo antiguo y lo moderno y resaltar las líneas de continuidad y de hipotética ruptura que puedan producirse.

Y si hablo de puentes y de líneas de conexión utilizo esos vocablos con plena conciencia de su más profundo significado. En Derecho, en muy escasas ocasiones se puede hablar de cortes radicales y profundos en los planteamientos del ordenamiento jurídico. Excepto en el supuesto de situaciones revolucionarias o de quiebras sociales y políticas singulares, es posible observar la historia del ordenamiento jurídico como una suave ondulación de soluciones y respuestas a problemas que hasta en los supuestos de variaciones aparentemente algo más abruptas suele ir tamizada por las apelaciones a los derechos adquiridos, con las consiguientes situaciones de transitoriedad más o menos expresadas con rotundidad en las disposiciones al uso de las leyes. Estas disposiciones transitorias, por cierto y permítaseme la digresión, son uno de los trabajos jurídicos más delicados que puedan emprenderse y, muy probablemente, el agraz campo de Marte donde el jurista que merece propiamente ese apelativo tiene que mostrar sus mejores dotes creadoras, pues la usual finalidad de interés general de estas disposiciones —interés general consistente en que el delicado tejido social, tan trabajosamente llevado al punto de equilibrio a lo largo de los tiempos, no pueda saltar con facilidad por los afanes y calenturas de algún Legislador o Administrador excesivamente impaciente (2)— exige un

---

(2) De aquí que, en los parámetros del Estado de Derecho, toda modificación norma-

trabajo de encaje no pensado para los meros aficionados al arte de normar (3).

La tarea es complicada, y más si se reflexiona sobre el ámbito espacial que este Congreso toma como objeto de referencia y que obliga a sus ponentes a considerar prioritariamente: Europa. Europa, nada menos.

Y digo nada menos porque hoy, en 1996 y en los días subsiguientes al inicio en Turín de la Conferencia intergubernamental que debe revisar el Tratado de la Unión hecho en Maastricht en 1992, podemos preguntarnos en el pórtico de una ponencia específica con legítimo título y con un cierto temblor en la voz: ¿Qué es Europa, al menos a nuestros efectos? ¿Es la de los quince países que actualmente forman la Unión? ¿Debemos, por tanto, manejar aquí un concepto político tremendamente contemporáneo de Europa solamente, o tendremos que, dentro de estos parámetros políticos, modificarlo para incluir en él a los países que llaman con fuerza e impaciencia a las puertas de la Unión y que pretenden en el mismo comienzo del nuevo siglo incluirse en ella? ¿Es Europa, también, la que incluiría a Malta y Chipre, Polonia y Hungría, Letonia y Estonia, República Checa y Lituania, Eslovenia y Eslovaquia, Bulgaria y Rumanía... quizá, por fin, a Serbia, Bosnia y Croacia?

O, decididamente, ¿es más conveniente abandonar los presupuestos políticos e incluir dentro del concepto de Europa a los países que han formado tradicional o modernamente el espacio geográfico así llamado, a saber, los anteriores más Suiza, Albania, Bielorusia, Ucrania y la Rusia comúnmente llamada europea...?

¿Qué es Europa? ¿Cuál es, en consonancia con la respuesta que demos a la pregunta, esa concepción europea de la educación que debemos estudiar, que es posible que deba cambiar en el sentido que proponen los organizadores del Congreso? ¿Por qué todos esos países —y sus sistemas educativos— deben cambiar uniformemente y en esa dirección?

Son demasiadas preguntas, y alguna de ellas evidentemente capciosa, para poder ser respondidas en una introducción a un trabajo de limitaciones evidentes aunque de pretensiones más ambiciosas

---

tiva que la mayoría política del momento coyuntural emprende debe dejar a los sectores sociales perjudicados por la variación un tiempo razonable de readaptación a la nueva situación, de transición, hasta psicológica, a lo que se plantee como nuevo marco de juego de, normalmente, su actividad económica.

(3) También es posible razonar sobre las disposiciones transitorias a partir de otros planteamientos sobre los que los ejemplos abundan: mediante ellas se trata, en muchas ocasiones, de dejar la situación real tal y como existía antes de que un Legislador demagogo planteara aparentes trabajos de modificación normativa, ambiciosos en la forma y tremendamente conservadores en el fondo.

que sus concretas medidas. Quizá la gran respuesta vaya apareciendo matizada y sin pausa a lo largo de las páginas que siguen, pero, en cualquier caso, me parece ineludible intentar inicialmente un tratamiento de conjunto vinculado a las estructuras institucionales de la Unión, máxime cuando, como bien se dice en el folleto anunciador del Congreso, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión han proclamado a 1996 como el año europeo de la educación. Hablemos, entonces, de la Unión y de la educación.

## II. LA INCIPIENTE POLÍTICA DE EDUCACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. LA LIBERALIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL LLAMADO MODELO SOCIAL EUROPEO. UN APUNTE SOBRE EL REVERDECIMIENTO DE LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

La referencia a la Unión Europea con la que se cerraba el punto introductorio anterior me parece, además, significativamente importante por cuanto en la reforma de los tratados fundacionales hecha en Maastricht en 1992 se incluyó, por primera vez, entre las políticas europeas la de educación y de formación profesional.

### 1. *El contenido de la política de educación y formación profesional en el Tratado de la Comunidad Europea reformado en Maastricht*

En efecto, entre aquellas políticas que pueden servir a la consecución de los objetivos de la Unión Europea (4), aparece ahora en el artículo 3.p) la referencia a «una contribución a una enseñanza y a una formación de calidad, así como al desarrollo de las culturas de los Estados miembros».

Posteriormente, los artículos 126 y 127 tratan, respectivamente, del contenido de la política de educación y de la de formación profesional. En los dos casos, la regulación normativa se refiere a, por ejemplo, la cooperación entre centros educativos de distintos países,

---

(4) Objetivos que se expresan en el artículo 2.º del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, reformado por el de Maastricht con las siguientes palabras: «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3 A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.»

a la movilidad de estudiantes y profesores, al incremento de intercambio de información y de jóvenes, a la adaptación a las transformaciones industriales, al favorecimiento de la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral, etc. Resumiendo todo ello mucho mejor con el primero de los contenidos expresado por el artículo 126 en relación a la política europea de educación, se trata de

«desarrollar la dimensión europea en la enseñanza»,

para lo que puede servir fundamentalmente el

«aprendizaje y (...) la difusión de las lenguas de los Estados miembros».

Esto es, hasta ahora, lo que constituye política europea de educación en el más propio sentido de la palabra «europea». Un conjunto de fines y actividades que la Unión se propone realizar mediante, fundamentalmente, acciones de fomento y, subrayo lo que sigue, «con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» (5).

Debo reparar un momento en el último texto. En él hay una clara limitación de los medios de intervención de la Unión. Conscientemente, se renuncia a cualquier política de armonización de legislaciones. La Unión acepta, solamente, el camino del fomento (por ejemplo, ayudas, subvenciones, programas de apoyo económico a quienes se orienten en el camino de esa «dimensión europea de la enseñanza» o de los intercambios y movilidad de profesores y alumnos citados), y por ello no surgirán normas compulsivas de los núcleos normadores de la Unión que puedan mostrarse contrarias a las normas nacionales. En modo alguno cabe utilizar la potestad normativa en el seno de la Unión para obligar a las leyes nacionales, como sucede en el marco de otras políticas europeas, a su adaptación o a, incluso, la aplicación preferente de la normativa europea (6).

Importa señalar, además, que los documentos hasta ahora conocidos y surgidos en el proceso de modificación del Tratado de la

---

(5) El texto corresponde al contenido de los artículos 126.4 (política de educación) y 127.4 (política de formación profesional).

(6) En el texto estoy resumiendo excesivamente, bien es verdad, tanto el papel preferente del derecho europeo como el juego respectivo que tienen los Reglamentos y las Directivas europeas en relación a la normativa europea. No merece la pena profundizar más aquí en instrumentos y técnicas específicos del derecho comunitario. Sobre la cuestión en general puede verse, en nuestra lengua, el libro de R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. CEURA, Madrid, 1994.

Unión hecho en Maastricht (7) no inciden en modo alguno en la adición de nuevos contenidos a las políticas de educación o de formación profesional, por lo que no parece previsible, por tanto y a despecho de lo que el proceso negociador pueda deparar cuando concluya, que los textos citados en este trabajo vayan a cambiar en un próximo futuro.

## 2. *El modelo social europeo: la combinación entre libertad y solidaridad*

Pero aun cuando no se vayan a producir previsiblemente cambios significativos en el contenido de las políticas europeas concretas de que se habla, sí que la consulta al documento políticamente, quizá, más relevante de todos los surgidos últimamente, el de la Comisión Europea, permite, leído desde la óptica que ahora nos puede preocupar, la reflexión sobre el llamado «modelo social europeo», que la Comisión describe así:

«Edificado sobre un conjunto de valores comunes a todas las sociedades europeas, el proyecto europeo pretende promover dichos valores, que combinan los rasgos característicos de la democracia —derechos humanos, Estado de Derecho— con los de una economía abierta, basada en el dinamismo del mercado, la solidaridad y la cohesión. Entre estos valores figura el acceso de los ciudadanos a los servicios universales o a servicios de interés general, que contribuyen a los objetivos de solidaridad e igualdad de trato» (8).

Este modelo social europeo no es, para la Comisión, una mera referencia a un esquema representativo de una situación del pasado, sino que, por el contrario:

«En el momento de franquear una nueva etapa política, merece la pena confirmar y puntualizar la defensa de dicho modelo.»

---

(7) Llamo conocidas a las tomas de postura hechas por la Comisión, el Parlamento o algunos países (Alemania, Francia...). España, hasta el momento y por razón del peculiar momento político en que se vive cuando se redacta esta ponencia —marzo-abril de 1996—, no ha hecho pública ninguna posición propia. Vid. en idioma español la publicación de la Comisión *Dictamen de la Comisión. Reforzar la unión política y preparar la ampliación*, Bruselas, 1996.

(8) Cfr. pág. 9 del documento citado.

Para la Comisión, nos encontramos, sin duda, con la expresión «modelo social europeo» ante el resultado final de las tensiones entre vectores —hipotéticos, obviamente— que no siempre se orientan en la misma dirección. Ese resultado sería el producto de un cierto equilibrio entre libertad y solidaridad y representa, si se quiere, un compromiso entre los dos valores que hace que, en modo alguno, pueda entenderse uno de ellos —y sus consecuencias— como vencedor de lo que iría connaturalmente unido al otro (9). Llamo la atención, finalmente, acerca de la apelación al acceso de todos los ciudadanos a los servicios de interés general, que es una de las partes, para la Comisión, de ese modelo social europeo que en modo alguno puede verse contradicha, en su voluntad, por la reforma del Tratado y que tiene, sin duda, una especial relevancia cuando estamos tratando de la enseñanza, que sin duda puede configurarse como uno de esos servicios de interés general.

3. *El reverdecimiento de la teoría del servicio público en los debates políticos franceses en torno a ciertas liberalizaciones propugnadas desde la Unión*

El apunte anteriormente realizado sobre la posición de la Comisión en torno al modelo social europeo me parece resaltable, entre otras cosas, por lo muy reciente de la aparición de tan importante razonamiento. En el mismo sentido de lo importante y lo reciente, me parece de interés traer a este trabajo un recuerdo a la polémica que ahora se desarrolla en Francia en relación a las propuestas de la Unión Europea sobre la liberalización de ciertos sectores (telecomunicaciones, gas, ferrocarriles y electricidad, siendo este último uno de los claves en el debate que indico), que han tropezado con la resistencia del Gobierno y de la Asamblea franceses, centradas, fundamentalmente, en la teoría del servicio público.

Así, la Asamblea francesa adoptó el 30 de noviembre de 1995 una resolución relativa a los servicios públicos, pórtico de la cual fue una intervención parlamentaria del Ministro de Industria, de Correos y de Telecomunicaciones, M. Franck Borotra, en la cual se hace una

---

(9) La Comisión insiste posteriormente con gran extensión en la dimensión social europea —con propuestas que, de seguro, no serán bien leídas desde Gran Bretaña, vista la exclusión de este país de la política social europea— y en las políticas de empleo, que, sin duda, centrarán buena parte de los debates de la Conferencia intergubernamental ahora abierta. No es nuestra tarea, obviamente, la de profundizar en esta cuestión tan alejada materialmente de nuestro objeto de preocupación, aunque no así en ciertos de sus fundamentos.

apuesta por la modificación en la forma de prestación de algunos servicios públicos, pero sin abandonar los valores de solidaridad y cohesión entre los franceses que están vinculados a la teoría del servicio público (10). La cita que reproduzco a continuación es larga pero sustanciosa, y forma parte del comienzo de la intervención del Ministro:

«El servicio público forma parte integrante de la cultura francesa. Los valores que están unidos a él, como la solidaridad entre los franceses y las diferentes partes del territorio, están en la base de la cohesión social de nuestro país y del pacto republicano que lo funda.

Ahora bien, estos valores aparecen hoy amenazados por las evoluciones tecnológicas y por la primacía acordada a la concurrencia por una Europa cada vez más liberal.

Desde el comienzo, ésta se ha distinguido por mecanismos de toma de decisión que reposan más sobre la interpretación del derecho que sobre arbitrajes operados al nivel político. Por retomar una fórmula de M. Christian Stoffaes, la Comunidad es un “Derecho sin Estado (...) mientras que los servicios públicos aparecen unidos indisolublemente a la noción de Estado”, de lo que se deduce una evidente contradicción.

La Unión Europea no está, por otra parte, muy lejos de ser un “gobierno de jueces” con la intervención cada vez más importante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Esta jurisdicción ha contribuido así profundamente a la modificación de las reglas aplicables a los servicios públicos, aun cuando se haya podido observar una inflexión reciente de su jurisprudencia.

El riesgo es tan grande que podríamos pasar de una sociedad conducida por la política, la que emana del sufragio universal, a una sociedad regida por las únicas leyes del mercado, controlada por instancias “independientes” o por jueces. Este riesgo es tanto más importante que la política tiende a abdicar sus poderes en

---

(10) Creo que existe una evidente coherencia entre el planteamiento del Ministro en noviembre de 1995 y la Circular de 26 de junio de 1995, relativa a la preparación y a la implantación de la reforma del Estado y de los servicios públicos, que firma el Primer Ministro, Alain Juppé («Journal Officiel de la République Française» de 28 de julio de 1995).

nombre de la mundialización de la economía y en provecho de los mercados de capitales cada vez más poderosos.

La generalización de las privatizaciones en el mundo ha debilitado la legitimidad de las empresas públicas y, *a fortiori*, del servicio público, concepto profundamente ligado a nuestra historia. ¿Es preciso concluir que la renuncia a toda especificidad es la única solución y que no nos queda más que imitar a nuestros *partenaires* más liberales?

Va de sí, por el contrario, que deberemos preservar los principios esenciales del servicio público, sin excluir sin embargo las adaptaciones necesarias a las realidades contemporáneas» (11).

El párrafo final, mantenimiento de los principios esenciales del servicio público sin excluir las adaptaciones necesarias a las realidades contemporáneas, me parece de lo más sustantivo de la intervención y de las posteriores resoluciones aprobadas por la Asamblea (12), otra vez pensando en nuestro objeto específico de tratamiento, la enseñanza privada en nuestro país (13).

#### 4. *Algunas conclusiones. La reconducción a la lectura e interpretación del propio marco constitucional*

La enseñanza en Francia es un servicio público con un carácter nacional inconfundible desde muchos puntos de vista. Uno de ellos,

---

(11) La traducción del texto es mía sobre el original francés.

(12) Resoluciones que, según todos los indicios, han debido tener éxito pues no avanzaron en el semestre de presidencia española las tendencias liberalizadoras en el mercado de la electricidad, con casi total seguridad, por la resistencia francesa presente en el texto que cito.

(13) En España la enseñanza fue considerada por la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970 (LGE, en adelante en este trabajo) como servicio público, y la misma expresión sigue informando la definición de la enseñanza universitaria en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, artículo 1.º, si bien ha desaparecido la expresión servicio público de la definición de la enseñanza no universitaria, como demuestra la consulta a la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE, en adelante en este trabajo), y de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE, en adelante en este trabajo). En todo caso, debe recordarse que el servicio público en la LGE era un servicio «impropio» como muy bien puso de manifiesto tempranamente R. GÓMEZ FERRER en *El régimen general de los Centros privados de enseñanza*, en el núm. 70 de esta REVISTA, 1973, y sin que ello tenga, por tanto, trascendencia sobre la posible reserva al sector público de esta actividad, que sería incompatible, además, con el artículo 27.5 CE, como indiqué en mi trabajo *Las libertades en la enseñanza*, cuyo título es ya de por sí significativo de lo que se pretendía, en general, defender.

la misma configuración ideológica absolutamente neutra, valorativamente hablando, de la enseñanza. Ello tiene la causa en que el laicismo fue la ideología dominante durante el tiempo en que se forjó el servicio durante el siglo XIX y le dio y le sigue dando una pátina inconfundible entre los diversos sistemas educativos europeos (14), no siendo, ni mucho menos, despreciable tampoco la influencia que sobre muchos de ellos ha ejercido y sigue ejerciendo (15). Visto lo anterior, se puede comprender cómo, si de educación o enseñanza en el contexto europeo del futuro quiere hablarse, tendrán que tenerse en cuenta estas tomas de postura francesas acerca de las modificaciones y pervivencias de los servicios públicos tanto por venir de país tan relevante en el contexto de la Unión Europea como por, como acabo de indicar, la capacidad de influencia externa de que goza.

Con la referencia al debate interno en un país, Francia, quiero también llegar a una de las conclusiones parciales de este estudio y, desde luego, única de este punto, y que consiste en la suma dificultad de pensar en la existencia —y de, consiguientemente, construir científicamente con la mínima seriedad requerida para el caso— de una suerte de régimen jurídico europeo de la enseñanza. No se da tal régimen unitario, en modo alguno. No se puede hablar de un régimen de la enseñanza en el ámbito institucional de la Unión Europea puesto que la política de educación y de formación profesional tiene los límites evidentes que se han resaltado *supra* y que impiden cualquier razonamiento en esa dirección. Pero tampoco hay homogeneidad entre los regímenes internos de los países que pertenecen a la Unión (16), y no la habrá con bastante seguridad en el futuro en el ámbito de una Unión fuertemente ampliada como es el escenario que se adivina sin esfuerzo y sin que, además, la Unión parezca plantearse ninguna homogeneización «desde arriba», con la autoridad suprema que sobre los regímenes jurídicos internos darían los Tratados.

Eso lleva a la conclusión de la necesidad de analizar los regíme-

---

(14) Creo que en lo esencial siguen siendo válidas las indicaciones que sobre el sistema educativo francés desde la perspectiva de las libertades proporcioné en *Las libertades en la enseñanza*, págs. 23 y ss. Más recientes indicaciones en nuestra lengua en J. M. DÍAZ LEMA, *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, en varios lugares: por ejemplo, págs. 47 y 48.

(15) Por ejemplo y desde la perspectiva española, no cabe duda de la influencia que en nuestro ordenamiento jurídico educativo han tenido los planteamientos franceses. En particular, el régimen de conciertos educativos que hoy regula la LODE es deudor de la Ley Debré de 1959. Un estudio de la misma en las obras de EMBID y DÍAZ LEMA citadas en nota anterior, donde, además, se proporcionan otros ejemplos de esa influencia.

(16) Puede verse un estudio de los sistemas educativos de Francia, Italia y Alemania en mi libro *Las libertades en la enseñanza*, de cuyos tres sistemas podría destacarse, entre otras cosas y si nos empeñamos en buscar rasgos comunes, un peso de la enseñanza pública que en algún caso llega a ser abrumador. Pero eso no es, obviamente, tónica general de Europa si se piensa en otros países como Inglaterra o, incluso, la misma España.

nes jurídicos propios de cada uno de los países para conocer y juzgar sobre aquellas de sus características más resaltables. Además, y si ese examen comienza por la consideración del texto constitucional, será posible advertir así los caminos y limitaciones que para futuras o posibles evoluciones del régimen jurídico ordinario marca el texto constitucional. Eso es lo que vamos a hacer en los puntos siguientes en relación a España, bajo la premisa de que un texto constitucional como el nuestro se ve hoy enmarcado en medio de ideas bastante generalizadas sobre la necesidad de relajar la intervención del Estado en el ámbito de la economía o de las prestaciones usualmente públicas, bien que la concordancia entre los partícipes en el debate sólo exista hasta ahora en el plano de las afirmaciones iniciales, siendo advertible, sin embargo, bastante disparidad en las conclusiones últimas a donde podría conducir esa liberalización, como se ha mostrado con algunos ejemplos representativos indicados en este punto (17).

### III. LAS LIBERTADES EN LA ENSEÑANZA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES

En un punto como éste debo, necesariamente, recordar y, consiguientemente, resumir algunas de las aportaciones recogidas en mis publicaciones del pasado y que, pienso, siguen teniendo una cierta validez para entender las referencias constitucionales a la enseñanza (18).

#### 1. *La libertad de enseñanza como supraconcepto que cubre, entre otras, a la libertad de creación de centros docentes*

Así, creo que lo primero que debe seguir haciéndose, al menos mientras la actual Constitución esté vigente, es llevar a cabo un entendimiento correcto, coherente desde el punto de vista jurídico, de la expresión «libertad de enseñanza», centrandó la misma en el contexto de un sistema de derechos y libertades presente en la Constitu-

---

(17) En todo caso y aunque no se produjeran en el futuro variaciones sustanciales en el ordenamiento jurídico, creo que la interpretación de la norma en algunos supuestos sí que podrá modificarse por exigencias, simplemente, del contenido del artículo 3.1 Cciv.: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.»

(18) Por referirme a la última, sigo en este punto con atención la voz *Libertad de enseñanza*, que redacté para la *Enciclopedia Jurídica Básica* de la Editorial Civitas.

ción (arts. 20 y 27) que hace que, propiamente, debamos referirnos a la situación constitucional propia como la de un sistema de pluralidad, de variadas «libertades en la enseñanza».

Es cierto que durante mucho tiempo en nuestro país la expresión «libertad de enseñanza» ha sido la única recordada y valorada y, además, entendida de una forma excesivamente reduccionista, siendo esgrimida, como regla general, por aquellos sectores y posiciones que postulaban una defensa activa de los centros educativos en manos privadas —normalmente de la Iglesia o de entidades de signo religioso— frente a los poderes públicos como posibles sujetos educativos. Sin embargo, esto ya no es posible realizarlo con la misma rotundidad a la luz de la Constitución española de 1978. Quienes pretendieran hacer equivalente exclusivamente la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) a la libertad de creación y de dirección de centros docentes (art. 27.6 CE) no podrían explicar el porqué de la duplicidad constitucional de dos menciones en lugares tan cercanos, artículo 27.1 y 6 CE. A su vez, si se quisiera rodear la libertad de enseñanza de un cierto contenido, como siempre lo ha tenido, de determinación de métodos, fines, formas propias de asunción del hecho educativo, debería, igualmente, establecerse la relación —o duplicidad— con la libertad de cátedra regulada en el artículo 20.1.c).

Es obvio que la expresión libertad de enseñanza debe ser entendida de forma distinta a la tan reduccionista que he señalado por puras exigencias constitucionales (19). En el contexto de nuestra Constitución, la proclamación de la libertad de enseñanza por el artículo 27.1 CE significa, en principio, la imposibilidad de un monopolio educativo del Estado, la apertura de la enseñanza a la iniciativa de los particulares. Pero la libertad de enseñanza cubre también la posición del docente, específicamente contemplada por la libertad de cátedra del artículo 20.1.c).

La libertad de enseñanza se configura, así, como un supraconcepto que cubre tanto a la libertad de creación de centros docentes como a la libertad de cátedra. Sirve, en el fondo, para amparar a todo aquel que se dedica a la transmisión ordenada y sistemática de conocimientos, dentro o fuera del sistema docente oficial. Cobra toda su utilidad para poder decir con legitimidad constitucional que

---

(19) Puede tenerse en cuenta, como argumento proveniente del derecho comparado, que sólo en Francia se entiende por libertad de enseñanza la libre creación de centros. En Alemania se habla de libertad de enseñanza para designar la posición del docente universitario sobre todo (*Freiheit der Lehre*), mientras que para la libertad de creación de escuelas se utiliza otra expresión, *Privatschulfreiheit*. En Italia, por último, se usa la expresión libertad de enseñanza para comprender tanto la libertad de creación de escuelas como la libertad específica del docente en la escuela.

todo español es libre de desarrollar una actividad de enseñanza, de difusión de conocimientos hacia sus ciudadanos. Si se pretende llevar a cabo la creación de un centro docente para impartir enseñanzas de niveles oficiales, la libertad de enseñanza adopta la modalidad de libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE). Si el docente va a ejercer su actividad en un centro —sea público o privado—, la libertad de enseñanza adopta la modalidad de libertad de cátedra. Pero si este docente, ahora considerado como mero ciudadano, fuera de un centro o del sistema oficial educativo, pretende llevar a cabo una actividad educativa, puede hacerlo porque le cubre ese gran supraconcepto que es la libertad de enseñanza.

Este concepto de libertad de enseñanza sirve también para distinguir, al menos conceptualmente, a la libertad de creación con la mera libertad de empresa. La diferencia estriba en la posibilidad de aportar a los niveles de enseñanza impartidos una dirección ideológica concreta que se pueda plasmar en un programa, en un ideario educativo, en un carácter propio dentro de las condiciones legales que luego se precisarán. La falta de ideario educativo hará que nos encontremos, antes que con otra cosa, ante una empresa cuya actividad específica es la de impartir enseñanza. En el posible conflicto que pueda oponer al titular de esa empresa con uno de sus docentes, en modo alguno podrá decirse que se haya producido un conflicto específico entre libertades que tengan su núcleo originario en la libertad de enseñanza. Si acaso, se opondrán los poderes genéricos del empresario a los derechos que pretenda ejercer un trabajador. En el caso de que los derechos del trabajador se relacionen con la libertad de cátedra, ésta será la única libertad derivada de la libertad de enseñanza que se podrá poner sobre la mesa dialéctica. La posición de ese empresario privado será igual a la de otro empresario más, sin ningún añadido de tipo ideológico derivado de la libertad de enseñanza, ya que al no haberse hecho uso de la posibilidad de fijar un ideario educativo, ésta no existe como tal.

Esta determinada forma de entender la libertad de enseñanza permite expulsar también de su concepto a algunos contenidos que determinados autores han incluido dentro de la expresión. Así, de ninguna forma podría decirse que el derecho de los padres a escoger una enseñanza religiosa o a elegir centro educativo podría ser parte de la libertad de enseñanza. Formará parte del haz de derechos que puedan tener los padres en las condiciones legales que se determinen, pero nunca ser emanación de la libertad reconocida en el artículo 27.1 CE (20).

---

(20) Todo lo indicado en el texto es congruente con la jurisprudencia del TC en las

Igualmente, el derecho a la educación (art. 27.1 CE) es perfectamente distinguible de la libertad de enseñanza y tiene un contenido (21) propio atribuible exclusivamente al sujeto titular del derecho, el alumno, el escolar, el discente.

Visto todo lo cual quiero destacar, en la misma línea de continuidad que voy resaltando a lo largo de este estudio, mi apuesta decidida por la existencia del más amplio reconocimiento de libertades de todos aquellos que participan en la enseñanza, pero, al mismo tiempo, la necesidad de un correcto engranaje entre todas las distintas posiciones jurídicas (del titular del centro, de los profesores, de los padres, de los alumnos...), lo que implica, inevitablemente, un sistema de limitaciones en el que los poderes públicos tienen un evidente papel a jugar, entre otras cosas, en cumplimiento de la CE, como garantes del derecho a la educación (art. 27.5 CE).

Con la anterior advertencia y en el marco de las preocupaciones específicas de este Congreso, debo pasar a considerar lo que serían contenidos más típicos de la libertad de creación de centros docentes (22): la posibilidad de fijar un ideario por parte del centro (1), los poderes de dirección del titular del centro (2) y la ayuda económica pública a los centros privados (3). Con su consideración podremos notar la paradoja de que, no mencionando la CE ni el ideario ni la potestad de dirección, el TC considera ambos incluidos dentro de la libertad de creación de centros docentes y, por ello, objeto mismo de la protección constitucional. Sin embargo, y aun mencionando la CE la ayuda económica pública a los centros (art. 27.9 CE), en la práctica lo que se produce es una casi completa dejación a la ley ordinaria acerca del contenido de esa ayuda.

---

Sentencias sobre la LOECE y la LODE y recogido en la jurisprudencia ordinaria del TS. Como muestra, entre las últimas Sentencias del Tribunal Supremo puede verse la afirmación de la Sentencia de 17-3-1995 (Aa 661), donde se indica que: «... porque la libertad de enseñanza, ya sea interpretada como derecho a crear centros educativos, ya lo sea como derecho de quienes personalmente desempeñan la función educativa, no se ve concernida por la discordia competencial...».

(21) Cfr. EMBID IRUJO, *El contenido del derecho a la educación*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 31, 1981. En algunos casos, obviamente, los padres o tutores ejercen ese derecho a la educación. Cfr. EMBID IRUJO, *Derecho a la educación y derecho educativo paterno*, «REDC», 7, 1983.

(22) La libertad de creación de centros docentes tiene hoy un régimen jurídico «ordinario» expresado en la LODE, para referir el régimen de creación de centros docentes de niveles distintos del universitario, y en la LORU, donde se trata del «reconocimiento» de las Universidades privadas.

## 2. *El ideario educativo o carácter propio: su reconocimiento y límites*

El establecimiento de un ideario o carácter propio no aparece específicamente recogido en el artículo 27 CE; sin embargo, el Tribunal Constitucional (TC, en adelante) lo ha reconocido en sus sentencias sobre la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE en este estudio) y la LODE. En la Sentencia de 13 de febrero de 1981 (recurso contra la LOECE) se afirmó que:

«... el derecho que el artículo 34 LOECE reconoce a los titulares de los centros privados para establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución, forma parte de la libertad de creación de centros, en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a éstos de un carácter u orientación propios. Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (art. 38) consagra».

Cuando con posterioridad la LODE se ha enfrentado a esta cuestión, ha reconocido también el derecho al establecimiento de un ideario —carácter propio en su terminología—, limitando el mismo al marco constitucional y a los derechos de padres, profesores y alumnos (art. 22.1 LODE). La misma LODE dispone el principio de publicidad de este carácter propio (art. 22.2 LODE), que debe, por tanto, ser puesto en conocimiento de los miembros de la comunidad educativa.

Posteriormente, el TC, en su Sentencia 77/1985, de 27 de junio, se pronunció sobre la constitucionalidad de la LODE, afirmando la legitimidad de la regulación acerca del carácter propio del centro, mostrando su indiferencia con que se utilizara esta denominación o la de ideario educativo. El mismo TC razonó ampliamente acerca de la relación del ideario con los derechos de otros sujetos educativos, indicando cómo en algunas ocasiones esos derechos limitarían las facultades del titular y, en otras, sería al contrario. Lo que el TC consideró inconstitucional en la regulación de la LODE fue, por último, que se contuviera en ella un principio de autorización administrativa del ideario. Con muy buen sentido, el TC consideró que esa inmisión de los poderes públicos violaba el derecho a la libertad de enseñanza

y a la libertad de creación de centros docentes. Por supuesto, cualquier conflicto que pueda surgir entre el ideario y los derechos de otros sujetos educativos quedará sometido a la competencia de los Tribunales.

### 3. *El poder de dirección del titular del centro*

Tampoco la CE regula expresamente que una de las consecuencias del reconocimiento de la libertad de creación de centros docentes sea la de su dirección por el titular. Sin embargo, y como sucedía en el caso anterior, eso no ha sido negado por la interpretación constitucional. El TC ha partido de que la libertad de dirección es una consecuencia necesaria de la libertad de creación de centros docentes, una consecuencia necesaria que en modo alguno puede llevar a predicar un poder absoluto del titular del centro en su labor directora. En efecto, otro precepto constitucional (art. 27.7 CE), que se refiere a la intervención de padres, profesores y alumnos, en su caso, en la gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, se opondría a esa configuración absoluta, al menos en esos centros donde existe financiación pública. Se trata, por tanto, de que el régimen jurídico ordinario de la dirección de centros reconozca esa pluralidad de intervenciones de sujetos educativos y construya un sistema hábil para casar los derechos de todos.

La LODE es el texto que se preocupa de la construcción de ese régimen jurídico, otorgando una serie de potestades a los Consejos escolares, que actúan al lado del titular del centro, y, en algunos casos, una cierta intervención a la Administración educativa. Esta pluralidad de intervenciones puede hacerse problemática a la hora del nombramiento o del cese del Director, de la selección o despido del profesorado, del ejercicio, por fin, del poder disciplinario sobre los alumnos del centro, sobre todo en el ámbito de los centros concertados (23), habiendo el TC en su Sentencia 77/1985 interpretado las disposiciones de la LODE en un sentido conciliador de posiciones pero dejando claras las potestades finales de decisión que tiene el titular del centro.

---

(23) Vid. algunas modificaciones no excesivamente significativas del régimen jurídico de la LODE producidas por la LO 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes.

4. *La ayuda económica a los centros privados.  
La cuestión de la directa derivación constitucional  
de una pretensión a la misma*

La cuestión enunciada en el epígrafe de este punto nos sitúa ante uno de los temas más discutidos en todos los planos posibles —económico, jurídico, político y social— durante los años pasados. Igualmente en torno a la financiación a la enseñanza se centran algunas de las preocupaciones de este Congreso, por lo que me extenderé suficientemente sobre la cuestión tanto en este punto como en el siguiente apartado, donde se valorarán constitucionalmente algunas de las propuestas de futuro que usualmente se hacen.

El punto de partida en el análisis tiene que ser la consideración del artículo 27.9 CE, en el que se indica que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca».

El debate planteado sobre este texto se ha centrado en torno a la cuestión de si de él se derivaba una pretensión a una ayuda económica pública o si el acento debía ponerse en la remisión a la ley ordinaria, de tal forma que ésta sería la soberana a la hora de construir las posibilidades de esa ayuda económica.

Como en tantas ocasiones, el cruce de argumentos muy estimables en una u otra dirección ha debido esperar al pronunciamiento del TC para su definitiva resolución. Este pronunciamiento tuvo lugar con la Sentencia 86/1985, de 10 de julio (24), en un recurso de amparo interpuesto contra Sentencias del TS que conocieron de recursos contra Ordenes Ministeriales que regulaban subvenciones.

Pues bien, en esta Sentencia el TC ha afirmado que el artículo 27.9 CE no funda derechos directos a una ayuda económica. Ese artículo debe contemplarse como un mandato al legislador y, por ello, no funda derechos subjetivos que pudieran llevar a impugnaciones

---

(24) Llamo la atención de que la STC sobre la LODE no trató esta cuestión, pero tampoco le fue indiferente al Alto Tribunal el tema de la financiación de los centros concertados. El TC afirmó la constitucionalidad de la regulación legal frente a los requirientes que exhibían distintos argumentos contra ella. En particular y en relación a la fijación de un módulo económico para los centros concertados, en el fdo. jdo. 12.º dijo el TC que ello «no coarta ni limita esa libertad [la de enseñanza y de creación de centros] sino que, más bien al contrario, contribuye a crear un mecanismo que favorece su ejercicio, puesto que se ofrece a quienes crean Centros docentes privados de enseñanza básica la posibilidad de optar por una financiación pública sin que se impida, por otro lado, que se mantengan al margen del régimen de conciertos si así lo prefiriesen. Por análogas razones no resulta que el artículo 49, núm. 3, de la LODE vulnere la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE, pues la creación de empresas educativas resultaría, por el contrario, favorecida por la posibilidad de opción para acogerse o no al régimen de conciertos».

jurisdiccionales. De la Ley nacerán las condiciones jurídicas que fundamenten esas pretensiones.

Ello no quiere decir, continúa el TC, que la Ley goce de discrecionalidad a la hora de pronunciarse sobre las ayudas. Esa Ley no podrá afectar a los derechos y libertades públicas presentes en el sistema educativo y tampoco podrá vulnerar el principio de igualdad. Hay, asimismo, otros preceptos constitucionales, como aquellos que regulan el gasto público y la actividad prestacional de los poderes públicos, que habrán de ser tenidos en cuenta. Concluye el TC con este significativo texto:

«Desde esta última advertencia, por lo tanto, no puede en modo alguno reputarse inconstitucional el que el legislador, del modo que considere más oportuno, en uso de su libertad de configuración, atienda, entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión. *No hay, pues, en conclusión (...) un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes sólo por el hecho de serlo, pues la ley puede y debe condicionar tal ayuda de conformidad con la Constitución en la que se enuncia, según se recordó en el mismo fundamento jurídico, la tarea que corresponde a los poderes públicos para promover las condiciones necesarias a fin de que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas.*»

El texto es importante, lleno de buen sentido y, sobre todo, de puertas abiertas al legislador para que configure el sistema de ayuda económica que crea más adecuado a los principios constitucionales y a las situaciones sociales y económicas de cada momento. No cabe duda de que las prestaciones de los poderes públicos son dependientes de las posibilidades presupuestarias coyunturales, también de las opiniones sociales mayoritarias acerca de los valores que deben ser preservados. Pues bien, tal pronunciamiento del TC deja las manos libres al legislador del futuro, que podrá, por ejemplo, mantener, modificar o derogar el actual sistema de conciertos educativos o sustituirlo por otro sistema de financiación, en función de los valores sociales cambiantes, de las necesidades presupuestarias futuras también.

#### IV. APUNTES SOBRE LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE UN DISTINTO MODO DE FINANCIACIÓN A LA ENSEÑANZA PRIVADA

La referencia anterior a la modificación o derogación del sistema de ayudas económicas a la enseñanza privada que hoy se encarna en los llamados conciertos educativos no quiere decir, en modo alguno, que pueda desaparecer cualquier tipo de ayuda económica pública a la enseñanza privada. Lo que se indica, insisto, es que ésta no tiene módulos o parámetros constitucionales únicos, pero la existencia de otros principios constitucionales, como el de la gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 CE), unida, sobre todo, a la gran afirmación de la libertad de la enseñanza y, por tanto, la imposibilidad de monopolio educativo del Estado, obliga a pensar en un sistema de financiación de ciertos centros privados (no tienen que ser todos, como bien ha indicado el TC) que impartan el nivel educativo para el que la CE predica la gratuidad. Es la Ley, con una libertad, como se ha dicho, bastante amplia, la que tiene que cumplir ese encargo constitucional.

Esta referencia a una Ley con amplio campo abierto por delante es la que me anima a discurrir en torno a tres cuestiones que en relación a la financiación pueden plantearse, entre muchas otras, obviamente. La primera cuestión a examinar sería la legitimidad constitucional de la introducción de un sistema de ayuda a centros no concertados (1); la segunda, la de juzgar, otra vez a la luz de la Constitución, la posibilidad de introducción del llamado cheque escolar (2); la tercera, por fin, examinar la viabilidad de ayudas específicas dirigidas a los padres que lleven a sus hijos a centros privados no concertados bajo la forma de desgravación fiscal, por ejemplo (3).

##### 1. *La posible ayuda económica pública a los centros no concertados*

La legislación actual (LODE y normas de desarrollo) instaura un sistema de conciertos educativos —equivalentes desde el punto de vista de la naturaleza jurídica a contratos entre la Administración y los titulares de los centros (25)— que sirven para instaurar la gratuidad en los niveles concertados. La cuestión es si el texto constitucional admite, al lado de este sistema de conciertos, la introducción de alguna posibilidad de ayuda económica pública a los centros que no lo es-

---

(25) El trabajo de referencia sobre esta cuestión es el de DIAZ LEMA, *Los conciertos educativos...*, ya citado.

tén, sea por voluntad propia o sea porque, dentro de las premisas de la programación escolar existente, no puedan ser concertados (26).

Pues bien, desde el punto de vista constitucional no existe ningún inconveniente en relación a la instauración de una ayuda como ésta, que, en todo caso, sería suplementaria a la que garantizara la gratuidad de la educación básica y nunca sustitutiva. Incluso el TC, en la STC 77/1985, de 27 de junio, fundamento de derecho 11.º, en relación al artículo 47.1 LODE, se pronunció en ese sentido indicando que:

«Esta especificación no supone, en los términos del artículo impugnado, que se excluya en forma alguna toda ayuda estatal al resto de los Centros privados, esto es, a los que impartan enseñanzas de un nivel distinto del básico. Si bien la disposición derogatoria viene a incidir en preceptos de normas legales anteriores en que se preveía ese tipo de ayuda, ello no representa que se introduzca una prohibición de ayuda a los Centros que queden excluidos del régimen de conciertos. Incluso, la disposición adicional tercera del proyecto prevé la posibilidad de que se acojan al régimen de conciertos, mediante acuerdos singulares, los Centros privados de niveles no obligatorios que en la fecha de promulgación de esta Ley están sostenidos total o parcialmente con fondos públicos.

La disposición impugnada, pues, lejos de oponerse a lo previsto en el artículo 27, núm. 9, de la CE, viene precisamente a cumplir sus mandatos en lo que se refiere a un sector determinado de Centros, *sin que el hecho de que en ella no se trate de otras vías de ayuda económica o de otra clase a otro tipo de Centros suponga impedir su concesión a los poderes públicos del Estado o de las Comunidades Autónomas, o contradecir los preceptos constitucionales.*»

---

(26) No puedan ser concertados porque no cumplan necesidades escolares dentro de la programación educativa existente. A estos efectos debe tenerse en cuenta que el concepto de programación educativa es, sin duda, el básico dentro del ordenamiento jurídico de la educación en nuestro país. De él y de su contenido dependen multitud de decisiones. En esencia, se trata mediante el mismo de atender a la escolarización efectiva de todos los españoles en la edad correspondiente mediante la creación de centros y puestos escolares. Téngase en cuenta, por ejemplo, el artículo 27.3 en su punto segundo de la LODE, que indica que «la programación específica de puestos escolares de nueva creación en los niveles obligatorios y gratuitos deberá tener en cuenta en todo caso la oferta existente de centros públicos y concertados», y que (art. 48.3 LODE) son los centros privados que satisfacen necesidades de escolarización los que tienen preferencia para suscribir un concierto educativo.

La decisión de instaurar las ayudas de las que hablo (sean del tipo que fueran) no está, pues, prohibida por la Constitución, sino perfectamente amparada por ella si el legislador ordinario así lo desea. El problema de juicio constitucional se transforma, entonces, en un problema de decisión legislativa, lo que equivale a decir de la voluntad política encarnada por el Legislador, y ello, en los momentos actuales, tiene muchos ribetes de simples posibilidades presupuestarias.

No quiere esto decir que la existencia, o no, de ayudas públicas a los centros concertados dependa exclusivamente de la bonanza de las finanzas públicas, no. Lo que estará presente en el fondo de una decisión atributiva de fondos en la dirección sobre la que nos interrogamos es la preferencia que el legislador competente muestre sobre las múltiples posibles finalidades a las que se pueden dedicar los recursos públicos. Fondos económicos, en realidad, siempre los hay. La gran cuestión, obviamente, es la de decidir en qué deben ser utilizados, y esa pregunta sólo la puede responder, en ausencia de vinculación constitucional taxativa, la mayoría política que se forme en cada momento.

La referencia a ese legislador competente me sirve, por último, para plantear el posible reproche de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, que pudiera plantearse si algún legislador autonómico decidiera instaurar ese tipo de ayudas y otros no (27). Ese resultado final, al margen que pueda ser querido o compartido desde criterios puramente personales, ideológicos o de concepción del Estado, no es en principio contrario a la Constitución, que atribuye a las CC.AA. una posibilidad de perseguir propios fines con plena autonomía y, por supuesto, con la utilización de sus propios recursos económicos (28). Sólo el legislador de lo básico (*ex art. 149.1.30 CE*), o sea, el Estado, podría impedir una actitud como la que estoy indicando imaginando normas limitativas o enmarcadoras de la libertad de actuación de las CC.AA. Esas normas hipotéticas tendrían que realizar un esfuerzo considerable de autojustificación apelando a títulos constitucionales concretos que apoderaran su surgimiento, puesto que en caso contrario serían muy difícilmente compatibles con la Constitución por contrarias a la autonomía de las CC.AA.

---

(27) Violación del principio de igualdad que podría plantearse en múltiple dirección: frente al legislador autonómico que decidiera la introducción de la ayuda, frente al legislador autonómico que callara y frente al legislador estatal básico que por omisión (con todos los problemas constitucionales vinculados al recurso por omisión en la actuación del legislador) permitiera ese resultado.

(28) Ese es el contenido de la autonomía política que para la prosecución de propios intereses se contiene en diversos preceptos constitucionales (arts. 2 y 137, fundamentalmente).

2. *Examen inicial sobre la legitimidad constitucional de la introducción del llamado cheque escolar como mecanismo de financiación de la enseñanza privada y favorecedor de la libertad de elección de centro*

El programa de actos de este Congreso contiene referencias a determinadas intervenciones favorables a la instauración del llamado cheque escolar, técnica que para fomentar la libertad de elección de centro ha conocido algunas (ciertamente escasas) realizaciones en el extranjero y es experimentada en la actualidad en un Municipio español en relación a la educación infantil. La presencia en este Congreso de una preocupación como la indicada me lleva a realizar un breve juicio acerca de su compatibilidad en abstracto con las prescripciones constitucionales, y todo ello al margen de la emisión de cualquier juicio personal sobre las virtudes o defectos de dicho sistema (29). La cuestión es lo suficientemente compleja como para que en el marco de un trabajo de corte exclusivamente jurídico no se introduzcan cuestiones valorativas propias de un planteamiento bastante distinto, y de ahí la limitación que indico.

Pues bien, la esencia del mecanismo indicado consiste en la atribución directa de una ayuda económica de los poderes públicos a los padres, que luego deciden aplicarla al centro de su elección, sea éste público o privado. Tal reduccionismo a la clave última del sistema permite concluir fácilmente en que se produce con esta técnica un vuelco radical sobre el actual sistema de financiación de la enseñanza privada que toma como objeto de referencia el «centro» escolar, que es el que concierne (contrata) con el poder público competente (el Estado o las CC.AA., según los casos).

Esta referencia al centro no es, por otra parte, una mera ocurrencia del legislador, sino que está expresamente contenida en la Constitución. Recuerdo, así, cómo el artículo 27.9 CE, que vengo examinando repetidamente, habla de ayuda a los «centros docentes» y que, en congruencia con el mismo el artículo 27.7 CE, consagra la intervención de profesores, padres y, en su caso, los alumnos en el «control y gestión de *todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos*» y en los términos que la Ley establezca. Es decir, la CE no contiene expresamente y en principio otro sistema de fi-

---

(29) Remito, en ausencia ahora de dicho juicio y para una completa panorámica sobre mecanismos de financiación a la escuela privada en distintos países y sobre argumentos contrarios o favorables a los distintos sistemas, a F. LÓPEZ RUPÉREZ, *La libertad de elección en educación*, Ed. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid, 1995, págs. 48 y ss. especialmente.

nanciación que aquel que suponga una vinculación entre el poder público y el centro escolar, mientras que el cheque escolar, como se acaba de advertir, a quien vincula financieramente es al poder público con los padres o tutores del alumno, que son quienes lo reciben (30). ¿Quiere todo esto decir, entonces, que la introducción del cheque escolar chocaría con obstáculos constitucionales insalvables, hasta el punto de no ser posible sino mediante la previa reforma de la Constitución?

Aplazo un momento la respuesta para indicar, además, que la consideración del moderno derecho educativo español permite constatar que en este tema ha habido siempre unanimidad legislativa, aun a pesar de aparecer las leyes en períodos políticos muy distintos. En efecto, las normas fundamentales han construido siempre la financiación a la enseñanza privada desde la óptica de la relación entre centro y poder público. Así sucedía en la LGE con la temprana regulación del sistema de conciertos (31), que, por cierto, no se llegó a realizar bajo la vigencia de la LGE, sino que debió esperar a la promulgación de la LODE, quince años más tarde (32).

Cuando la CE está hablando, por tanto, de ayuda a centros docentes no hace otra cosa que recoger el sistema legal existente en el momento de su promulgación. Un sistema que se trasladará, incluso, a norma de tanta relevancia internacional como el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales de 3 de enero de 1979 (33).

---

(30) Presupongo la menor edad, obviamente, del alumno y de ahí la referencia a los padres o tutores. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el titular del derecho a la educación es el alumno, no el padre o tutor.

(31) El establecimiento del sistema de conciertos era la verdadera voluntad de la LGE, como se desprende de la consulta al artículo 94 y, sobre todo, al 96, que los regulaba *in extenso*. Sin embargo, siguió «transitoriamente» vigente el anterior sistema subvencional que se «arrastró» hasta la promulgación de la LODE y aún tuvo una cierta vigencia transitoria posterior (vid. disposición adicional 3.ª LODE) para los centros anteriormente subvencionados que no pudieran entrar en el sistema de conciertos. Sin duda, la influencia francesa de la Ley Debré de 1959 era advertible en la LGE.

(32) La LOECE en su artículo 5.º no se mostraba absolutamente vinculada al respeto a la tradición de financiación a los centros, sino que permitía pensar en la voluntad, quizá, de instaurar un sistema distinto que, por supuesto, no era abordado por la propia Ley. Téngase en cuenta, así, que el artículo 5.1 se refería al derecho de padres y tutores a elegir tipo de educación para sus hijos o pupilos y que, inmediatamente, el artículo 5.2 indicaba que: «El Estado, mediante la correspondiente Ley de Financiación de la Enseñanza Obligatoria, garantizará la libertad fundamental de elección de centro educativo en los niveles de enseñanza que se establezcan como obligatorios y, consecuentemente, gratuitos.» Tal Ley de Financiación de la Enseñanza Obligatoria no se llegó a aprobar.

(33) Cfr. su artículo 13, que se refiere a la financiación de los centros de la Iglesia, que serán apoyados económicamente, se dice, en la misma medida que lo sean otros centros no estatales «de acuerdo con el régimen de igualdad de oportunidades». Bien es verdad que el texto introduce, además, la referencia a los posibles apoyos a los alumnos de los centros de la Iglesia en la misma medida que los alumnos del resto de centros no estatales.

Así y todo, y aun reconociendo que el obstáculo constitucional mencionado no es de pequeño fuste, cabría iniciar un proceso de razonamiento tendente a abrir el pórtico constitucional medio cerrado —es decir, sin postular la reforma constitucional en modo alguno (34)—, indicando dos cosas:

a) Que el cheque escolar sería un mecanismo de relación *indirecto* entre poderes públicos y centros escolares, en cuanto que finalmente la cuantía del mismo llegaría al titular del centro privado elegido por los padres.

b) Que en cualquier caso y en congruencia con los presupuestos constitucionales y la referencia a la relación «indirecta» que acabo de indicar, correspondería al poder público regular las condiciones en que los centros escolares privados podrían optar a recibir de los padres y tutores el cheque escolar (35).

Estas serían las condiciones argumentales mínimas iniciales para poder pensar en la introducción de la técnica sometida a examen desde diversas instancias en este Congreso. Obviamente, los problemas jurídicos que a continuación se abrirían serían muy importantes y algunos, otra vez, tendrían relevancia constitucional. Señalo los dos que me parecen más trascendentes:

a) El cheque escolar no garantiza, en principio, que en un centro concreto la enseñanza pueda ser gratuita. Un centro que no reciba un curso suficientes alumnos (y con ellos los «cheques») no podrá previsiblemente mantener la gratuidad al menos durante ese curso (36). Uno de los presupuestos del sistema obliga a pensar en que los escolares deberán pagar la diferencia (el déficit del centro) o tener la posibilidad de integrarse en otro centro en donde la gratuidad sí esté garantizada (por ser público o privado con suficientes cheques). La primera opción es contradictoria con la gratuidad proclamada cons-

---

(34) En este punto quiero ser absolutamente tajante. El artículo 27 CE fue producto de un delicado pacto constitucional cuyo fracaso, en algún momento, amenazó ser el mismo fracaso del proceso constitucional. Dada, además, la conflictiva historia educativa española, no puede postularse, creo, ni por asomo poner en cuestión una pieza maestra de la convivencia en nuestro país durante los casi dieciocho años que lleva de vigencia la Constitución de 1978.

(35) Esta cuestión sería en principio competencia del legislador básico (*ex art. 149.1.30 CE*), pudiendo las CC.AA. desarrollar sus prescripciones.

(36) ¿La podría mantener el siguiente?, sería la pregunta que nos podríamos hacer y que nadie puede resolver en el mismo momento de planteamiento de la «crisis» económica. Pero, entonces, ¿qué sucede con los alumnos que hasta ese momento estaban desarrollando con satisfacción —y gratuidad— los estudios en ese centro? Sigo en el texto con la misma idea.

titucionalmente de los niveles obligatorios de enseñanza (art. 27.4 CE) y no puede imponerse a nadie sin contar con su previa aquiescencia. La segunda sería contraria al principio de libertad de elección de centro, que, vinculado a ciertos derechos de los padres, es también presupuesto del sistema postulado y quien, realmente, lo justifica en el fondo.

b) El sistema tripartito de centros hoy existente en nuestro país (públicos, privados-concertados y privados no concertados) sería sustituido por otro consistente en la tríada centros públicos, privados susceptibles de recibir financiación pública indirecta y privados que no pueden recibir financiación pública indirecta. Debería pensarse en que el principio de intervención de profesores, padres y alumnos en la gestión de centros sostenidos con fondos públicos (*ex art. 27.7 CE*) tendría ahora que ir referido a los que llamo centros privados susceptibles de recibir financiación pública indirecta. Ello tendría las correspondientes consecuencias en el régimen jurídico ordinario (el regulado por Ley) de todos estos centros.

### 3. *La ayuda económica a los padres desde otras premisas. La desgravación fiscal*

Los problemas mencionados —creo que, en principio, salvables— de la introducción del sistema del cheque escolar no son menores, ni mucho menos, y, advierto, son sólo anticipo de los que se originarían, una vez transpuesto el plano constitucional, en el ámbito de la legislación ordinaria, lo cual no quiere decir, obviamente, que no se pueda seguir discurriendo en esa dirección y hasta que una mayoría política consolidada no decida legislar decididamente para la introducción de la técnica.

Mucho más simple me parece la posibilidad de introducir un tipo de ayuda económica para los padres o tutores que llevan a sus hijos o pupilos a centros puramente privados. La introducción de una desgravación fiscal tendría las mismas premisas que hoy se producen en el plano de otro servicio público esencial como es el de la sanidad. No es excesivamente difícil razonar en el sentido de que los gastos en medicinas y asistencia sanitaria, en general, deben tener un tratamiento fiscal semejante a los producidos en la enseñanza. En ambos casos se está descargando al poder público de unos gastos que de no ser asumidos por el particular deberían correr a su cargo, y en ambos casos, también, se está hablando de unas prestaciones públicas

juzgadas en el mismo plano por cualquiera que se aproxima al tema, pese a su diverso encuadre constitucional (37).

La posibilidad de introducción de esta medida depende exclusivamente del legislador ordinario, sin que haya obstáculos constitucionales a esa actuación. Serán parámetros económicos y, obviamente también, de preferencias políticas los que guíen las decisiones, pero, insisto, no de corte constitucional.

## V. REFLEXIONES FINALES

En las páginas anteriores se ha recorrido un extenso campo de problemas que ha desembocado, al final, en la eterna y repetida —repetida por importante— cuestión de la financiación de la enseñanza privada y sobre las posibles vías de evolución futura. Sobre el papel quedan escritas algunas intuiciones iniciales y otras incluso más profundas sobre los problemas jurídicos que el porvenir puede llevar consigo. Ahora me gustaría concluir con alguna reflexión alejada del marco puramente económico y de su entorno jurídico y relativa, en general, a la posición e intervención del sistema privado de educación en los momentos actuales.

Que nuestra Constitución potencia y permite la enseñanza privada es un hecho incontrovertible. Que, incluso, la interpretación del Tribunal Constitucional ha resaltado el elemento más relevante de esa enseñanza privada, la libre fijación de un ideario o carácter propio no sometido a ningún tipo de autorización administrativa, es también evidente. Lo que debe potenciarse en el futuro es una actitud del Legislador y de la Administración (nuevos sujetos públicos que introduzco ahora tras el constituyente y el Tribunal Constitucional), más proclives a realizar una diferenciación efectiva entre el régimen jurídico de los centros privados (sobre todo el de los no concertados) y el de los centros públicos.

Que en muchas ocasiones la actitud de la ley y de la Administración ante los centros no toma en cuenta el carácter público o privado

---

(37) En efecto, la regulación de la enseñanza y, dentro de ella, el derecho a la educación (y el resto de libertades públicas vinculadas) son configurados por la CE como un derecho fundamental o libertad pública con todas las consecuencias unidas a ello (regulación por Ley Orgánica, protección jurisdiccional extraordinaria hasta mediante el recurso de amparo ante el TC). Sin embargo, el derecho a la salud (art. 43) y el régimen público de Seguridad Social (art. 41) aparecen entre los llamados principios rectores de la política económica y social y no dan lugar a esas regulaciones y protecciones extraordinarias. En general, sobre la búsqueda de nuevas formas de financiación en la sanidad puede verse, últimamente, S. MUÑOZ MACHADO, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1995, especialmente págs. 129 y ss.

de los mismos es evidente para todo aquel que tenga algún punto de contacto, por leve que sea (sólo como padre o tutor, por ejemplo), con el sistema educativo. La igualdad absoluta e indiscriminada entre régimen de horarios, equipamientos, disciplinas o métodos pedagógicos o de examen no tiene sentido, en un sistema constitucional de protección suma a las libertades en la enseñanza, más que si el titular del centro privado así lo desea y/o si, en caso contrario, puede verse violentado el derecho a la educación del alumno, prevalente en cualquier caso de conflicto, por supuesto. Pero ello no es siempre así. La actitud de administradores e inspectores deja en muchos casos de desear en relación a estos valores, y no siempre está plenamente justificada la excusa del mandato legal que compulsivamente condujera a un determinado tratamiento de los centros privados semejante al de los públicos.

El favorecimiento de la autorresponsabilidad de la sociedad, que es la base de la actitud liberalizadora actual, está muy vinculado a una pura cuestión de «ambiente», de «actitud», de los administradores. Ciertos gestos pueden en muchos casos hacer más que cualquier sentencia del Tribunal Constitucional.

Creo, por fin y por último, que, al margen de la lucha dialéctica en relación a cuestiones ciertamente más atractivas y hasta «urgentes» como la de la financiación, el verdadero signo distintivo de una enseñanza privada radica en su capacidad de innovación pedagógica, de ruptura de fronteras establecidas en la educación, de propuesta de nuevos contenidos educativos sin miedo al reproche de «elitismo» y con conciencia clara del papel social altamente valorable que un tipo de esa enseñanza puede y debe cumplir en nuestro país y de la necesidad, por tanto, de su apoyo por parte de los poderes públicos (38). En ese ámbito, la enseñanza privada, sus titulares y los que a ella acuden en demanda de educación deben mostrarse dispuestos a ejercitar en toda su extensión y profundidad su libertad de enseñanza, a mostrarse fieles obedientes a un texto constitucional que consagra, como hemos visto a lo largo de este trabajo, un sistema de libertades en la enseñanza.

---

(38) Obviamente, cualquier estudioso de la educación en nuestro país no puede por menos de recordar la Institución Libre de Enseñanza y el papel ciertamente rompedor de moldes obsoletos en la educación que ésta desempeñó. El contacto con la naturaleza, el abandono del puro memorismo, los viajes de estudios, el cultivo del espíritu libre de formación, por ejemplo, son conquistas de la Institución que sólo muchos años más tarde han llegado también a la enseñanza pública.

VI. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Se incluye sólo bibliografía jurídica española aparecida con posterioridad a la Constitución de 1978 y que versa sobre los temas estrictamente tratados en este trabajo. El criterio de ordenación es el alfabético según el apellido del autor. Cuando hay varias obras del mismo autor, el criterio es, además, el cronológico según el año de su publicación.

- BARNES VÁZQUEZ, J.: *La educación en la Constitución de 1978 (una reflexión conciliadora)*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 12, 1984.
- DE LOS MOZOS TOUYA, I.: *Educación en libertad y concierto escolar*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1995.
- DÍAZ LEMA, J. M.: *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.
- EMBID IRUJO, A.: *El contenido del derecho a la educación*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 31, 1981.
- *Las libertades en la enseñanza*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983.
- *Derecho a la educación y derecho educativo paterno*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 7, 1983.
- *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 15, 1985.
- «Los principios de la jurisprudencia ordinaria sobre la enseñanza tras la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LODE», en *X Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Introducción a los derechos fundamentales)*, vol. III, Madrid, 1988, y en el núm. 116 de esta REVISTA, 116, 1988.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A.: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: *La educación en la Constitución española*, «Persona y Derecho», 6, 1979.
- «El artículo 27 de la Constitución: análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratados internacionales suscritos por España», en *Aspectos jurídicos del sistema educativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- ORTIZ DÍAZ: *La libertad de enseñanza*, Málaga, 1980.

La legislación para los niveles no universitarios puede encontrarse en la obra, en tres volúmenes, de A. EMBID IRUJO: *Legislación sobre enseñanza*, vol. I: *Normativa básica y enseñanza de régimen general*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994; vol. II: *Enseñanzas de régimen especial (artísticas y de idiomas)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995; vol. III: *Profesorado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

Para la enseñanza universitaria, vid. A. EMBID IRUJO, *Legislación universitaria*, Ed. Tecnos, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995.