

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA EDUCATIVA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA*

JAIME NICOLAS MUÑIZ

SUMARIO: I. Introducción. Antecedentes constitucionales.—II. Los derechos fundamentales educativos en la Constitución española de 1978.—III. El ajustamiento de los derechos fundamentales al derecho internacional de los derechos humanos.—IV. El desarrollo legislativo del artículo 27 de la Constitución. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 y la LOECE.

I. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Iniciar la exposición de la situación de los derechos fundamentales en materia de educación y enseñanza destacando la elaboración consensual de la Constitución española de 1978, no significa en modo alguno señalar una particularidad extrema de nuestro texto fundamental, pues no puede pasarse por alto el hecho de que toda constitución descansa sobre un pacto constituyente, sino que sólo trata de llamar la atención sobre un hecho doble: de una parte, sobre la circunstancia de que la regulación constitucional del derecho a la educación y la libertad de enseñanza representa en nuestra vigente Constitución una auténtica fórmula de compromiso muy apurado en todos sus términos, y, de otra parte, sobre el extremo de que fue en cierta manera la necesidad de llegar a este compromiso lo que, junto con los otros grandes problemas constituyentes, como los relativos a la organización territorial del Estado, la monarquía o las relaciones confesionales del Estado, provocó el paso a la elaboración consensual, en buena medida informal y extraparlamentaria, de la Constitución en su conjunto.

(*) La primera versión de este trabajo apareció en la «Europäische Grundrechte Zeitschrift», núms. 20-24/1981.

Sin perjuicio de lo que más adelante se apuntará en torno a otras declaraciones y preceptos de la Constitución que inciden también, y algunos muy directamente, en el tema que nos ocupa, el compromiso constitucional se plasmó en una fase temprana del proceso de discusión parlamentaria del proyecto constitucional, en la Comisión Constitucional del Congreso de Diputados, en la que, en virtud de una enmienda oral de los grupos parlamentarios centrista y socialista, a la que también daban su apoyo comunistas y otras minorías, se llegó a un texto que permaneció inalterado a su paso por el Pleno del Congreso y en todas las fases a que fuera ulteriormente sometido en el Senado. El artículo 27 de la Constitución (art. 25 en el texto de la citada comisión) quedó escrito en los siguientes términos:

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

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.

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

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la ley establezca.

Visto desde la óptica de las dos principales minorías parlamentarias, la centrista (gubernamental) y la socialista, las auténticas protagonistas del «pacto escolar», el juego de cesiones y concesiones mutuas pue-

de ser interpretado en los términos en que lo hace M. DE PUELLES: «La simple lectura del artículo 27 de la nueva Constitución nos indica la naturaleza del pacto. Los apartados quinto —participación de los sectores afectados, en la programación general de la enseñanza— y séptimo —control de padres, profesores y alumnos en la gestión de los centros subvencionados—, son, claramente, una concesión del partido centrista al partido socialista, transacción que posibilita constitucionalmente la cogestión democrática de la educación en el posible supuesto de un gobierno socialista. A cambio, el partido socialista ha cedido en los apartados primero —reconocimiento de la libertad de enseñanza—, sexto —expresa libertad de creación de centros— y noveno —expresa proclamación del régimen de ayudas a los centros privados—. De este modo, los socialistas han renunciado al principio de la escuela pública unificada, de tanta tradición en sus cien años de historia, aceptando la existencia de una red dual de establecimientos docentes. Han renunciado también a la idea de una escuela laica de carácter excluyente, aceptando, como todos los demás partidos, el apartado tercero que consagra el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.»

En síntesis, sobre un trasfondo conservador en el que destaca notablemente un elemento de constitucionalización de la financiación pública, también de la enseñanza privada, aunque en los términos que una ley de desarrollo establezca, los socialistas (en general la izquierda parlamentaria) logran imponer un marco democrático y de participación, que se refleja también en los fines que para la educación prescribe el apartado 2 del artículo 27.

En cualquier caso, el compromiso plasmado en el artículo 27 de la Constitución no representaba en realidad sino una especie de tregua, como pronto se pondría de manifiesto al introducir en el Senado los propios centristas un artículo 10.2 en el proyecto constitucional en el que se trataba elípticamente —mediante una remisión interpretativa al derecho internacional de los derechos humanos— de recuperar la parte más sustancial de sus concesiones en materia educativa. Sin embargo, fue la discusión y aprobación de la primera ley de desarrollo del artículo 27 de la Constitución, la Ley Orgánica del Estatuto de Centros de Enseñanza no Universitarios, el hecho que puso definitivamente fin a la tregua. Pero sobre uno y otro extremo tendremos ocasión de volver más adelante con el debido detenimiento.

Las dificultades para alcanzar y mantener un pacto escolar no deben, pues, extrañar. La polémica en torno a la libertad de enseñanza ha sido ciertamente una de las constantes de la historia de nuestro régimen constitucional. Básicamente, la lucha se ha desarrollado y se sigue desarrollando entre dos posiciones que aun coincidiendo en líneas generales con la dicotomía izquierda-derecha, con las modulaciones históricas pertinentes, podrían calificarse más expresivamente, y seguramente también con más tino, como «ilustración» e integrismo respectivamente, entendidos a su vez ambos conceptos en términos históricamente relativos.

De las dos facetas fundamentales del derecho a la educación, las señaladas justamente en el artículo 27.1 de la Constitución, la postura integrista, marcadamente confesional, se aferra hoy a la libertad de enseñanza entendida como libertad formal de creación de centros docentes, negando o reduciendo al máximo las responsabilidades y las competencias públicas en materia educativa. La posición ilustrada, por el contrario, destaca la vertiente social, de libertad material, del derecho a la educación; al Estado y a los poderes públicos corresponde garantizar la efectividad real del derecho a recibir educación, y para ello ha de afirmar, junto con un sistema de prestaciones de mayor alcance, la titularidad pública de la función docente y educativa, que ha de llevarse a cabo en un marco de laicidad, neutralidad y pluralismo, creando y dedicando atención preferente a la red de establecimientos públicos y acentuando las competencias de inspección y control sobre la totalidad del sistema educativo, esto es: también sobre la enseñanza privada, que, sujeta a una u otras restricciones y limitaciones, nunca dejó de ser reconocida, ni siquiera en los momentos de máximo predominio de la idea «ilustrada», como la Constitución republicana de 1931.

No ha de extrañar, pues, que ya en la Constitución de Cádiz de 1812 —nuestro primer texto constitucional, si prescindimos del Estatuto de Bayona de 1808, otorgado por Bonaparte— aparezca destacado el tratamiento de la educación con todo un título, el IX y penúltimo, rubricado «De la instrucción pública». Y es que la Constitución de Cádiz, pese a su tajante declaración de confesionalidad católica, es un vivo e intenso reflejo del espíritu de la Ilustración. En su artículo 366, con el que se abre el capítulo único del título en cuestión, ordena establecer en todos los pueblos de la Monarquía escuelas de primeras letras. Y muestra también de ese afán ilustrado, de educación, lo es el artículo 367, en el que se prevé el establecimiento de un número

adecuado de universidades y centros de educación superior. Todo ello, así como las otras previsiones constitucionales (la uniformidad del plan de estudio en todo el reino, la estructuración básica de la Administración educativa), obvio es decirlo, se formulaba desde una óptica de realce de la función del Estado en una materia como la educativa, por entonces prácticamente monopolizada en todos sus grados por la Iglesia.

La educación desaparece después de nuestros textos constitucionales hasta el último tercio del siglo XIX. Pero ello no quiere decir que el tema educativo no sea uno de los motivos recurrentes que ocuparon al legislador ordinario de aquellos agitados cincuenta años. Tras repetidos vaivenes restauradores y recursos al orden constitucional gaditano, el liberalismo español, ora el progresista, ora el liberalismo doctrinario de los moderados, va sentando las bases de un sistema educativo en el que el Estado asume — pese a la parquedad de sus recursos financieros— sus responsabilidades, dando los primeros impulsos a la red pública de centros de enseñanza de todos los niveles y afirmando sus competencias sobre la enseñanza privada, aunque — sobre todo por los moderados— se respetara el protagonismo y los privilegios de la Iglesia católica en este sector de la vida nacional. La Ley Moyano de 1857, aprobada inmediatamente después de un bienio progresista, tendría de hecho una vigencia más que centenaria, ya que hasta la Ley General de Educación de 1970 no triunfaría ningún otro intento global de enfocar la enseñanza que acertara a sustituir el modelo de aquella conservadora, pero no integrista, ley.

Continuando el proceso cíclico de nuestra historia constitucional, la Constitución de 1869 vuelve, esta vez de manos progresistas, a ocuparse de la educación. Con la proclamación pionera de la libertad religiosa como telón de fondo, la Constitución proclama en su artículo 24 una libertad de enseñanza entendida fundamentalmente como libertad de creación de centros docentes, no sujeta a licencia previa, en un impulso de radicalismo liberal, que preconizaba ya el alejamiento paulatino del liberalismo frente a un progresismo que empezaba a tener nuevos sujetos y matices históricos.

Tras el período revolucionario y el paréntesis republicano y federal de 1873, la Constitución de 1876 vuelve a afirmar la condición de derecho fundamental de la libertad de enseñanza, si bien — dentro ahora de un marco en el que la declaración de confesionalidad católica del Estado no impide el reconocimiento de un régimen de tolerancia religiosa (art. 11 de la Constitución)— ya no se trata de un derecho

ilimitado que se ejerce sin previa licencia, sino «con arreglo a las leyes», tal y como prescribe el artículo 12 del texto constitucional.

Además, se afirmaban las responsabilidades públicas en materia educativa, al tiempo que de alguna manera se insinuaba la publicación de los centros costeados con cargo a fondos públicos. Sin embargo, en otro orden de ideas, la Constitución de 1876 no garantizaba directamente la libertad de enseñanza en su vertiente de libertad de cátedra.

En la Constitución republicana de 1931 actúa por primera vez en el plano constitucional el movimiento socialista, definiendo un nuevo modelo educativo de signo progresista y asumiendo con ello, en consonancia con las cambiadas circunstancias sociales, la bandera de la tradición ilustrada.

Considerado el derecho a la educación ahora fundamentalmente como un derecho social (así se deduce en efecto del lugar que su reconocimiento ocupa en la Constitución en el título III, dedicado a los «Derechos y deberes de los españoles», pero no en su capítulo primero, que recoge las libertades individuales, las «Garantías individuales y políticas», sino en su único otro capítulo, rubricado un tanto inexpressivamente «Familia, economía, cultura»), los artículos 48 y 49 ordenan el sistema educativo en estos términos:

«Art. 48. El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada.

La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria.

Los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada.

La República legislará en el sentido de facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de enseñanza, a fin de que no se halle condicionado más que por la aptitud y la vocación.

La enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de su actividad metodológica y se inspirará en ideales de solidaridad humana.

Se reconoce a las Iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos.

Art. 49. La expedición de títulos académicos y profesionales corresponde exclusivamente al Estado, que establecerá las pruebas y requisitos necesarios para obtenerlos aún en los casos en que los certificados de estudios procedan de centros de enseñanza de las regiones autónomas. Una Ley de Instrucción Pública determinará la edad escolar para cada grado, la duración de los períodos de escolaridad, el contenido de los planes pedagógicos y las condiciones en que se podrá autorizar la enseñanza en los establecimientos privados.*

Todo ello, sumado a la proclamación de aconfesionalidad del Estado (art. 3.º) y al laicismo militante del artículo 26, que, en lo que aquí más afecta, prohíbe a las órdenes religiosas el ejercicio de la enseñanza, ilustra la ruptura que la Constitución de 1931 supuso frente al liberalismo y al conservadurismo del siglo XIX. Así se limita —de hecho en grado extremo, dado el absoluto predominio de la enseñanza privada confesional— la libertad de enseñanza en su faceta de libertad de creación de centros docentes, al tiempo que se afirma rotundamente la titularidad pública de la educación y se constitucionaliza la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza básica, la libertad de cátedra, la responsabilidad del Estado en hacer efectivo el acceso a la cultura y la educación y sus competencias reguladoras del conjunto del sistema educativo. Sumando a estas ideas la de la escuela unificada y neutra, encontramos en la Constitución republicana prefiguradas las líneas maestras de los planteamientos constitucionales que casi medio siglo después volverían a asumir los socialistas y en general la izquierda y que laten, en parte incorporados al compromiso constitucional, en los actuales debates políticos.

Concebido como una reacción frente a la República, el régimen franquista impone un modelo educativo integrista al máximo. No sólo reduce drásticamente los contenidos liberales de la educación, sino que tampoco se propone a desarrollar eficazmente ninguna de sus vertientes sociales. Proclamado —con estos condicionantes— el derecho a la educación en dos leyes fundamentales (art. 5.º del Fuero de los Españoles y Principio IX de la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional), en 1970 una Ley General de Educación, sin alterar el marco ideológico, verificó una reorientación tecnocrática del sistema educativo, calificando a la enseñanza con la etiqueta —en modo

alguno irrelevante, y menos en el plano del Derecho— de «servicio público».

Esta ley —en la medida en que faltan normas de desarrollo de la Constitución o no se opone a éstas— continúa vigente en la actualidad, organizando aún en buena medida el sistema educativo.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EDUCATIVOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Siendo la Constitución española un texto prolijo, y dejándose notar esa prolijidad (no a salvo de cierta dosis de complicación) particularmente en su declaración de derechos, no ha de resultar extraño que las alusiones a la educación, la enseñanza, y más en general a la cultura, se reiteren a lo largo de su parte dogmática y de su preámbulo.

En cualquier caso, cabe diferenciar tres núcleos en los que se insertan los derechos fundamentales que la Constitución reconoce en la esfera que aquí nos ocupa o que inciden más directamente sobre ella:

a) En el núcleo central y esencial cabe situar el citado artículo 27 y el artículo 20.1.c) (reconocimiento de la libertad de cátedra como una concretización de la libertad de expresión, a la que se dedica el propio artículo 20, reconocimiento éste en cierta manera reiterativo de la proclamación del segundo inciso del artículo 27.1). El carácter central de estos preceptos no lo es sólo por su contenido, sino también por la razón de que al estar contenidos en la sección 1.^a (bajo la rúbrica «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas») del capítulo II («Derechos y libertades») del título primero de la Constitución disfrutan de la máxima eficacia normativa y de la mayor protección jurisdiccional, pudiendo su violación (junto con la de la igualdad ante la Ley y la objeción de conciencia) constituir fundamento de una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.1 y 2) de la Constitución.

Dentro de este núcleo central cabe igualmente señalar el reconocimiento constitucional de la libre elección de profesión u oficio (artículo 35), que, a pesar de vincular con la misma fuerza a todos los poderes públicos, no es amparable ante el Tribunal Constitucional, según prescribe el artículo 53.2.

b) En un segundo núcleo o círculo cabe señalar, además de la libertad de religión y conciencia (art. 16), que tan directamente reper-

cute en la esfera de la educación y de la enseñanza (1), los artículos 39 (relativo a la protección de la infancia y la juventud y que en su apartado 3 consagra el «deber de prestar asistencia de todo orden» de los padres frente a los hijos) y el artículo 44 en sus dos apartados, que reconocen el derecho a la cultura y la función promocional que a los poderes públicos corresponde en el campo de la ciencia y la investigación respectivamente. Insertos ambos artículos en el capítulo III del título II entre los «principios rectores de la política social y económica», su eficacia no es la directa de los derechos del círculo esencial. A tenor de lo previsto en el artículo 53.3 de la Constitución su reconocimiento informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y sólo podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen.

En esta línea, como un eco innegable del artículo 48 de la Constitución de 1931, aunque en un lugar menos destacado—entre las normas relativas al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas—la Constitución (art. 149.2) obliga al Estado a «considerar al servicio de la cultura como deber y atribución esencial».

La función de promoción y protección de la cultura (art. 44.1 de la Constitución) de los poderes públicos se encuentra también reconocida en el preámbulo de la Constitución. («La Nación española ... proclama su voluntad ... de proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones»), y se deja sentir en el artículo 3.3 («La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección»).

c) En tercer lugar, cabe hablar también de un marco constitucional general que incide muy sensiblemente sobre los derechos fundamentales, modulándolos en un sentido inequívocamente social y abundando en la definición del papel positivo del Estado en su realización. Nos referimos a la cláusula de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.º, ap. 1), al artículo 9.2 («corresponde a los poderes pú-

(1) En este sentido cabe destacar que mientras el Concordato de 1953 establecía la inspiración católica de la enseñanza y la obligatoriedad de la instrucción religiosa, el Acuerdo de 1979 sobre enseñanza y asuntos culturales convenido entre la Santa Sede y España, ajustándose a la Constitución, se limita a señalar meramente que la educación en los centros públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana y que la enseñanza de la religión tendrá carácter voluntario.

blicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», y al artículo 14 (igualdad ante la ley), dotado de la misma eficacia que los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera y fundamento, pues, de pretensión deducible por la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.1 y 2 de la Constitución).

d) En cuarto lugar, también la organización territorial del Estado incide en la materia educativa (2). La Constitución reserva al Estado competencia exclusiva tan sólo para la «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia» (art. 149.1.30.^o). Los Estatutos de Autonomía vigentes hasta la fecha, respetando esos límites, así como los impuestos por el propio artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas de desarrollo, y la alta inspección del Estado (art. 16 Estatuto Vasco, art. 15 Estatuto Catalán, art. 31 Estatuto Gallego) han asumido, por lo demás, competencias plenas en materia de enseñanza, haciendo uso de la cláusula del artículo 148.2 de la Constitución, en virtud de lo previsto en la disposición transitoria segunda de la Constitución.

Independientemente de los problemas de articulación de competencias, aunque en evidente relación con ellos, uno de los problemas de incidencia más directa derivados del estado autonómico en el derecho fundamental del artículo 27 de la Constitución es el lingüístico, sin perjuicio de lo que en otro lugar de este número se dirá en profundidad a este respecto, baste aquí con señalar que mientras que el problema de la enseñanza, tanto de la lengua de la comunidad autónoma como de la del Estado, comienza a resolverse sin graves fricciones, más dificultosa se presenta la cuestión de la enseñanza en la lengua de la comunidad respectiva. En realidad no se trata, ni formal ni materialmente, de un problema de lenguas minoritarias o minorías lingüísticas, sino de un problema derivado de la cooficialidad de la

(2) Vid. a este respecto *in extenso* el trabajo de LUIS LÓPEZ-GUERRA: «La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de educación», en este mismo número.

lengua del Estado con lenguas nacionales, especialmente por lo que respecta a las regiones o nacionalidades históricas.

e) Finalmente hay que aludir también a las normas de protección y garantía de los derechos fundamentales, y específicamente del artículo 27 de la Constitución: al ya citado artículo 53.1 y 2 que le dota de fuerza normativa inmediata, le proporciona las máximas garantías jurisdiccionales y somete a reserva legal—con la obligación de respetar, en todo caso, su contenido esencial—la regulación de su ejercicio; el artículo 81.1, que eleva a rango de ley orgánica las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al artículo 168, que establece un procedimiento especial de revisión constitucional para los casos en que la revisión proyectada afectara a determinadas partes de la Constitución, entre ellas al capítulo II, sección primera, del título I, donde se aloja el artículo 27.

III. EL AJUSTAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por imperativo del ya citado artículo 10.2 de la Constitución—al margen de la eficacia de los tratados internacionales por razón de su incorporación al ordenamiento jurídico interno (art. 9.2 de la Constitución), y prescindiendo en este lugar de los posibles problemas de jerarquía normativa que a causa de esa incorporación se presentan—, a los tratados internacionales ratificados por España y a la Declaración Universal de Derechos Humanos—carente, en principio, como resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de valor jurídico—les corresponde una eficacia interpretativa de los derechos fundamentales y libertades reconocidos por la Constitución.

Como ya apuntamos anteriormente, de lo que se trataba en verdad con este artículo no era sino de incidir sobre el artículo 27, sin alterar los términos de lo pactado en ese lugar de la Constitución, lo que había puesto en peligro el conjunto del consenso constituyente, subsanando con esta incorporación indirecta del derecho internacional de los derechos humanos alguna de las carencias que, por mor del acuerdo con la izquierda parlamentaria, los centristas, y sobre todo las fuerzas más o menos conservadoras, hubieron de aceptar inicialmente en el seno del artículo 27.

Básicamente lo que con la remisión del artículo 10.2 de la Constitución se buscaba subsanar era concretamente, por una parte, la falta de mención del artículo 27.6 al derecho no sólo de establecer, sino también de dirigir establecimientos privados de enseñanza, que había llegado a figurar en el proyecto constitucional y que había sido eliminado a raíz del inicio del consenso, y, por otra parte, la ausencia del reconocimiento del derecho de los padres a escoger el tipo de educación a recibir por sus hijos, reducido en el artículo 27.3 a un derecho de los padres a que la formación religiosa y moral de los hijos esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Por lo que respecta al último aspecto, la extensión del derecho de los padres a determinar el sentido de la educación de sus hijos, los inspiradores del artículo 10.2 tenían presente la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, en cuyo artículo 26.3 se reconoce que «los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos», y al artículo 2.º del Protocolo Adicional número 1 al Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

A este respecto, hay que observar que el Protocolo Adicional todavía no ha sido ratificado por España, por lo que no puede ser utilizado ni siquiera a los fines del artículo 10.2 de la Constitución, y que, por otra parte, sin la remisión expresa de la Constitución a la Declaración Universal, carente, como hemos indicado, de fuerza jurídica, tampoco había podido aducirse sin dificultades el citado artículo 26.3 de la citada Declaración.

En lo concerniente a la eliminación del silencio sobre el derecho de los particulares a dirigir los centros docentes por ellos creados en uso de su libertad de enseñanza, la remisión apunta más concretamente al artículo 13.4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales promovido por las Naciones Unidas —junto con un segundo pacto sobre derechos civiles, ambos de 1966— para compensar la falta de virtualidad jurídica de la Declaración Universal. Dicho artículo 13.4 del Pacto, ratificado por España, y parte, por tanto, de su ordenamiento jurídico interno, proporcionaría así (particularmente por lo tajante y absoluto de su texto) una interpretación muy extensiva —aparte de facilitar la constitucionalización— del derecho a dirigir los centros privados.

IV. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 13 DE FEBRERO DE 1981 Y LA LOECE

Pese a que, como se desprende de su propio texto, el artículo 27 de la Constitución precisa de un amplio desarrollo legislativo, no ha de resultar extraño que, dado el carácter polémico de las diversas facetas del derecho a la educación, ese desarrollo sea parco y dificultoso. Así, mientras que dos proyectos de ley—el de financiación de la enseñanza obligatoria y el de ley orgánica de autonomía universitaria—discurren—sobre todo el primero, prácticamente embarrancado desde su presentación, anterior a la aprobación definitiva de la Constitución—por un penoso parlamentario, sólo se ha aprobado la ya citada Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, de Estatuto de Centros de Enseñanza no Universitaria (en adelante LOECE o Estatuto de Centros), que desarrolla en lo esencial la libertad de creación de centros y afecta a ciertos aspectos participatorios y a la libertad de enseñanza en su vertiente de libertad de cátedra.

El Estatuto de Centros, de amplia incidencia, pues, en la materia que aquí nos ocupa, supuso de hecho la ruptura definitiva del «pacto escolar» al consagrar legalmente las concesiones que los centristas ya habían tratado de cobrarse indirectamente por la vía del artículo 10.2 de la Constitución. Así, el Estatuto de Centros da carta legal al derecho a dirigir los centros creados por la iniciativa privada (artículos 7 y 32) y el derecho a elegir los padres el «tipo de educación» de sus hijos (art. 5.1), que en la Constitución (art. 27.3) se reducía en alguna manera a la formación religiosa y moral. Pero, además, el Estatuto de Centros, consagra el polémico derecho de los titulares de los Centros a establecer un ideario educativo propio (art. 34), a cuyo respecto se supeditaba el ejercicio de la libertad de enseñanza (*sic*) de los profesores (art. 15) así como las actividades de las Asociaciones de Padres de Alumnos (art. 18.2).

Por otra parte, el Estatuto reconoce también el derecho a una educación de nivel superior a la obligatoria (art. 3.2), la equiparación de los derechos de los extranjeros residentes (art. 3.3) y el derecho a ser admitidos sin discriminación en los centros docentes (art. 35), al tiempo que establece una amplia carta de derechos (art. 36) y deberes (artículo 37) de los alumnos.

En todo caso, la respuesta socialista a la ruptura del pacto constitucional, concretada en un recurso directo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (3), se habría de centrar en el ideario educativo y las restricciones que suponía para otros derechos reconocidos en la Constitución, especialmente la libertad de cátedra. La extensa sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 13 de febrero de 1981 («BOE» de 24 de febrero de 1981), con que se resolvió el recurso, le ha permitido fijar una relevante doctrina en cuyo examen nos adentramos en lo que sigue, concretándose sobre todo en el motivo primero de la sentencia, el de mayor relevancia para la dogmática del derecho fundamental de la libertad de la enseñanza y prescindiendo de los motivos cuarto y quinto, entre sí estrechamente conectados, donde se abordan de modo muy principal problemas del sistema de fuentes y de articulación entre Estado y regiones.

Para resolver la primera de las impugnaciones socialistas, la de los términos en que la LOECE concibe el ideario, los fundamentos jurídicos del «motivo primero» de la sentencia del Tribunal Constitucional se refieren a la naturaleza y los límites de la libertad de enseñanza (epígrafe 7 del texto de la sentencia). El Tribunal Constitucional entiende que la libertad de enseñanza es una proyección de la libertad de conciencia y de la libertad de expresión que comprende tanto la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6) como la libertad de cátedra (art. 20.1.c) y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos (art. 27.3), tratándose

«En todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador.»

De todas formas, el hecho de que la Constitución conciba la libertad de enseñanza en términos autónomos, hace que sus límites sean más estrictos que los de la mera libertad de expresión:

(3) Constituido un gobierno socialista con ocasión de los resultados de octubre 1982, éste ya ha anunciado su propósito de sustituir —no reformar— el Estatuto de Centros Docentes, aunque las líneas de actuación en materia educativa no vayan a coincidir plenamente con las que inspiraron los planteamientos iniciales. Asimismo, y también sobre bases en ciertos modos renovadas, ha anunciado entre sus proyectos prioritarios, en materia educativa, una Ley de Autonomía Universitaria.

«Así en tanto que ésta (art. 20.4 de la Constitución) está limitada esencialmente por el respeto a los demás derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional, impuesta por el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del título preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.), no consagran derechos fundamentales y la muy importante deriva del artículo 27.2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.), que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva.»

Todo ello, sin perjuicio de que los centros, para su creación y funcionamiento, hayan de cumplir, además, los requisitos de la legislación nacional respectiva, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial de esta libertad (art. 53.1 de la Constitución).

Sentados estos principios, el Tribunal Constitucional entiende (ep. 8) 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" forman 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.»

Llegados a este punto hay que decir que esta última declaración del Tribunal Constitucional—algo marginal ciertamente—no da base para aquellas posiciones doctrinales que entre nosotros—y a la luz de nuestro derecho constitucional—sustentan que la libertad de creación de centros sólo se convierte en ejercicio de la libertad de ense-

ñanza en cuanto que los titulares del centro docente privado lo dotan de un ideario, mientras que en el caso contrario, la libertad de creación sería mero ejercicio de la libertad de empresa. Una empresa educativa es, evidentemente, siempre algo más que una empresa económica, y por ello la propia Constitución establece, con independencia de la formalización del ideario—que es una exigencia legal, no constitucional—, todo un sistema de regulaciones y controles, en atención a la capital significación social de la educación y la enseñanza.

En definitiva, el Tribunal Constitucional está partiendo de la idea de que la posibilidad de fijar un ideario educativo es un elemento constitucional inmanente de la propia libertad de enseñanza en cuanto libertad de creación de centros docentes, hasta tal punto, en opinión del autor, que aun sin artículo 34 LOECE, los titulares de centros privados podrían hacer valer jurídicamente el ideario, el carácter propio, la orientación del centro, etc. El Tribunal, sin embargo, acepta la formalización del ideario propuesto por la ley, esforzándose además por sujetarlo a un control y definir sus límites, como contrapartida de la mayor operatividad que la fijación en un texto del ideario parece a primera vista implicar. En todo caso, la posibilidad de formalización del ideario lo convierte en una carga para quien quiera ejercitar, en toda su extensión, la libertad de creación de centros docentes, pero el no cumplimiento de esta carga no conduce sin más a la consideración de que con la creación de centros docentes privados se está ejercitando única y exclusivamente la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución.

Muestra de la cautelosa posición del Tribunal Constitucional ante el sistema instaurado por la LOECE de formalización del ideario, lo es su rotunda afirmación de que

«El establecimiento de un ideario propio del centro ha de entenderse sometido al sistema de autorización reglada a que la ley (art. 33) sujeta la apertura y funcionamiento de los centros privados, pues el establecimiento de ideario en cuanto determina el carácter propio del centro, forma parte del acto de creación.»

El derecho al ideario tiene, pues, los mismos límites que el derecho a crear centros, sin que guarde relación de instrumentalidad con el derecho de los padres del artículo 27.3 de la Constitución. Siendo, pues,

un derecho autónomo, el ideario no ha de circunscribirse a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa, sino que puede extenderse a los distintos aspectos de la actividad de los centros.

En cuanto a la libertad de cátedra (epígrafes 9 a 12), cuestionada a juicio de los socialistas por el artículo 15 LOECE (que la somete al respeto al ideario), el Tribunal Constitucional entiende que se trata —aunque tradicionalmente haya estado inscrita en el ámbito de la educación superior— de un derecho que asiste a todos los enseñantes. Es más, realmente la libertad de cátedra excede del ámbito de la enseñanza, y, aunque este sea su campo de despliegue principal, se explica así que su reconocimiento general en el texto constitucional haya tenido lugar en el artículo 20 (libertad de expresión), siendo reiterada —aunque en términos ambivalentes (como libertad de enseñanza)— en el artículo 27.

Ahora bien, como quiera que tal y como en principio sucede con los derechos garantizados constitucionalmente, se trata de un *derecho frente al Estado*, «cuyo contenido está modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertad» (la libertad de cátedra), el Tribunal Constitucional juzga necesario examinar diferenciadamente la configuración de esta faceta de la libertad de enseñanza en centros públicos y en centros privados.

En los centros públicos, la libertad de cátedra tiene un contenido negativo: la prohibición de una doctrina oficial que obligue a los profesores, quienes, a su vez, están obligados a abstenerse de todo indocctrinamiento, respetando la neutralidad ideológica de los centros públicos.

En los centros públicos, por otra parte, la libertad de cátedra tiene también un contenido positivo, más acentuado en los niveles superiores que en los inferiores donde planes de estudio y especificaciones didácticas inciden en mayor medida sobre la libertad del docente.

En cambio, en los centros privados,

«la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del nivel educativo, y en cuanto aquí interesa, por el ideario que, en uso de la libertad de enseñanza y dentro de los límites antes señalados, haya dado a aquél su titular. Cualquier intromisión de los poderes públicos en la libertad de cátedra del pro-

fesor sería así, al mismo tiempo, violación también de la libertad de enseñanza del propio titular del centro. La libertad de cátedra del profesorado de estos centros es tan plena como la de los profesores de los centros públicos y ni el artículo 15 de la LOECE ni ningún otro precepto de esta ley violan al imponer como límite de la libertad de enseñanza de los profesores el respeto al ideario propio del centro... La existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor, en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta, por tanto, para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo no resulten contrarios a aquél. La virtualidad limitante del ideario será, sin duda, mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios.»

En todo caso, el Tribunal Constitucional advierte sobre la posible producción de conflictos en este sentido, que no pueden resolverse de forma apriorística, sino que habrán de ser planteados puntualmente ante la jurisdicción competente, que podrá llegar a serlo, por la vía del amparo, la jurisdicción constitucional. A este respecto hay que señalar que, a pesar de las dificultades que inicialmente (apuntadas también en el voto reservado a este primer motivo) pudieran verse para considerar la posibilidad de una vía de recurso contra actos cuyo origen

no fuera precisamente un poder público—como en ningún caso cabe considerar a los titulares o directores de centros privados—, el propio Tribunal, aun no habiendo tenido ocasión de resolver directamente un caso de conflicto entre el ideario de un centro y la libertad de cátedra, en una jurisprudencia que no se puede considerar como totalmente perfilada en lo doctrinal ha consagrado ya un principio de eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales y reconocido la posibilidad de recurrir en amparo contra actos de particulares lesivos de una situación garantizada por un derecho fundamental, una vez que se haya agotado la vía judicial previa, con resoluciones confirmatorias del acto en cuestión. *Vid.* en este sentido, especialmente, S. 38/1981 y S. 78/1982, ambas del Tribunal Constitucional.

Finalmente, en el mismo orden de ideas, es también claro para el Alto Tribunal que

«las actividades o conducta lícita de los profesores al margen de su función docente en un centro dotado de ideario propio pueden ser eventualmente consideradas por el titular de éste como una violación de su obligación de respetar tal ideario o, dicho de otro modo, como una actuación en exceso del ámbito de libertad de enseñanza que la LOECE (art. 15) les otorga y, en consecuencia, como un motivo suficiente para romper la relación contractual entre el profesor y el centro. Sólo la jurisdicción competente y también, en último término, este mismo Tribunal a través del recurso de amparo, podrán resolver los conflictos que así se produzcan, pues aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades que al margen de ella lleve a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad pueden hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor educativa que le está encomendada (ep. 11)».

Frente a este pronunciamiento del Tribunal, que en rigor no era imprescindible formular para resolver el recurso y que en realidad no confronta la libertad de enseñanza del titular del centro con la libertad de enseñanza, sino con la libertad personal de los profesores

de centros privados, el voto particular formulado por cuatro Magistrados a este «motivo primero», partiendo de la idea de que

«al decir en el inciso segundo del artículo 27.1 que "se reconoce la libertad de enseñanza", la Constitución está afirmando que el derecho de todos a la educación se ha de realizar dentro de un sistema educativo plural, regido por la libertad» (ep. 4 del voto),

y destacando, pues, el pluralismo como objetivo de la libertad de enseñanza, pretende reducir la acción del ideario a unos términos estrictos.

Para ello se afirma la relación de instrumentalidad (ep. 5) y complementariedad (ep. 13) del derecho al ideario respecto al derecho del artículo 27.3 de la Constitución, hasta tal punto que el deber de respetarlo

«no ha de entenderse establecido en beneficio directo de la libertad de creación de centros docentes, sino en favor del derecho fundamental de los padres recogidos en el artículo 27.3 de la Constitución. Sólo cuando un profesor pusiera en peligro, en uso de su libertad de cátedra, el carácter ideológico propio del centro por medio de enseñanzas hostiles a su contenido axiológico podría decirse que violaba el debido respeto al ideario al influir en la formación religiosa y moral de sus alumnos en sentido contrario al que los padres eligieron para sus hijos cuando escogieron aquel centro».

La acción del ideario, entendida como «expresión del carácter ideológico» del centro, queda así circunscrita preferentemente al campo educativo más que al de la enseñanza o instrucción, donde se despliega propiamente la libertad de cátedra, de la que el voto particular resalta su carácter institucional.

Por incompatibilidad con otros derechos fundamentales, la acción del ideario no ha de extenderse tampoco, a juicio de los firmantes del voto particular, a la vida privada de los profesores ni atentar contra su libertad de conciencia (dentro de la vida escolar), dada la necesidad expresada en este voto de ponderar el derecho al ideario con los demás derechos fundamentales—y muy en particular con los reconocidos constitucionalmente—de todos los actores de la educación.

Independientemente de la discusión acerca de la constitucionalidad del ideario, la sentencia que examinamos contiene otros pronunciamientos relevantes también en torno al derecho a la educación y la libertad de enseñanza en los fundamentos jurídicos de los restantes motivos de la impugnación de la LOECE.

Así, el Tribunal procede a determinar la inconstitucionalidad parcial (sólo en lo referido a centros privados sostenidos con fondos públicos) de determinados preceptos de la LOECE que incumplen la reserva legal formulada por el artículo 27.7 de la Constitución al dejar al reglamento de régimen interior la regulación de ciertos aspectos orgánicos y materiales de la participación de profesores, padres y alumnos en el control y gestión de todos los centros —públicos o privados— sostenidos con fondos públicos. Y de la misma manera declara la inconstitucionalidad del artículo 18.1 LOECE, no tanto por canalizar la participación a través de los órganos colegiados de los centros —que parecen ser sus cauces naturales—, sino por imponer que esa participación haya de hacerse a través de una única Asociación del artículo 22.1 de la Constitución, que extiende también a su faceta negativa, esto es: al derecho a no asociarse.

De modo por lo demás incidental, al tratar de definir lo que se haya de entender por «niveles» educativos (ep. 16), la sentencia sienta una doctrina relevante en torno a la financiación pública de la enseñanza obligatoria, estableciendo que «no hay "niveles sostenidos con fondos del Estado o de otras entidades públicas", pues dentro de cada nivel habrá centros sostenidos de esta forma y otros que no lo estarán», doctrina que habrá de ser tenida muy en cuenta a la hora de legislar el desarrollo del artículo 27.4 y 9.

BIBLIOGRAFIA SELECCIONADA

- CARLOS CORRAL: «Principios inspiradores y garantías de los derechos fundamentales en la enseñanza», en *Los acuerdos entre la Iglesia y España*, C. Corral y L. de Echovarria (eds.), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1980.
- Educación y Sociedad Pluralista*, Fundación «Oriol-Urquijo», Bilbao, 1980.
- RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT: «El régimen general de los Centros Privados de Enseñanza», en *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 1973, pp. 7 y ss.
- FRANCISCO J. LAPORTA: «La libertad de enseñanza, Constitución y Estatutos de Centros Docentes», en *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, núm. 40, enero 1981.
- JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: «Libertad de Enseñanza», en *Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos* (Facultad de Derecho, Universidad de Navarra), núm. 6, 1979 (monográfico).

«Materiales para el estudio y aplicación, de la Constitución española de 1978, dirigida por E. LINDE PANIAGUA», en *Documentación Jurídica*, núms. 25-28, 1981 (monográfico), pp. 394-499 (incluye textos de la demanda y alegaciones de la Abogacía del Estado, además de la propia sentencia del recurso contra el Estatuto de Centros).

JOSÉ ORTIZ DÍAZ: *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, 1980.

JESÚS PRIETO DE PEDRO: «Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución», Tomás R. Fernández Rodríguez (ed.), en *Lecturas sobre la Constitución española II*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 1978, pp. 307 y ss.

LUIS PRIETO SANCHÍS: «Relaciones Iglesia-Estado y Constitución», Enterría/Predieri, en *La Constitución española de 1978: Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980.

MANUEL DE PUELLES BENÍTEZ: *Educación e ideología en la España contemporánea*, Ed. Labor, Barcelona, 1980.

FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «Constitución y Educación», L. Sánchez Agesta (ed.), en *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977.

FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «La política educativa», Manuel Fraga Iribarne, J. Velarde y S. del Campo (eds.), en *La España de los años setenta*, vol III: El Estado y la política, t. 2, pp. 413 y ss., Ed. Moneda y Crédito, Madrid, 1974.

ELÍAS YANES: «La enseñanza en la Constitución», en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia (ed.), Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Salamanca, 1979.

De la literatura posterior, destaca:

ANTONIO EMBID IRUJO: *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983.

JOSÉ LUIS CARRO: «Libertad de enseñanza y escuela privada», en *Civitas, Revista española de derecho administrativo*, núm. 33, abril-junio, 1982.