

# LA EDUCACION EN LA CONSTITUCION DE 1978

(Una reflexión conciliadora)

JAVIER BARNES VAZQUEZ

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION. EL ESTADO ACTUAL DE UNA POLEMICA.-2. EL «CODIGO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL»: PANORAMICA GENERAL: 2.1. *Naturaleza jurídica de las libertades educativas. Sentido y origen.* 2.2. *Los valores superiores del ordenamiento. El Estado social y democrático de Derecho.* 2.3. *Principios constitucionales en materia educativa.* 2.4. *El artículo 27.1 de la CE: Elemento arquitectural del ordenamiento educativo.*-3. LAS LIBERTADES EDUCATIVAS. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL: 3.1. *El derecho a la educación:* 3.1.1. Concepto de educación. 3.1.2. Derecho a la educación religiosa y moral. 3.1.3. El derecho-deber de la enseñanza básica y gratuita. 3.1.4. Garantías del derecho a la educación. 3.2. *La libertad de enseñanza:* 3.2.1. Sentido y origen. Aspecto institucional de la libertad de enseñanza (27.1). 3.2.2. Concepto estricto de libertad de enseñanza (27.6). 3.3. *La libertad de cátedra:* 3.3.1. Sentido y origen. 3.3.2. Concepto y ámbito de aplicación. 3.3.3. Naturaleza jurídica. Aspecto institucional. 3.4. *La colisión y los límites de las libertades educativas:* 3.4.1. El problema del conflicto. Límites comunes. 3.4.2. El ideario como «arreglo pacífico de controversias». 3.4.3. Aproximación a los límites propios de las libertades educativas.

## 1. INTRODUCCIÓN. EL ESTADO ACTUAL DE UNA POLÉMICA

Adentrarse en la «cuestión educativa» es recorrer un sinuoso camino, no exento de dificultades, que puede desembocar en un mero revestir o adornar con ropaje jurídico unas ideas previamente sustentadas ante el hecho educativo. Ha de notarse, sin embargo, que el esfuerzo de nuestra doctrina por actuar como juez y no como parte es ciertamente paradigmático. Pero, con todo, se encuentra fuertemente dividida. Y es precisamente el objeto de este estudio arrojar algo de luz sobre la presente dialéctica científica, adoptando —ése es nuestro intento— una posición integradora.

No obstante, no pretendemos en esta tarea una investigación exhaustiva del sistema educativo constitucional. Se trata tan sólo de ofrecer un marco

que nos permita, desde una óptica material (1), avanzar hacia el fundamento y el contenido esencial (53.1 CE) de las libertades educativas.

Y en este sentido, adviértase que con el término comprensivo de «libertades educativas» hacemos referencia al derecho a la educación (27.1 y 2.º CE), a la libertad de cátedra [art. 20.1, c), CE] y a la libertad de creación de centros docentes (27.6 CE). Y preferimos tal expresión no ya sólo por estar sometida a revisión la clásica distinción «derechos-libertades», o porque el vocablo «educación» parece ser más amplio que el de «enseñanza», sino —sobre todo— porque, con esta denominación, recordamos que el continuo punto de referencia del entero sistema es el educando.

Obviamente, en nuestro empeño hay que atender a criterios jurídicos que, por lo demás, no suelen ser unívocos (2). Por otro lado, nuestro «código educativo constitucional» no está formulado tan sólo en el artículo 27, con ser éste el más importante. La interpretación que deseamos llevar a cabo deberá observar otros preceptos de nuestra Norma Fundamental: 16 (libertad ideológica y religiosa); 20 (libertad de expresión y de cátedra); 10.2 en relación con el 96 (interpretación de los derechos y libertades fundamentales y aplicación del Derecho internacional); 44 (acceso a la cultura); 149.1.1 (normas básicas garantes de la igualdad); 149.1.15 (investigación científica y técnica); 149.1.30 (en relación con el 27.8: homologación de títulos; y normas básicas de desarrollo del artículo 27 para velar por las obligaciones de los poderes públicos). Componen también el ordenamiento educativo diversos principios constitucionales (igualdad: 9.2, 14, 27.5; participación: 9.2, 27.5, 27.7; ...) e, incluso, los valores superiores del ordenamiento (1.1). Resalta, pues, la extensión y complejidad de la regulación que el constituyente ha llevado a cabo. Y es que la trascendencia de la educación y de la cultura en un Estado contemporáneo parece explicar el creciente intervencionismo de los poderes públicos en esta materia, que la han asumido como uno de los objetivos de su actividad. La historia del Derecho constitucional de los países de nuestra área cultural pone de manifiesto este aumento. Es en este punto donde encuentra sentido la expresión de «Estado de la Cultura», como síntesis del nuevo orden cultural (3). Vuelve a aparecer de nuevo la dialéctica Estado-

(1) En este sentido, no vamos a detenernos en la distribución de competencias entre los poderes públicos (Estado y Comunidades autónomas), y en las formas jurídicas de desarrollo constitucional (Leyes orgánicas, normas básicas...).

(2) *Vid.* la interesante STC de 8 de abril de 1981 («BOE» 25 de abril de 1981), II.7: «La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos». (Obviamente, la cursiva es nuestra).

(3) Sobre el sentido y desarrollo de este concepto *vid.* PRIETO DE PEDRO, J., en «Lecturas sobre la Constitución española», dirigido por T. R. FERNANDEZ-RODRIGUEZ, tomo II, p. 507.

libertad, incluso en la redacción del polémico artículo 27 CE. «Por una parte –afirma SÁNCHEZ AGESTA– se quiere reclamar la enseñanza como una misión del Estado. . . , de otra se relaciona la enseñanza con la libertad de pensamiento. Todos los movimientos pendulares y los vaivenes históricos de la enseñanza en España han estado condicionados por esos dos propósitos hasta cierto punto contradictorios: *estatismo y libertad*» (4). De esta tensión hay que salir encontrando la síntesis superadora, el punto de equilibrio, al que apunta también la Constitución (5).

Por último, dejar constancia de las graves dificultades –ya apuntadas– de esta tarea. Porque sorprende, efectivamente, la diversidad y fuertes contradicciones existentes entre la doctrina, incluso ciñiéndonos al estricto marco constitucional.

Como sostiene EMBID IRUJO (6), la construcción de un propio sistema de derechos fundamentales y libertades públicas (en materia educativa) exige un esfuerzo de clarificación para impedir que idénticos contenidos sean referibles a derechos distintos, con diverso apoyo constitucional y legislativo también. El origen del precepto mismo, el artículo 27, núcleo de la enseñanza en la CE, delata ya la confusión y la contradicción en los mismos conceptos (7). Se atribuye la ambigüedad (8) del texto constitucional al consenso extraparlamentario al que hubo que recurrir –si es que en verdad se llegó a un acuerdo– (9).

(4) L. SANCHEZ AGESTA, en *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Ed. Nacional, Madrid, 1980, pp. 137 y ss.

(5) Así también, entre otros, J. BELMONTE, en *La Constitución, texto y contexto*, Prensa Española, 1979, p. 141, habla de «libertad restringida».

(6) EMBID IRUJO, A., en la importante monografía *Las libertades en la Enseñanza*, Tecnos, 1983.

(7) Contradicciones que, por lo demás, se encuentran en muchos Estados contemporáneos. Pueden verse en este sentido, CARRO, (*Polémica y Reforma universitaria en Alemania*, Civitas, 1976.; PRIETO DE PEDRO, *op. cit.*, p. 508; BIASONI, en *Autonomía scolástica in Eutopa*, SEI, Torino, 1979; EMBID IRUJO, *op. cit.* (especialmente pp. 23-173); FRAGA IRIBARNE, en «La polémica norteamericana sobre la libertad académica», *RE* núm. 31, 1955; CORRAL SALVADOR, en «Enseñanza, Constitución y concordato», *RE* núm. 253, diciembre de 1977, pp. 31 a 59 especialmente; VEDEL, *La experiencia de la reforma universitaria francesa: autonomía y participación*, Civitas, 1978; COMES, S., en «La reforma de la Universidad italiana», *NT* núm. 163, 1968, páginas 3 y ss., etc.

(8) Entre otros, PRIETO DE PEDRO, *op. cit.*, p. 508.

(9) Así T. R. FERNANDEZ-RODRIGUEZ, en *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Civitas, 1981, pone en duda la existencia de un verdadero consenso: «¿Qué es lo que se consensuó en materia de enseñanza al aprobar el artículo 27 de la Constitución? El debate de la Ley Orgánica aprobatoria del estatuto de Centros Escolares de 19 de junio de 1980 demuestra que absolutamente nada» (p. 27).

Para conocer la historia parlamentaria del artículo 27, *vid.*, entre otros a ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, pp. 249 y ss.; TRAVERSO, J. D., en *Educación y Constitución*, 2 vols., Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1978; GONZALEZ VILA, «Democracia, pluralismo y libertad de enseñanza» en *Educación y sociedad pluralista*, Fundación Oriol-Urquijo, Bilbao, 1980, p. 146.

Y es que se trata, en definitiva, de un terreno minado por concepciones ideológicas diferentes, cuando no contradictorias (10).

En este sentido, reconoce CARRO (11) que «el tratamiento de estos temas será siempre un tratamiento polémico por la entidad de los intereses puestos en juego, tratamiento polémico al que no se ha sustraído la sentencia del TC de 13 de febrero de 1981, acompañada por un extenso voto particular sobre el motivo primero de la misma formulado por cuatro magistrados y referido precisamente al tema del ideario».

La polémica se centra en buena parte en la concepción de la libertad de enseñanza. Ante ella, aparecen dos corrientes en la doctrina científica, tributarias de interpretaciones diversas del ordenamiento educativo constitucional. La primera, que podríamos llamar tradicional, es mayoritaria y viene a entender por libertad de enseñanza la libertad de crear, dirigir y gestionar centros docentes, lo que supone la posibilidad de elegir el profesorado y fijar un ideario; derecho de los padres a elegir el tipo de educación y, por último, la obligación –más o menos matizada según los autores– de financiar los centros privados (12).

La otra posición doctrinal, que, por contra, podemos denominar progresista, encuentra quizás su formulación más completa y acabada en la obra de EMBID IRUJO (13). «La libertad de enseñanza –afirma– es el derecho genérico de cualquier ciudadano a exponer sus concepciones sobre cualquier tema sistemáticamente» (14). Es una libertad autónoma o comprensiva de las de

---

(10) Puede ser interesante, en este sentido, la consulta de la reciente tesis doctoral, todavía inédita, de J. M. ZUMAQUERO sobre la educación en la Constitución de 1978. La investigación se centra en el desarrollo de los debates parlamentarios (Navarra, 1983).

(11) CARRO, J. L., en «Libertad de enseñanza y escuela privada», *REDA* 33, abril-junio 1982, página 219.

(12) De modo similar resume esta posición SUAREZ PERTIERRA, en «Reflexiones acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario de centro educativo», en *Anuario de Derechos Humanos*, 3, marzo 1983, p. 628. La formulación más completa de esta corriente de la doctrina puede quizá encontrarse en el volumen «Educación y sociedad pluralista» *ob. cit.* que constituye un trabajo colectivo que aborda esta cuestión desde diversas ópticas, aunque predomina la jurídica.

Por otro lado, los autores más significados en esta posición son: ORTIZ DIAZ, en «Libertad de enseñanza», *op. cit.*; J. L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, «La educación en la Constitución española», en *Persona y Derecho*, 6, Navarra, 1979; GARRIDO FALLA, en *Comentarios a la Constitución*, trabajo colectivo por él dirigido (Civitas, 1980); SANCHEZ DEL RIO, «Libertad de enseñanza y realismo», *RE* 2, 1952; GUAITA, A., *Instrucción pública*, NEJ.; MARTIN MARTINEZ, I, *Panorama internacional de la libertad de enseñanza Universitaria Española*, Madrid, 1980, etcétera.

(13) A. EMBID IRUJO, en *Las libertades en la enseñanza*, *cit.* Ya con el título sugiere lo que irá exponiendo a lo largo de su obra, paso obligado, a mi juicio, para conocer el debate actual de esta cuestión. Destacan asimismo en esta posición: CARRO, J. L., en «Libertad científica y organización universitaria», en *REDA* 13 y *REDA* 33, *cit.*; L. MARTIN RETORTILLO, en *Reflexión universitaria*, *cit.* y otras obras. SUAREZ PERTIERRA, *op. cit.*; etc.

(14) *Op. cit.*, p. 313.

cátedra y fundación de centros docentes (15). Es decir, «de esta libertad genérica derivan las otras dos; la libertad de cátedra protege al enseñante en el desempeño de su función concreta. La libertad, por fin, de creación de centros docentes permite a cualquier persona la apertura de un centro» (16); constituye, pues, la libertad de creación de centros una «libertad auxiliar», de la libertad de enseñanza. De modo particular, niega, a tenor de la CE, la obligación de subvencionar los centros docentes privados (17).

Sin embargo, pensamos que las libertades educativas en general, y la de enseñanza, en particular, no tienen una especial consistencia teórica propia (18); parece que son factores metajurídicos los que empañan el problema. En este punto, no faltan autores que atribuyen el sentido de la polémica al fenómeno religioso, en primer término. Porque, entienden, que en la cuestión educativa subyace otra más de fondo, que es la religiosa (19). Para CARRO (20) «constituye la piedra de toque de la polémica». EMBID IRUJO reconoce que «en la identificación actual entre enseñanza privada y enseñanza católica —esquematisando la situación— residen, también, buena parte de los motivos que encrespan políticamente las discusiones sobre el ordenamiento escolar a cuyo nacimiento asistimos en los últimos años» (21). Nótese cómo la polémica ideológica y política se centra fundamentalmente en la enseñanza media y no en la superior, en la medida, parece, en que es en aquélla donde existe mayoría de centros privados de inspiración cristiana (22). En cualquier caso pudiera confirmar esta opinión el hecho de que donde alcanza la polémica educativa su mayor grado de acritud es precisamente en aquellos aspectos que gozan de más trascendencia práctica en relación con el fenómeno religioso (23).

(15) *Ibidem*, p. 280. Es fácil concluir desde esta posición que la libertad de enseñanza (art. 27.1) viene a ser un reconocimiento de la libertad de cátedra (20.1) y, por tanto, una reiteración. *Vid.* en este sentido, CARRO, J. L.: *Libertad de enseñanza...*, *cit.*, p. 212, p. ej., apoyándose además en la terminología equívoca utilizada en el art. 15 de la LOECE.

(16) *Ibidem*, p. 313.

(17) *Ibidem*, p. 342, especialmente.

(18) Es de esta opinión el jurista, sociólogo y filósofo GOMEZ PEREZ, R., «Las contradicciones de la libertad de enseñanza», *Persona y Derecho*, 1979, p. 126.

(19) Así entre otros, FRAGA IRIBARNE, en el trabajo científico citado como ejemplo: «Antes que los centros privados, nutridos de espíritu confesional, son preferibles las escuelas de tauromaquia»; AZAÑA, M., en «El Estado y la Enseñanza», en *Revista España* 8, 1924. *Vid.* también GOMEZ PEREZ, *op. cit.*

(20) CARRO, *REDA* 33, *cit.*, p. 212.

(21) *Op. cit.*, 316.

(22) Es posible que el grado de polémica no fuese tan alto si fuese otra la orientación que recibieran los colegios privados, pues, como insinúa EMBID, «el sistema educativo español está todavía por encontrar una tradición laica propia que hunde sus raíces en la Institución Libre de Enseñanza», *op. cit.*, p. 316.

(23) Así, por ejemplo, en el contenido del derecho a la educación, el punto que más se cuestiona es la ayuda pública para hacer efectivo el derecho a la elección de centros (EMBID IRUJO, «El contenido del derecho a la educación», *REDA* 31, octubre de 1981, p. 670; MARTINEZ LOPEZ-

Pero la consideración de las dificultades de este tema pudiera quedar incompleta si no nos referimos también a los efectos sociopolíticos que conlleva la educación –de nuevo la reiterada tensión Estado-libertad.

Porque, se estima que «el monopolio educativo sigue siendo el principal instrumento de poder» (24) y «la alteración de los contenidos culturales de una sociedad puede considerarse, a su vez, como fuente de cambios sociales (25).

## 2. EL CÓDIGO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL: PANORÁMICA GENERAL

### 2.1 Naturaleza jurídica de las libertades educativas. Sentido y origen

Son diversas las opiniones de la doctrina en torno a la naturaleza jurídica del derecho a la educación y las libertades públicas en materia de enseñanza. Se viene a decir que el derecho a la educación es un típico derecho social y ello exige un tratamiento distinto (26). Sin embargo, parece que «la dualidad entre libertades públicas y derechos sociales y económicos se encuentra hoy sometida a revisión, pues se tiende a considerar un aspecto social en todos los derechos con lo que se unificarían las categorías» (libertad pública-derecho social) (27). Esto supone, en definitiva, el reconocimiento de la conocida teoría social de los derechos fundamentales (*sozialstaatliche Grundrechtstheorie*), que se ha afirmado en Alemania desde la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 1972 sobre el *numerus clausus* y que pone

MUÑOZ, *op. cit.*, p. 266, ORTIZ, *op. cit.*, pp. 28 y 29); por otro lado, mientras la doctrina más progresista no duda en considerar a la libertad de enseñanza como «libertad-comodín» (EMBID, *REDA* 31, cit., p. 671) criticando el amplio contenido predicado de esta libertad por el sector tradicional, éste, si no cuestiona la aplicación de la libertad de cátedra a los centros privados, le exige al menos su respeto al ideario. También se debate el sentido y alcance del artículo 27.3 de la CE y, en fin, todas las pretensiones de subvención.

(24) Así, entre otros, GÓMEZ PÉREZ, *op. cit.* p. 126.

(25) PRIETO DE PEDRO, en *Lecturas sobre la Constitución*, cit. Asimismo son significativas las palabras de MITTERRAND recordadas por ALZAGA: «hoy para cambiar la sociedad no es necesario tomar el cuartel de invierno, basta con tomar la escuela», *op. cit.*, p. 252.

Sin embargo, no es unánime este valor socio-político de la educación. Así para C. PEREIRA, «La educación, aun siendo una institución muy importante, sobre todo en el mundo actual, no es axial; y por ello no se puede pretender que se constituya en motor principal de los cambios sociales, ni de los cambios políticos ni –menos aún– que llegue a configurar la vida social toda...» en «Política, sociedad y cultura», *NT*, febrero de 1979, núm. 296, p. 138.

(26) *Vid.* ALZAGA, *op. cit.*, pp. 255 y 256; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, pp. 347 y ss. También PRIETO DE PEDRO, en *Lecturas...*, cit. p. 518 y ss.

(27) EMBID IRUJO, en *El contenido del Derecho...*, cit., p. 665. En nuestro país, puede verse así la posición de GARCÍA de ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 56 y ss.

*Vid.* también PÉREZ LUÑO: «El proceso de positivación de los derechos fundamentales» páginas 216 y ss., en «Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema», Universidad de Sevilla 1979; NICOLAS MUÑOZ, «El derecho a la educación en España», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, p. 343.

el acento en la imposibilidad individual del pleno goce de las libertades públicas y en la consecuente necesidad de la creación por el Estado de los presupuestos sociales indispensables para ese goce. Como reconoce PAREJO ALFONSO la teoría social «amplía ciertamente el derecho fundamental en la pretensión correspondiente frente al Estado, pero lo restringe simultáneamente, en tanto que las posibilidades económicas y de prestación de servicios del Estado marcan su mismo límite» (28).

En cualquier caso, creemos conveniente no absolutizar esta concepción social, fundándose en el llamado «Estado de las prestaciones», pues «la vinculación que la Constitución produciría entonces sobre las leyes presupuestarias amenazaría sobrepasar el mismo nivel de las posibilidades económicas de un país, de donde la necesidad de posiciones restrictivas» (29). Nuestra Ley Fundamental nos invita a pensar que este aspecto social del derecho a la educación y de las libertades educativas queda recogido. Nótese cómo «los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación» (27.5) y «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita» (27.4); por otro lado, como luego veremos, el artículo 27.1 parece que está afirmando «que el derecho de todos a la educación se ha de realizar dentro de un sistema educativo plural, regido por la libertad» (30) y, por ello, se entiende que los poderes públicos ayuden a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establece (27.9). Asimismo, tampoco se puede absolutizar este aspecto social a tenor de la Constitución, precisamente, a mi juicio, por la remisión a la ley que hace el párrafo 9 del artículo 27 y las necesidades que se deriven a la vista de «la programación general de la enseñanza» (27.5). No obstante volveremos sobre este punto.

En consecuencia, estamos en condiciones de poder afirmar que los derechos fundamentales y las libertades públicas consagrados en el ordenamiento educativo constitucional no se configuran como simples derechos de libertad que exigen la no injerencia de los poderes públicos, como meros derechos de defensa frente a las injerencias estatales, sino también como derechos de participación a las prestaciones estatales para la realización de los fines que la Constitución establece (31).

En otro orden, es preciso advertir con la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 que estos derechos y libertades fundamentales

(28) PAREJO ALFONSO. L.: *Garantía institucional...*, cit., pp. 29 y 30.

(29) EMBID IRUJO: *El contenido del derecho...*, p. 656. En este mismo sentido, véase Hans J. FALLER, «El derecho a la educación en la RFA» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7, 1983, p. 43.

(30) STC de 13 de febrero de 1981, voto particular sobre el motivo primero de la sentencia

(31) Sobre este punto pueden verse también: ORTIZ, *op. cit.*, pp. 237 y ss. EMBID IRUJO, *Las libertades...*, cit., especialmente pp. 312 y ss.; 342 y ss. y asimismo *vid. El contenido del derecho...*, pp. 654-657; MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, *op. cit.*, pp. 261 y ss.; GOMEZ-REINO y CARNOTA en *Lecturas...*, cit., p. 39; Hans J. FALLER, *op. cit.* p. 36.

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», límites a los que luego aludiremos.

En relación con los límites, derivados de la propia fisiología y naturaleza jurídica de las libertades educativas, nos encontramos con la cuestión del sentido y origen de tales libertades públicas.

En un plano lógico, parece que tal origen último se encuentra en la libertad de pensamiento o ideológica y la libertad religiosa, en sí mismas consideradas.

Con estas libertades, reconocidas en nuestra Constitución en el artículo 16 sin más limitaciones que las que se puedan derivar del orden público, se protege el pensamiento en sí y no su expresión. Como sostiene DE ESTEBAN (32) es justificable, incluso en la misma actualidad, su valor previo y autónomo «de la libertad de expresión y supera con mucho el carácter testimonial que a primera vista pudiera revestir».

Obvia e inmediata consecuencia de la amplia libertad de pensamiento es la libertad de expresión, también consagrada en nuestra Norma Fundamental en el artículo 20. Ya aquí empiezan a configurarse mayores limitaciones (20.4 CE) que con la libertad de ideología y religiosa (16.1). Realmente tales límites no son más que explicitaciones del ámbito material de esta libertad de expresión.

El último paso, en este orden lógico, lo constituyen las libertades educativas, que parecen derivarse de la libertad de expresión. En efecto, la libertad de expresión es más amplia que las libertades educativas, por su propia naturaleza, en la medida en que lo que se protege con éstas no es más que la libertad de expresión científico-profesional y educativa. Además, tales libertades en el campo de la enseñanza se modulan y adquieren una fisonomía propia y específica al introducirse e incardinarse en el entero sistema educativo. Sistema que impondrá aún mayores limitaciones –o explicitaciones de su ámbito material– por la complejidad de intereses puestos en juego. En este sentido, históricamente, las libertades educativas en nuestro Derecho constitucional parecen desgajarse de la libertad de expresión, ya desde la misma Constitución de Cádiz, en la que aparecen estrechamente relacionadas (33).

---

(32) *El régimen constitucional español*, tomo I, Ed. Labor, pp. 145 y ss.

(33) *Vid* artículos 366 a 371 y su ubicación sistemática. Asimismo, *vid* GOMEZ ORFANEL y GUERRERO SALOM, *op. cit.* Asimismo *vid* la STC de 13 de febrero de 1981, que explícitamente determina cómo la libertad de enseñanza ha «de moverse dentro de límites más estrechos que los de la pura libertad de expresión» (7, ?) al incardinarse en el sistema educativo. *Vid.* también NICOLAS MUÑIZ, *cit.*, p. 343 y el artículo 18 de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, de 1984.

Parece confirmar esta opinión EMBID (34) que admite que se trata de «una especificación de la libertad de expresión aplicable a un hecho que puede calificarse de enseñanza» y advierte con acierto que en diversos pactos internacionales se proclama la libertad de enseñanza como derivación de la libertad de pensamiento y de expresión (35).

Es concluyente, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981: «La libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución... puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales [especialmente los artículos 16.1 y 20.1, a)]. Y, seguidamente, reconoce esta conexión también en virtud de diversos Tratados (36).

Con este sentido apuntado de las libertades educativas se puede comprender que todas ellas gozan del mismo rango y que su fundamento es único: la investigación, la ciencia y su enseñanza. Para su articulación, pues, no puede apelarse al principio de jerarquía sino más bien al ámbito material de cada una de ellas, como luego veremos. Incluso, en este punto, del mismo tenor de la Constitución parece desprenderse esta conclusión: cada una de las libertades y derechos fundamentales, si bien tienen sujetos específicos y un ámbito determinado, están presididas por los mismos valores y principios.

## 2.2 Los valores superiores del ordenamiento. El Estado social y democrático de Derecho

El artículo 1.1 de nuestra Constitución indica que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

La cláusula del Estado social en España es fruto de la influencia de la doctrina jurídico-pública alemana, como ha puesto de relieve PAREJO ALFONSO (37). Estas tres notas constitucionalmente determinantes del Estado tienen consistencia jurídica y no mero valor político —como prueba

(34) *Las libertades...*, cit., p. 313.

(35) *Ibidem*, p. 275. *Vid.* especialmente nota núm. 121.

(36) *Vid.* la referida sentencia. El Alto Tribunal afirma que tal conexión queda explícitamente establecida en el artículo 9.º del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

(37) L. PAREJO ALFONSO: *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, p. 61. En nuestro caso, se encuentra recogida esta cláusula con una mayor perfección técnica que en la Ley de Bonn, pues hemos aprovechado la experiencia constitucional comparada desde 1949 (pág. 62). *Vid.* También las repercusiones del Estado social en el sector educativo y el mandato al legislador en Hans J. FALLER, cit. p. 3.

este autor- y se corresponden, de modo aproximativo, con los valores superiores enunciados a continuación (38). Estos –la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo– son verdaderos «principios de principios» cuya fuerza deriva de su inmediata deducción de las tres notas estructurantes del Estado (39). Pues bien, la tensión dialéctica que se cree ver entre los principios de Estado de Derecho y de Estado social queda resuelta para el profesor PAREJO porque «el constituyente ha querido expresamente que el Estado social sea un Estado de Derecho, es decir, un Estado en el que los dos principios se complementen de una forma específica». Y es que «no existe tal supuesta antinomia radical e insuperable..., tal como los recoge y conforma la Constitución. Pues ambos han de actuar y de hacer efectivas sus exigencias propias y diferenciadas desde, sobre y en un mismo sistema fundamental de valores (presidido por la dignidad de la persona, 10.1 CE), que determina la superación de su tensión recíproca en una superior unidad» (40).

Parece concluir, en fin, que esa forma específica de complementación se basa en que «el Estado democrático y social de Derecho representa, pues, la aspiración de la consecución de una *sociedad justa* (entendida como sociedad montada sobre la dignidad de la persona concebida como ser integral y social), es decir, *de la justicia social como valor resultante de la libertad en la igualdad*» (41).

Es éste, precisamente, el punto más polémico: libertad o igualdad (si, simplificando esquemáticamente la cuestión, concebimos la libertad y el pluralismo, por un lado, y la igualdad y la justicia, por otro).

En términos políticos, se ha llegado a afirmar, incluso, que son las dos Españas las que se encuentran frente a frente ante la educación: la España de la igualdad (y de la justicia) frente a la España de la libertad.

Sin embargo, hay que atender a esa necesaria complementariedad, desde un plano netamente jurídico. Ya formuló Alexis DE TOCQUEVILLE la solución a esta tensión propugnando alcanzar «la igualdad en la libertad» y no «la igualdad en la servidumbre». Estas palabras, aunque sometidas a una cierta precisión, parecen seguir teniendo actualidad y, así, advertíamos más arriba que los derechos de libertad gozan de un marcado carácter social; asimismo, a tenor de la CE, la igualdad no ya sólo como valor superior, sino también como principio constitucional, está dotada de una naturaleza material y

(38) Ibidem, pp. 63 y 65.

(39) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Civitas, Madrid 1981, pp. 98 y 99 (cit. por PAREJO, p. 63).

(40) PAREJO, L.: *Estado social...*, cit., pp. 68 y 92. Sin embargo, la contradicción –según este autor– aparece luego, no por antinomia real de los dos principios, sino por la ausencia de una reelaboración de las categorías propias del Estado de Derecho en la historia actual (p. 94). *Vid.* también PAREJO, *Garantía institucional...*, cit., pp. 11 y ss.

(41) Ibidem, p. 93. *Vid.* GARRIDO FALLA, cit., p. 342.

formal (9.2, 14... CE) que exige un tratamiento diverso a las situaciones también distintas y desiguales. Nótese cómo, en este sentido, la igualdad así entendida, contiene esencialmente un instrumento corrector y tendencial –que obliga a los poderes públicos (9.2 CE)–, para conseguir el pleno disfrute del contenido material –en su más alta cota posible– de los derechos y libertades fundamentales (42). Y esta interpretación podría conciliarse con la sostenida por el profesor PAREJO: «La justicia social como valor resultante de la libertad en la igualdad», si atendemos en ésta preferentemente a su aspecto material. Es decir, la aspiración del individuo en sociedad (cuyos fines parecen ser asumidos por el moderno Estado social) no es otra que la de vivir en régimen de libertades, para cuyo resultado se hacen necesarias unas condiciones mínimas y una actuación positiva que reduzca las desigualdades y haga efectivas tales libertades que por ello adquieren un marcado carácter social (igualdad material). Este puede ser también el sentido que tiene el voto particular sobre el motivo primero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 al afirmar que presiden el sistema educativo dos de los valores superiores: «la libertad y el pluralismo». La insistencia que se hace en este voto a la primacía de tales valores sólo puede ser entendida, no ya por la íntima relación entre educación y libertad (43), sino, sobre todo, porque la igualdad goza de ese carácter medial y corrector en orden a la consecución del pleno disfrute de los derechos y libertades. Y, por último, adviértase cómo el mismo artículo 27 de la CE (especialmente en su párrafo 5.º: los poderes públicos *garantizan* el derecho de *todos* a la educación...), que, por lo demás, es el derecho nuclear del código educativo) parece apuntar hacia este sentido que venimos sosteniendo, sentido que no ha podido escapar a la interpretación del voto particular citado, pues la referencia al pluralismo y libertad contienen necesariamente a la igualdad, pilar del Estado social (1.1 CE). Por consiguiente, la pretendida tensión entre el Estado de Derecho y el Estado social, entre la libertad y la igualdad, parece solventarse con la fórmula aludida: «La igualdad en la libertad», interpretando estos términos en el sentido apuntado.

### 2.3 Principios constitucionales en materia educativa

1. El principio de participación aparece reconocido expresamente en el artículo 9.2 de la CE («...facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural») e, incluso, en el mismo 27 de la CE en sus párrafos 5.º y 7.º

(42) La igualdad es instrumento corrector de las situaciones desiguales desde el momento en que cuenta con un esencial aspecto material (1.1 y 9.2 de la CE)

(43) Excede de las pretensiones de este trabajo detenerse en las conclusiones que, en este sentido, han alcanzado la pedagogía y las ciencias de la educación. Por lo demás, puede consultarse GARRIDO FALLA, F., en *Comentarios...*, cit., pp. 343-344.

Se ha señalado que fueron circunstancias sociológicas más que educativas las que llegaron a implantar la participación con carácter generalizado, a partir de 1968. Es cierto que fue mirado con cierto recelo por el estamento profesoral (44) y que, de modo especial al principio, tuvo un carácter ciertamente político y reivindicativo. SÁNCHEZ MORÓN ha puesto de relieve que la ideología participativa tiene su origen en la misma quiebra de la construcción del liberalismo clásico, que obedece a «la complejidad de las sociedades modernas en cuyo seno emergen... intereses colectivos que afectan a amplias categorías sociales y que gestionan y mediatizan grandes organizaciones; la heterogeneidad de los intereses públicos...; el complicado sistema de instituciones públicas y semipúblicas y la pluralidad de sus relaciones recíprocas...» (45).

Pues bien, en nuestra Ley Fundamental, en lo concerniente a la educación, se regula en dos niveles diferentes: «ex artículo 27.5», participación de todos los sectores afectados en la programación, uno de los medios constitucionales del Estado para hacer efectivo el derecho de todos los ciudadanos a la educación; y, «ex artículo 27.7»- como intervención en el control y gestión de todos aquellos «centros sostenidos con fondos públicos». El primero, pues, goza de un carácter «institucional» o «corporativo», en la medida en que serán diversos grupos y entidades sociales y profesionales (asociaciones, centros...) los que ejercerán esta participación, en orden a satisfacer la demanda educativa. El segundo, por el contrario, opera «ad intra», en cada centro, en cuanto que están «sostenidos por fondos públicos». Y, si bien esta expresión «sostenidos», por su excesiva ambigüedad, «no es jurídicamente utilizable», según ha afirmado el Juez constitucional en la citada sentencia sobre la LOECE, pueden hacerse dos consideraciones. Nótese, primero, cómo el término «sostenido» (y no meramente «ayudado») parece apuntar hacia un alto grado de subvención en el caso de los centros privados. En segundo término, creemos advertir que la participación es un elemento asumido por el modelo educativo constitucional, que obliga y actúa plenamente en todos los centros públicos y en los privados, en la medida en que estén sostenidos por fondos públicos. La ideología participativa en el campo educativo ha sido, pues, recogida en la CE y constituye un principio que no puede ser ignorado.

Sin embargo, este principio constitucional no puede suponer un vaciamiento de los derechos fundamentales y libertades públicas en materia educativa, ni en el nivel de enseñanza media ni en la universitaria. Para lograr

(44) Como ejemplos, *vid.* en Francia VEDEL, *op. cit.* y en Alemania, CARRO, *op. cit.* Sobre la participación en los centros, puede consultarse M. MERLE y otros, en *Para que la Universidad no muera*, Rialp, 1980 (L'AIU), pp. 92-109; *vid.* también VEDEL, *cit.*, pp. 16 y ss.

(45) M. SANCHEZ MORON, en «Principio de participación en la Constitución Española», *RAP*, 89, p. 172.

una adecuada conciliación al problema planteado, habría que atender a la «ratio» de los preceptos reguladores de ambos extremos.

Y es que la participación parece gozar de un sentido y alcance propio (27.5: para hacer efectivo el derecho a la educación de todos los ciudadanos; 27.7: control y gestión de todos los centros), pero no incide directamente en la libre investigación y su enseñanza y en la educación en sí mismas consideradas. Y la libertad de enseñanza (y el ideario), la libertad de cátedra y el derecho a la educación, como subrayábamos más arriba, cuentan con otro sentido, propio y distinto a la vez. Por ello, este principio y las libertades educativas no se pueden contradecir, pues cada instancia tiene una fisiología propia. Baste apuntar, en este sentido, que la polémica doctrinal alemana ante esta cuestión, aun con menor apoyo constitucional que en nuestro país, se ha inclinado, decididamente, hacia la interpretación por nosotros esbozada: en el campo de la ciencia y la educación, la libertad y el pluralismo no pueden ser constreñidos o esencialmente limitados por la participación que, si bien tiene una alta misión que cumplir, cuenta con un alcance distinto de la conformación de la ciencia a través de votos (46). Los argumentos de la doctrina mayoritaria, en los países de nuestra área cultural, para defender el contenido esencial de la libertad de cátedra frente a la participación estudiantil (haciendo recaer el peso del autogobierno académico en el estamento profesoral) pueden ser igualmente utilizados para proteger el núcleo indisponible de las demás libertades educativas en su juego con el principio de participación.

Es decir, la participación puede articularse, desde un punto de vista jurídico-constitucional, de muy diversos modos. Pero no deberá conculcar la libertad de la ciencia en sus diferentes manifestaciones: libertad de cátedra, de enseñanza, derecho a la educación. Si las hemos concebido con un idéntico fundamento y, por ello, con un mismo rango, aunque dotadas de distinto ámbito material, parece que ninguna puede ser vaciada por la participación (47).

(46) Vid. la importante monografía de CARRO, *Polémica...*, especialmente pp. 64 y 65. La doctrina jurídico-pública alemana mayoritaria y el Juez Constitucional limitan la participación estudiantil y se oponen frontalmente a la cogestión paritaria. Destacan autores como KLEIN, RUPP, WEBER, GLECK; en contra HABERMAS.

En la doctrina francesa también es mayoritaria la misma opinión: Vid. VEDEL, *La experiencia de la autonomía universitaria...*, cit., y en *Para que...*, cit.

(47) Estamos de acuerdo con EMBID al afirmar que «la participación de elementos externos a la titularidad del centro limita, pues, los poderes de dirección...», en *Las libertades...*, cit., p. 321.

Pero sin embargo, este límite no puede vulnerar el contenido esencial de la libertad de enseñanza, en el sentido del 27.6 de la CE —a tenor además del 53.1 de la CE—. Y de ahí, no puede deducir EMBID que la libertad de enseñanza (en sentido amplio) «no es, pues, el modo de hacer efectivo el derecho educativo de los padres, pues en el posible conflicto es la libertad del centro la que triunfa...» (p. 322). La solución de esta aparente contradicción la encontramos de la mano de la doctrina alemana mayoritaria que defiende la libertad de cátedra ante la participación estudiantil, aplicándola a la libertad de enseñanza ante la participación de los padres.

Creemos, por último, encontrar una confirmación a la interpretación mantenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 que, tras subrayar el amplio margen de apreciación con que cuenta el legislador a la luz del artículo 27.7 para extraer consecuencias de la intervención en el «control y gestión», destaca que aquél «no tiene otros límites que el genérico que le impone el artículo 53.1 de la Constitución de respetar el contenido esencial del derecho garantizado» (48).

2. El principio de igualdad, por otro lado, y su despliegue en materia educativa, ha sido tratado ya por la mayoría de la doctrina que ha abordado la cuestión de la enseñanza en la Constitución (49). En este sentido, se suele matizar este principio en la efectiva igualdad de todos los educandos de acceso a los centros y diferentes niveles educativos; en la igualdad prestacional que ofrezcan los centros o servicios educativos (50); en otro orden, se indica el valor de la igualdad como no discriminación (14 CE) y su carácter sustancial o material (9.2 CE) (51), etc.

El aspecto más polémico, como ya advertíamos, vuelve a ser su prelación ante las libertades educativas, por lo que nos remitimos a lo expuesto más arriba.

#### 2.4 El artículo 27.1 de la CE: Elemento arquitectural del ordenamiento educativo

Parece incuestionable que, en la labor interpretativa de nuestro «código educativo», hay que atender a la *mens legislatoris*. Sin embargo, hemos preferido aligerar esta tarea, por lo demás suficientemente clara tras la lectura de las discusiones parlamentarias (52), para adentrarnos en una investigación coherente y sistemática de la *mens legis* (53).

(48) II. 15.

(49) Todos los autores que venimos citando han abordado el principio de igualdad. Por señalar algunos ejemplos, *vid.* ORTIZ DIAZ, *op. cit.*, pp. 89 y ss., y PRIETO DE PEDRO, en *Lecturas...*, cit., pp. 518 y ss.

(50) Así ORTIZ, *ibidem*.

(51) SUAREZ PERTIERRA, *op. cit.* p. 631. *Vid.* asimismo Hans J. FALLER, *op. cit.*, p. 19: «La exigencia de una educación con igualdad de oportunidades —con independencia de lo que por tal se entienda— se sitúa en el centro de la discusión política y constitucional educativa, por lo que la interpretación del principio de la igualdad cobra así una importancia considerable en materia educativa».

(52) Los debates parlamentarios nos invitan a pensar que es la doctrina tradicional la que, en esencia, ha acertado en su interpretación. *Vid.*, entre otros, GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980, pp. 350 y 351: *Vid.* también ALZAGA, cit., p. 256 y ss. Asimismo *vid.*, como ejemplo, DSCD, 23 de mayo de 1978, pp. 2598 y ss. y 2601 DSCD, 7 de julio de 1978, pp. 4021 y ss.: DSS, 25 de agosto de 1978, pp. 1915 y 1925. Es significativo el mayor uso que hace de los trabajos parlamentarios la doctrina tradicional, frente a la escasa atención prestada por la posición científica más progresista.

(53) Pensamos que de la hermenéutica que podamos llevar a cabo de las «mens legis» llegaremos a un sistema educativo constitucional bien amplio, pero coherente. En el plano político, por contra, se habla de un ordenamiento educativo basado en el «peso y contrapeso» (*Vid.*, por

Creemos encontrar el principal elemento arquitectural en el artículo 27, párrafo primero: «Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza». En primer término, parece que «se está afirmando que el derecho de todos a la educación se ha de realizar dentro de un sistema educativo plural, regido por la libertad. Se trata, pues –continúa el voto particular sobre el motivo primero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981– de una norma organizativa que sirve de cobertura a varias libertades concretas, de un principio que constituye la proyección en materia educativa de dos de los “valores superiores” de nuestro ordenamiento jurídico: la libertad y el pluralismo (art. 1.º, 1, CE)». Mientras el primer inciso significa la consagración constitucional del Estado intervencionista o prestador de servicios, el segundo –sostiene GARRIDO FALLA– «responde a la concepción del Estado liberal, respetuoso con las diversas libertades individuales que la Constitución instrumenta como derechos subjetivos». Pero, continúa, obviamente no se trata de una incongruencia constitucional (hacer y abstenerse) sino que «significa la expresión de lo que en síntesis quiere decir el artículo 1.º... al definir simultáneamente al Estado español como un Estado social y democrático de Derecho» (54). Es decir, nos encontramos con un Estado con obligaciones docentes que se articulan en un sistema plural y libre.

El derecho de todos los ciudadanos a la educación –también a la superior–, principal título legitimador de la intervención estatal, y el inmediato reconocimiento de la libertad de enseñanza parece, pues, indicar que la prestación material de la educación se satisface y se traduce en un modelo educativo plural (centros privados y centros públicos) y libre (ausencia de monopolio educativo estatal). El modelo que, por consiguiente, ha dibujado la Constitución en el frontispicio del «código educativo» cuenta con dos caras o pilares indisolublemente unidos. El resto del artículo 27 se nos presenta como explicitación de este principio organizativo: así los párrafos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º hacen referencia directa al derecho a la educación mientras que el 6.º, 7.º, 8.º y 9.º parecen incidir más en la libertad de enseñanza. Pero tales párrafos no son más que un desarrollo de los dos derechos fundamentales que, al aparecer unidos en el 27.1, constituyen tal principio organizativo básico (55).

ejemplo, el diario *El País* de 10 de julio de 1983, p. 18; declaraciones del ministro MARAVALL). Pensamos, sin embargo, que una visión global del artículo 27 y de los demás preceptos en materia de enseñanza no puede dar lugar a interpretaciones radicalmente contrarias y distorsionantes.

(54) En *op. cit.* p. 343.

(55) A una solución similar llega SANCHEZ VEGA, M.: *La educación como servicio público en el Derecho español*, Fundación Santa María, Madrid, 1981, p. 175: «Parece más sencillo y, tal vez, más objetivo con los datos históricos que se poseen afirmar que el artículo 27 sienta dos principios fundamentales en su artículo 27.1:

a) El derecho a la educación de todos los españoles dentro de un cuadro escolar pluralista que viene reconocido por el otro principio fundamental, o sea, b) la libertad de enseñanza. Esta

Nos interesa ahora detenernos en el segundo inciso del artículo 27.1: «Se reconoce la libertad de enseñanza». Aquí, en coherencia con lo afirmado más arriba, se consagra la libertad de enseñanza en sentido amplio: no tanto como un derecho público subjetivo, sino más bien como principio organizativo del entero sistema educativo (y ello sin perjuicio de la especificación del 27.6: «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales») (56).

Pues bien, siguiendo a PAREJO ALFONSO, que ha traído a nuestro Derecho la moderna formulación de la garantía institucional, elaborada por la doctrina alemana (57), podemos pensar que se está estableciendo, con el reconocimiento de la libertad de enseñanza en el 27.1 de la CE una verdadera garantía institucional. Mediante esta técnica de desarrollo infraconstitucional, la institución garantizada pasa a ser uno de los pilares básicos del sistema fundamental de la libertad y con independencia de que den lugar a verdaderos derechos subjetivos o determinen tan sólo regulaciones objetivas, aparecen dotados de una específica eficacia constitucional frente a su eventual eliminación, o modulación por el legislador ordinario (58). Se trata, en definitiva, de «hacer resistentes» una serie de regulaciones (59).

Por otro lado, como «la doctrina de las garantías institucionales es el fruto de un proceso de interpretación constitucional» y «un producto de la aplicación del Derecho» (60), el profesor PAREJO resalta las características del proceso interpretativo conducente a ese resultado. Y así, en primer lugar, destaca la identificación de la finalidad protectora: es decir, encontrar los preceptos constitucionales que pretenden derechamente una garantía reforzada, en cuanto originada en la propia voluntad constituyente. Se trata, en definitiva, de determinar si se atribuye a sujetos o a instituciones un concreto papel estructurante en el sistema total diseñado por la norma fundamental (61). En segundo término, hace notar la «referencia de la protección a una

interpretación supone ciertamente –a lo largo del artículo 27 en sus párrafos 2.º y ss.– el desarrollo y explicitación de cuanto se ha enunciado en el párrafo 1.º

(56) El estudio de los debates de los constituyentes muestra cómo este segundo inciso se introduce como una garantía más de la libertad de enseñanza entendida como libertad de creación de centros docentes.

Fue la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados (BOE de 1 de julio de 1978) la que redactó así el párrafo primero y, por contra, se suprime en el sexto el término «dirigir» que había incluido la ponencia constitucional (BOE de 17 de abril de 1978). Sin embargo, para algunos autores el segundo inciso del 27.1 es simplemente reiterativo (así NICOLAS MUÑIZ, *op. cit.*, p. 342) o bien vendría a significar una formulación amplia de las libertades en la enseñanza (EMBED, con el mismo título de su obra).

(57) PAREJO ALONSO, L.: «Garantía institucional y autonomías locales», *Estudios de Derecho Público*, IEAL, Madrid, 1981.

(58) *Ibidem*, p. 22.

(59) *Ibidem*, p. 26.

(60) *Ibidem*, pp. 31 y 32.

(61) *Ibidem*, pp. 32 y 33.

institución», de carácter abstracto y con incidencia en el orden de la libertad. Además las normas de garantía institucional no se identifican ni con los proyectos organizadores del orden constitucional básico ni tampoco coinciden con el reconocimiento de libertades públicas. La institución garantizada goza, pues, de una operatividad diferida. Por último, una tercera característica: la determinación en el texto de esta categoría (desde un punto de vista formal y material).

Tras criticar el citado autor la interpretación de esta doctrina de la garantía institucional llevada a cabo precisamente por el voto particular de la sentencia del Tribunal constitucional de 13 de febrero de 1981 (62), concluye –y nosotros con él– que «la determinación de las concretas garantías es una cuestión de Derecho positivo, en la que, por lo tanto, ha de operarse con cautela a la hora de las traslaciones comparatistas. Desde esta perspectiva, el análisis de nuestra Constitución revela inmediatamente que en lo atinente a la docencia o enseñanza no establece más garantías institucionales que las de la libertad de enseñanza (art. 27.1) y la autonomía universitaria (art. 27.10) dentro de cuyo marco y al servicio de las cuales se sitúa el reconocimiento de derechos subjetivos públicos fundamentales...» (63).

Por consiguiente, «ex artículo 27.1» se establece, con el efecto reforzado y la operatividad diferida en el desarrollo infraconstitucional propios de la garantía institucional, el pluralismo educativo. Nótese que no se está haciendo referencia sin más a la libertad en la prestación material de la educación para satisfacer el derecho de todos los ciudadanos (27.1, 27.5, CE). Es decir, no se significa con la dicción del artículo 27.1 que el derecho a la educación se satisface meramente en un régimen de libertades. Porque no ha consagrado nuestro texto la fórmula «se reconoce la libertad (o libertades) en la enseñanza». Si así fuese, muy otra sería la interpretación que, sin duda, habríamos de admitir. Por el contrario, lo que se reconoce es la libertad de enseñanza, como *principio organizativo* del sistema y no como un amplio derecho público subjetivo (en el que sí podría quedar comprendida *lato sensu*, la libertad de cátedra). Aspecto institucional –y no de puro derecho subjetivo– que parece probarse con la determinación como garantía institucional, que, como sabemos, no se identifica con las normas de los derechos fundamentales y libertades públicas. En definitiva, la institución garantizada, el pluralismo educativo, supone un sistema plural, es decir, dualidad de centros y, por ende, de proyectos educativos; unos, intraplurales –los públicos– y otros, coherentes y homogéneos –los privados, si hacen uso de su derecho al ideario–, como, por lo demás, admite el Juez constitucional en la citada sentencia (64). De este

(62) *Ibidem*, pp. 119-123.

(63) *Ibidem*, pp. 123-124.

(64) *Vid.* en este sentido GONZALEZ VILA, *op. cit.*, pp. 107 y ss.; especialmente, 140. Entra en un análisis político y pedagógico de la cuestión.

equilibrio Estado docente-libertad de enseñanza, trazado en el artículo 27.1 de la CE, parece desprenderse que la garantía asumida por los poderes públicos de satisfacer el derecho a la educación no se hace efectiva, desde un punto de vista constitucional, tan sólo mediante la creación de centros públicos (como además queda claro en el 27.5 de la CE), sino también a través de los centros privados ya existentes.

Una última consideración. Y es que ya en el primer inciso del precepto, auténtico marco del sistema, se coloca al educando como necesario punto de referencia, pues todo el «código educativo» está a su servicio, y en función de él, también, se configuran las libertades educativas. Ocurre, sin embargo, que en las posiciones doctrinales más radicales esto es frecuentemente olvidado. Se centra la atención, a veces, en la libertad de creación de centros docentes y su consiguiente ideario sin mayores perspectivas, o bien, por el contrario, se limitan los esfuerzos doctrinales a exaltar la libertad de cátedra y su primacía sobre la libertad de creación de centros. Ambos extremos, si quieren asumir una visión global, parece que deberán atender al obligado punto de referencia y observar que los principales límites –más bien fisiología propia– de las libertades educativas devienen precisamente por la libertad del educando, su dignidad personal (10.1 CE), el respeto y estímulo de su personalidad... (27.2 CE).

Un sistema educativo, pues, no puede ser tal si no está dirigido y orientado a servir al educando.

### 3. LAS LIBERTADES EDUCATIVAS. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

#### 3.1 El derecho a la educación

Aunque admitamos que «no hay acuerdo ni en la ciencia ni en la práctica –como afirma Hans J. FALLER– sobre qué se entiende por educación»... y que no exista «una definición concluyente de este concepto, cuyo contenido se encuentra en constante cambio» (65), podemos hacer, sin embargo, algunas aproximaciones que nos acerquen al concepto constitucional del derecho a la educación.

##### 3.1.1 *Concepto de educación*

La regulación nuclear del derecho a la educación la encontramos en los párrafos primero y segundo del artículo 27 de la CE. Los demás preceptos pueden ser considerados como matizaciones o flecos –también constitucionales– de la esencia de este derecho fundamental (66).

(65) En *op. cit.*, p. 14.

(66) Creemos, sin embargo, que por ese carácter marcadamente social que la CE ha deparado a nuestro derecho a la educación no se justifican interpretaciones, algo forzadas, que conducen a otorgarle el tratamiento previsto en el capítulo tercero del título I y la protección del 53.3. *Vid.* en este sentido, PRIETO DE PEDRO, en *Lecturas...*, cit., pp. 518 y ss.

Del 27.1 podemos hacer dos observaciones. En primer término, conviene advertir que se ha dibujado el aspecto cuantitativo o extensivo del mismo: «Todos tienen el derecho a la educación». Es decir, el sistema entero educacional, consagrado en nuestra Ley Fundamental, y concebido al solo servicio del educando, debe satisfacer la demanda educativa de los ciudadanos. Se trata, sin duda, de una explicitación más del Estado social, que se considera obligado a intervenir en el sector para promover unas condiciones de igualdad material (1.1, 9.2 y 14 en relación con el 27.5 de la CE). De aquí, parece desprenderse la inconstitucionalidad del *numerus clausus*, como ya afirmó la sentencia del Tribunal Federal alemán de 18 de julio de 1972 (67), a no ser que por razones de incapacidad material no se pueda dar respuesta a las necesidades educativas. Sólo la insuficiente oferta, pues, puede legitimar —y siempre con las garantías precisas en orden a la igualdad de oportunidades— la práctica del *numerus clausus*. En cualquier caso, sostiene SOSA WAGNER (68), la privación o restricción de este derecho fundamental (en su aspecto extensivo), «sólo puede operar en aquellos casos concretos en que una norma de rango adecuado (en nuestro sistema actual, su regulación deberá fijarse mediante ley orgánica, a tenor del 81.1 de la CE) así lo disponga, bien entendido que, dada la trascendencia del bien jurídico que se protege, tales normas han de ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo, como la doctrina jurídica predica de todas las reglas de naturaleza punitiva».

Sin embargo, y en segundo término, el artículo 27.1 de la CE nos invita a pensar, si nos atenemos a la interpretación mantenida (como principio organizativo y elemento arquitectural), que la demanda, en todos sus niveles, ha de satisfacerse a través de un sistema educativo plural: centros públicos y centros privados. Pues nótese cómo el derecho a la educación en sus términos cuantitativos o extensivos se articula a través de la libertad de enseñanza. Parecen presentarse como las dos caras de una misma moneda y, por ende, indisolublemente unidas.

Por lo que hace al 27.2 de la CE, cabe observar que se establece una directiva constitucional, punto de referencia necesario para adentrarnos en el concepto de educación. Y en efecto, se apunta aquí el aspecto cualitativo de nuestro derecho fundamental: «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». Está inspirado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 26.2) (69) y hace

«(67) Nótese además cómo nuestra Constitución está más depurada técnicamente que la Ley de Bonn que, sin embargo, permitió al juez constitucional llegar a tal conclusión.

(68) F. SOSA WAGNER, comentario de la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de Vizcaya, de 16 de diciembre de 1975, en *REDA* núm. 8, enero-marzo 1976, pp. 170-174.

(69) Asimismo el primer inciso del artículo 27.1 se inspira claramente en el artículo 26.1 y 26.3 de la Declaración Universal. Sobre la influencia de ésta en Alemania *vid.* Hans J. FALLER, *cit.*, páginas 23 y 55.

referencia al objeto de la educación: fomentar la propia personalidad del educando en el seno de la vida democrática. En este sentido, existe una cierta unanimidad doctrinal y jurisprudencial que pone de relieve cómo la educación, en primer término, y las libertades que la sirven no protegen en modo alguno el adoctrinamiento, el proselitismo o la propaganda de cualquier tipo que sea (70) —que, por lo demás, si quedan amparadas por la libertad de expresión, pero no por la de enseñanza o de cátedra.

Por el contrario, el «ideario educativo de la Constitución» (27.2) —en la expresión del voto particular sobre el motivo primero de la referida sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LOECE— asigna como finalidad primordial de la educación «el pleno desarrollo de la personalidad humana del alumno. Plenitud que es imposible sin libertad, por lo cual los términos del 27.2 son complementivos de aquellos otros del artículo 10.1 de la CE en los que se afirma que el libre desarrollo de la personalidad es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social» (71).

Por otro lado, con independencia del contenido que se predica —con frecuencia diverso— del derecho a la educación (72), pueden desprenderse algunas consecuencias de la directiva constitucional del artículo 27.2 de la CE.

Y es la primera que parece admitir este precepto la concepción científico-pedagógica de la educación más generalizada: «La educación —afirma GUZMÁN VALDIVIA— es en su esencia el proceso cultural que consiste en el desarrollo integral de la personalidad del hombre» (73). Nótese, pues, cómo la educación, de conformidad con nuestra Ley Fundamental, no puede quedar reducida a la mera instrucción o simple transmisión de unos conocimientos (que por sí solos no serían capaces de desarrollar la personalidad humana) sino que debe comprender, también, una formación de «hombres libres con criterios propios para enjuiciar la realidad y decidir lo que deben hacer, y con iniciativa y aptitudes prácticas para utilizar, y en su caso modificar, el mundo que les rodea» (74). Y todo ello en el respeto a la convivencia democrática.

(70) Vid. CARRO, en *Libertad de enseñanza...*, cit., p. 212. Aseveraciones semejantes se encuentran en el trabajo colectivo citado de la Fundación Oriol-Urquijo (*Educación y sociedad pluralista*). Asimismo parece ser este el sentir de la STC de 13 de febrero de 1981.

(71) STC de 13 de febrero de 1981, voto particular sobre el motivo primero de la sentencia.

(72) Por señalar dos autores representativos de posiciones contrarias, destacamos a EMBID IRUJO, en *El contenido del derecho a la educación*, cit., y MARTINEZ LOPEZ-MUNÍZ, en *La educación en la Constitución española*, cit. Y la falta de acuerdo de la financiación de la enseñanza: para el primero el hecho subvencional no se impone constitucionalmente, mientras que para el segundo autor, existe una obligación —constitucional— de financiar la enseñanza.

(73) I. GUZMÁN VALDIVIA, en «Fundamentos filosóficos-sociales de la educación», *Persona y Derecho* 6, 1979, p. 171. Con ello se está indicando implícitamente que «educar no es otra cosa que transmitir el sistema de ideas, de cultura, de ciencia, de moralidad y de religión», cfr. HERVADA, en «Derecho natural, democracia y cultura», *Persona y Derecho*, cit., p. 204.

(74) Véanse en este sentido GARCÍA HOZ, *op. cit.*, y, especialmente en «La libertad de educación y la educación para la libertad» (*Persona y Derecho*, cit.) pp. 13 y ss.: BARRENA, en «El proyecto educativo», *Educación y sociedad...*, cit. pp. 63 y ss.

Es decir, la instrucción y la formación humana se presentan como dos aspectos inseparables. Y es que este proceso de perfeccionamiento de la persona y su proceso de inserción en la sociedad (aspecto éste que más parece interesar al político) aparecen unidos no ya sólo por imperativo del 27.2 de la CE, sino también por las exigencias intrínsecas de la educación. Porque, en efecto, como ponen de relieve las Ciencias de la Educación, educar no es sólo, ni siquiera preferentemente, transmitir unos conocimientos y facilitar unas técnicas profesionales, sino que, sobre todo, es ofrecer una pauta de interpretación de conducta de acuerdo, inevitablemente, con una concepción de la realidad y una determinada jerarquía de valores (74).

En consecuencia, si se atiende al concepto mismo de educación, a tenor de la CE, se evitarían polémicas doctrinales que parecen seguir viendo en ella un medio para la indoctrinación, para manipular un sujeto según la ideología o los intereses del que se proclama educador, en lugar de considerarla como un medio de desarrollar la capacidad personal. Porque, repetimos, nuestro ordenamiento educativo (específicamente el artículo 27.2 en relación con el 10.1 de la CE), impide la enseñanza sectaria, desprovista del razonamiento científico que debe acompañarla, expresión de bandería política y no de manifestación docente y, por todo ello, contraria al mandato constitucional de respeto al libre desarrollo de la personalidad. Estas conclusiones conviene tenerlas presentes en la cuestión del ideario educativo.

### 3.1.2 *Derecho a la educación religiosa y moral* °

El artículo 27.3 de la CE establece que «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». Constituye este precepto una manifestación o corolario del núcleo del derecho a la educación (27.1 y 27.2). Puede considerarse implícito en el aspecto sustancial o cualitativo de la educación que «tendrá por objeto el libre desarrollo de la personalidad humana...» (27.2). Parece asimismo una confirmación de lo que venimos sosteniendo: educar es un medio de desarrollar la capacidad de criterio personal de acuerdo con una concepción de la realidad. Pues nótese cómo la formación religiosa y moral consiste esencialmente en una jerarquía de valores y una concepción cosmovisional, tan importante, por otro lado, que los poderes públicos garantizan este derecho que asiste a los padres, en virtud de su patria potestad, ante la minoría de edad de sus hijos.

Las dos grandes corrientes, que hemos advertido en el seno de la doctrina, vuelven a encontrarse en este precepto. En efecto, se hacen interpretaciones

diversas (75) en las que no vamos a entrar. La polémica se centra de nuevo, en el hecho subvencional. Si «ex artículo 27.3», y más concretamente, de la *formación* religiosa y moral, pudiera colegirse, al menos de modo implícito, el derecho paterno a la elección del tipo de educación, garantizado por los poderes públicos, implicaría la disposición por el Estado de los medios reales para hacerlo efectivo. Para ello, la doctrina tradicional hace uso del artículo 10.2 y del ordenamiento internacional. Por el contrario, otro sector doctrinal considera que la declaración contenida en el artículo 27.3 no supone un reconocimiento expreso del concepto «tipo de educación» y, por ello, no hay admisión concreta de ese amplio contenido y, por último, del examen de los textos internacionales no concluye tal consagración constitucional (76).

Sin entrar ahora en el fondo puede advertirse que el artículo 27.1 de la CE, como principio organizacional, permite pensar que los poderes públicos al asumir la obligación para hacer efectivo el derecho de todos a la educación (concepto en el que se incluye como un fleco el art. 27.3) a través del pluralismo educativo (garantía institucional) deberán subvenir a la enseñanza básica, aunque sea de signo privado.

### 3.1.3 *El derecho-deber de la enseñanza básica y gratuita*

El párrafo cuarto del artículo 27 indica que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita». Supone en realidad un deber público general y, al mismo tiempo, un derecho igualmente general de todos los ciudadanos, no renunciable (77).

En relación con el artículo 27.1 de la CE se desprende que la potestad que tiene el Estado de hacer cumplir la obligación de la enseñanza básica (y gratuita) no significa la ruptura del equilibrio Estado docente-libertad de enseñanza, en favor de aquél, sino que, una vez más, los poderes públicos actuarán —para hacer efectivo el 27.4— a través de los centros públicos y de los centros privados existentes que impartan la enseñanza que nuestro

(75) Vid. de modo especial a SUAREZ PERTIERRA, *op. cit.*, pp. 633 y 634; EMBID IRUJO, en *Las libertades en...*, cit., pp. 219 y ss.; MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, *op. cit.*, pp. 240 y ss.; CORRIENTE CORDOBA, en «La protección de la libertad de enseñanza en el Derecho internacional», *Sociedad y educación...*, cit., pp. 29 y ss.

(76) Los textos internacionales que inciden en esta cuestión son esencialmente: art. 26.3 de la *Declaración Universal*; arts. 18.4 y 13.3 del *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, sociales y culturales*; art. 2.º del *Protocolo europeo*; art. 5.1, b), del *Convenio de la UNESCO*, etc. No todos tienen el mismo alcance ni articulación técnico-jurídica.

Desde este sector progresista, por otro lado, al menos se afirma que «una interpretación conjunta de los textos legales integrando igualmente los datos de la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, permiten sentar la conclusión de que el derecho de los padres a elegir establecimiento docente ni es ilimitado ni implica forzosamente un apoyo económico-estatal», SUAREZ PERTIERRA, *op. cit.*, p. 634. Véase asimismo EMBID IRUJO, en *Las libertades en...*, cit., páginas 187, 188 y 207.

(77) Vid. MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, *op. cit.*, p. 237.

Derecho interno considere en cada circunstancia como básica. Ello nos invita a considerar que el Estado está obligado a financiar a los centros privados que den satisfacción a la demanda educativa básica.

### 3.1.4 *Garantías del derecho a la educación*

El artículo 27.5 de nuestra Norma Fundamental establece que «los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes».

En cierto modo es, sin duda, una matización del derecho a la educación ya configurado en su esencia en los dos primeros párrafos del artículo 27.

Constituye pues, en primer término, una consecuencia del equilibrio formulado en el artículo 27.1 de la CE. Porque, como advertíamos, no se ha consagrado un Estado docente o de monopolio educativo, ni tampoco un Estado liberal o gendarme. Los poderes públicos, por el contrario, garantizan el derecho de todos a la educación a través de un sistema plural y libre.

Sin embargo, el 27.5 de la CE viene a especificar la intervención del Estado, que supone, efectivamente, un límite a la absoluta libertad del sistema. Y es que si se estatuye una garantía de la educación es necesario atenerse a unas condiciones de racionalidad y de economía que permitan su cabal prestación.

En concreto, dado que del tenor de la CE no se desprende en modo alguno que los títulos de intervención del Estado sean ideológicos (Estado docente) sino, en primer lugar, en garantía del derecho a la educación (en su doble vertiente), cabe sentar las siguientes conclusiones:

1.º Del artículo 27.5 en relación con el 27.1, puede colegirse que el modo prioritario de satisfacer la demanda educativa (también en sus dos aspectos) es a través de los centros existentes actualmente, tanto públicos, como privados, para lo que se inspeccionará y homologará el sistema educativo (27.8 CE). La programación general de la enseñanza, por otro lado, a la que se refiere el artículo 27.5 como un medio garantizador de la prestación de la educación, no parece que sea de aplicación para los centros ya en funcionamiento, de origen privado. Y ello en base a dos consideraciones. Es la primera de orden sociológico: la escasa oferta educativa de puestos escolares en la enseñanza media, la masificación de la Universidad... pueden avalar esta afirmación, en la medida en que los poderes públicos deben seguir contando con tales centros. Y, en segundo término, toda vez que el constreñimiento de libertades a que pudiera llegar la programación (como, por ejemplo con respecto a la libertad de creación de centros) deberá ser interpretado restrictivamente (a tenor de los artículos 27.1, 9.3 y 10.1 CE), llegamos a la

misma conclusión. En consecuencia, creemos que la necesaria programación general de la enseñanza debe respetar el sistema educativo plural, actualmente vigente; asimismo, conforme al 27.4 admitimos la obligación constitucional de subvencionar los centros privados, también hasta ahora existentes, prestadores de la enseñanza básica.

2.º No se puede afirmar lo mismo en orden al ejercicio de la programación en lo sucesivo. En efecto, adviértase cómo los poderes públicos, responsables de hacer efectivo el derecho de todos a la educación, pueden verse obligados a crear centros, de todos los niveles, en puntos que se consideren prioritarios, antes que atender a poblaciones donde la iniciativa privada en concurrencia con la pública, sea más pujante. Y téngase en cuenta, además, que los recursos financieros de un país están condicionados por su riqueza, también limitada. Por tanto, puede concluirse que en concreto la libertad de creación de centros (27.6 CE) puede quedar determinada temporalmente (si tiene pretensiones de subvención, como en el caso de la básica) por las necesidades apreciadas en la programación general (27.5 de la CE) (78).

### 3.2 La libertad de enseñanza

#### 3.2.1 *Sentido y origen. Aspecto institucional de la libertad de enseñanza (27.1)*

Como hemos indicado más arriba, las libertades educativas cuentan con un idéntico fundamento último (libertad de expresión). No obstante, dado que la libertad de la ciencia y de educación presentan manifestaciones diversas, es lógico que los derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza desplieguen su eficacia en un ámbito propio, sin perjuicio de su naturaleza común. Por tanto, debemos encontrar ahora el sentido peculiar de la libertad de enseñanza en nuestra Constitución de 1978.

Literalmente, como sabemos, el segundo inciso del artículo 27.1 recoge la expresión en estos términos: «Se reconoce la libertad de enseñanza».

«Es lo cierto que dentro de nuestra tradición legislativa sobre temas educativos y de instrucción pública dicha locución se ha empleado con pluralidad de significados, en uno de los cuales ha equivalido a la libertad de los profesores “de exponer y de discutir lo que piensan” y ello en atención a que la ciencia “debe ser libre en sus manifestaciones, cualquiera que sea el encargado de enseñarla” (Decreto del ministro de Fomento Manuel RUIZ

---

(78) Estas conclusiones, delicadas y no exentas de polémica, parecen estar de acuerdo con la opinión de diversos autores de la doctrina.

ZORRILLA de 21 de octubre de 1968, "Colección Legislativa", tomo C, páginas 411-424)» (79).

Parece probado que la «libertad de enseñanza» ha sido utilizada, en algunos textos legales y, en ciertas ocasiones, por la misma doctrina, como «libertad del enseñante». Este es sin duda el sentido del artículo 15 de la LOECE: «los profesores, dentro del respeto..., tienen garantizada la libertad de enseñanza». Pero esta locución, ciertamente polisémica, se emplea en otras ocasiones como libertad de creación de centros docentes. No es, evidentemente, una cuestión baladí.

A nuestro juicio, sin embargo, la CE nos invita a pensar que el reconocimiento de la libertad de enseñanza hace referencia primariamente a la libertad de creación de centros. Porque, en efecto, el estudio histórico jurídico y sociológico nos advierte que el concepto de «libertad de enseñanza» ha experimentado, en su devenir, una cierta derivación hacia uno de sus sentidos. En su origen legal decimonónico pudo significar, con frecuencia, «libertad del enseñante», como derecho del profesor frente al Estado de impartir, en centros propios, sus conocimientos. Interesa destacar aquí la autorizada opinión de EMBID IRUJO: «Hay, por tanto, en los inicios de nuestro constitucionalismo datos suficientes como para concluir en que la libertad de enseñanza se configuraba como un derecho que la persona concreta ponía en marcha por la creación de un centro en el que él mismo impartía clases» (80). Y, por tanto, «la estricta equiparación entre libertad de enseñanza y fundación de centros resulta una explicación incompleta en relación a los datos de nuestro derecho histórico».

En consecuencia, el sentido polisémico de nuestra locución –en cuanto concepto positivo–, presente de modo especial en los textos legales del siglo XIX, no permite deducir de nuestro constitucionalismo uno solo de sus aspectos obviando los demás. Es necesario constatar, pues, que su origen decimonónico dará lugar a una pluralidad de significados.

No obstante, el curso del tiempo conservará el término para referirse preferentemente a la fundación de centros. En primer lugar, porque si en sus inicios legales ampara al docente singular que funda un centro en donde imparte él mismo sus enseñanzas, ahora, sin embargo, parece difícil hacer viable tal posibilidad, y ello es así si consideramos la complejidad del moderno Estado y de su sistema educativo, y, sobre todo, la realidad educativa vigente en nuestro país, que alberga a centros privados de todos los niveles y en los cuales se protege el carácter fundacional y garantizador de los proyectos

(79) Voto particular sobre el motivo primero de la STC de 13 de febrero de 1981.

Sobre el origen en nuestros textos legales de la expresión «libertad de enseñanza» puede verse, MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, *op. cit.*, pp. 221 y ss.; MARTIN RETORTILLO, L. en «Aspectos del Derecho Administrativo en la revolución de 1868», *RAP* núm. 58 (enero-abril, 1969), pp. 9 y ss.

(80) En *Las libertades en...*, cit., p. 234.

educativos propios. Obsérvese, en este sentido, cómo la realidad histórica ha evolucionado profundamente y de la concepción positiva decimonónica de la libertad de enseñanza se han desgajado la libertad de expresión docente, que con escasa frecuencia se ejercita en un centro propio, y la libertad de creación de centros –que pocas veces es llevada a efecto por un profesor–. Pero es que además la libertad de enseñanza, en el sentido actual que sostenemos –libertad de fundación–, puede considerarse, enlazando con su ambiguo significado histórico, como el ejercicio «corporativo» o «institucional» de la libertad de todos los enseñantes, que se aúnan –aunque con opiniones científicas diversas– en torno a un proyecto educativo común (81).

En segundo término, parece confirmar esta consideración histórica y sociológica, la configuración constitucional de la libertad de enseñanza (27.1).

Y, en efecto, el reconocimiento de la libertad de cátedra en nuestra Ley Fundamental [20.1 c)] –libertad del enseñante– nos invita a pensar que la consagración de la libertad de enseñanza (27.1 de la CE) hace referencia, y queda reservada primariamente, a la libertad de creación de centros. Podría objetarse, sin embargo, que se trataría de una *status vocis*, una simple reiteración, respecto del 27.6 de la CE. Pero, sin perjuicio de que los debates parlamentarios evidencian nuestra posición (82), la interpretación que venimos haciendo del artículo 27.1, globalmente considerado, nos indica que, en modo alguno, supone una repetición inútil.

En conclusión, podemos hacer dos afirmaciones:

1.º Distinguimos, a raíz de nuestra Constitución, un concepto amplio de libertad de enseñanza (27.1) y un concepto estricto (27.6).

El sentido amplio constituye un principio de organización del entero sistema educativo. Es decir, la libertad de enseñanza viene a ser aquella garantía institucional que exige que la prestación del derecho a la educación se articule a través de un sistema plural y libre.

2.º En cuanto garantía institucional no se identifica necesariamente con las mismas libertades educativas, y adquiere un carácter objetivo, como apuntábamos más arriba. Si hemos coincidido en un principio con el voto particular sobre el motivo primero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 («el derecho de todos a la educación se ha de realizar dentro de un sistema educativo plural...») pronto nos separamos, pues para esta doctrina jurisprudencial la libertad de enseñanza en sentido amplio contiene a la libertad de cátedra [20.1 c) de la CE], y a la libertad de creación de centros docentes (27.6 de la CE). Es lo cierto que junto a la misma sentencia citada, coinciden en este punto la mayor parte de los autores. Así, los defensores de la tendencia tradicional consideran a la libertad de cátedra

(81) *Ibidem.*,

(82) *Vid.* nota núm. 56.

incluida en la libertad de enseñanza, aunque luego subrayan la prevalencia de otros aspectos: creación de centros, ideario... (83). Para el sector más progresista, por el contrario, si bien se admite que el artículo 27.1 comprende la libertad de cátedra, ésta conservará un mayor protagonismo pues la creación de centros no será más que una libertad «auxiliar» (84).

Es, pues, doctrina mayoritaria predicar un sentido amplio del reconocimiento de la libertad de enseñanza en nuestra Ley Fundamental. Sentido amplio que no se identifica con el expuesto por nosotros (85). Y nos separamos del común de la doctrina por cuanto no nos parece ver –en esta garantía institucional– incluida la libertad de cátedra, regulada, por lo demás, en otro precepto [20.1 c)]. Y ello en base a varias consideraciones ya apuntadas. Es la primera –*vid.* epígrafe 2.4– que, conforme al sentido amplio que hemos sostenido, no se está estableciendo un puro derecho público subjetivo, sino más bien una norma organizativa del sistema, de la que deriva –es la institución garantizada– el pluralismo y la libertad. Nótese, además, como de la libertad de cátedra como libertad individual –aunque cuente con un marcado carácter institucional y social no es una garantía institucional– no se derivan precisamente normas organizativas. La libertad de cátedra, en este sentido, no incide en la organización y arquitectura del sistema educativo, globalmente considerado. Obviamente la libertad de cátedra, el derecho a la educación, la libertad de creación de centros, se relacionan íntimamente con la garantía institucional reconocida, pero no se confunden con ella. Por otro lado, este pluralismo educativo garantizado hace referencia directa a la dualidad de centros –*vid.* número 2.4–, como, por lo demás, parece desprenderse del artículo 27.1 en relación con el 27.6 de la CE. En este sentido, admite el voto particular sobre el motivo primero de la sentencia del Tribunal Constitucional citada que la libertad de creación de centros «es la manifestación primaria de la libertad de enseñanza. Su reconocimiento implica la inexistencia de un monopolio estatal docente y, en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado...».

### 3.2.2 *Concepto estricto de libertad de enseñanza (27.6)*

En congruencia con todo lo anterior, hemos de admitir un sentido estricto de libertad de enseñanza. Ahora no como garantía institucional, sino como

(83) *Vid.* ORTIZ DIAZ, *op. cit.*, pp. 28 y 29, y MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, *op. cit.*, p. 268.

(84) Por todos, *vid.* la obra más significativa de EMBID IRUJO, en *Las libertades en...*, cit. En ella se explica en diversos momentos esta concepción.

(85) Obsérvese además cómo cada autor, por lo general, tras admitir un amplio sentido de tal libertad, predica un contenido diverso. El autor que más se aleja y critica esta actitud es EMBID que llega a llamarla «libertad-comodin» como más atrás señalábamos.

derecho de libertad (sin olvidar, a pesar de esta típica clasificación, su aspecto social) al servicio de aquélla.

Así afirma el artículo 27.6 de la CE: «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales». Este es, a nuestro juicio, el significado estricto al que ha llegado la depuración dogmática con el tiempo. Adviértase cómo lo sustancial ha sido siempre la fundación de un centro; antes, por un profesor y, ahora, por personas físicas o jurídicas, que no tienen tal condición necesariamente. Y, además, el profesor verá reconocida su libertad bajo el nombre de libertad de cátedra a partir de la Real Orden de Albareda de 1881. Y, si no negamos que desde un punto de vista científico es pensable que la manifestación docente sea «otra forma de ejercicio de la libertad de enseñanza» (86), creemos, sin embargo, que la significación esbozada puede ser acorde y coherente con los parámetros constitucionales.

En otro orden, baste añadir que el ámbito de aplicación de esta libertad parece referirse a todos los niveles docentes, al no restringirlo en su dicción.

El «respeto a los principios constitucionales» (27.6), el servicio al educando (27.2) y a su dignidad personal (10.1) determinan la propia fisiología de la libertad de enseñanza. La potestad de dirigir el centro y establecer un proyecto educativo se presentan como corolarios lógicos de la fundación y son admitidos comúnmente por la doctrina (87).

Adviértase que la libertad de creación de centros es diversa de la libertad de empresa (38 de la CE), de donde han sabido deducir en otros ordenamientos nuestro derecho del artículo 26.6 de la CE. El tratamiento jurídico, pues, no parece que deba ser idéntico (88).

### 3.3 La libertad de cátedra

#### 3.3.1 Sentido y origen

Conviene recordar cómo el artículo 170 de la Ley Moyano establecía la separación, en virtud de expediente gubernativo, de los profesores que no cumplieran los deberes de su cargo; que infundieran a sus discípulos doctrinas perniciosas o que por su conducta moral fueran indignos de pertenecer al profesorado. Más adelante, la Real Orden Circular de 27 de octubre de 1864 interpretó que el incumplimiento de los deberes del cargo y la conducta moral alcanza también a las especulaciones intelectuales de la persona fuera de su

(86) EMBID, en *Las libertades en...*, cit. pp. 229 y 230.

(87) *Ibidem*, p. 320. *Vid.* asimismo la citada STC sobre la LOECE: «Como derivación de la libertad de creación de centros docentes, el derecho de los titulares de éstos a establecer un ideario educativo propio...»

Téngase en cuenta además el juego de los artículos 10.2 y 96 de la CE en relación con el 27.6.

(88) *Vid.* en este sentido a J. GALVEZ, en *Comentarios a la Constitución*, dirigido por GARRIDO FALLA, cit., p. 264.

cátedra. La negación de la libertad del enseñante en su exposición docente no podía ser más clara al instaurarse el modelo napoleónico.

Los dos Decretos de octubre de 1868 (14 y 21), tras el triunfo de la Revolución más liberal del siglo XIX, supondrán una apertura hacia la libertad de cátedra. Luego, el Real Decreto de 26 de septiembre de 1875 significó un cierto retroceso en su consolidación.

En realidad, la libertad de cátedra –al menos con tal denominación– comenzó a reconocerse a partir de la Real Orden de Albareda de 3 de marzo de 1881, en la que se encomienda a los Rectores de Universidad favorezcan la investigación científica sin oponer reparo al libre, entero y tranquilo desarrollo del estudio, ni fijar a la actividad del profesor otros límites que los señalados por el derecho común a todos los ciudadanos.

La Constitución de 1931 garantizó la libertad de cátedra en su artículo 48 («queda reconocida y garantizada»). La LOU de 1943 y después la LGE de 1970 –aunque ésta de modo más atenuado– no favorecieron la libertad de referencia. «Sin embargo, salvo contadas ocasiones, como la que motivó la sentencia del TS de 23 de enero de 1974, tal libertad se mantuvo, de hecho, apoyada en la tradición universitaria y en los usos académicos» (89). De nuevo, se muestra que la ciencia es libre.

Baste ahora destacar que en su origen contemporáneo la libertad de cátedra nace como un derecho de libertad frente al Estado. Supuso, pues, una reacción ante el monopolio educativo estatal.

### 3.3.2 *Concepto y ámbito de aplicación*

Sin perjuicio de la naturaleza jurídica que a tenor de la CE pueda predicarse de la libertad de cátedra, y a la que después aludiremos, la concebimos como una especial manifestación de la libertad de expresión, que

(89) Ibidem.

Vid. También LUCAS VERDU, en la voz «Libertad de cátedra», en *NEJ*, tomo XV, p. 344.

La sentencia del TS a que se hace referencia ha sido criticada entre nuestra doctrina.

Entre otros, SANCHEZ MORAN, en «Libertad de cátedra y control administrativo», *REDA*, 1975, pp. 471-475. FERNANDEZ RODRIGUEZ, T., en «La autonomía universitaria: ámbito y límites», *Cuadernos Civitas*, Madrid 1982.

SANCHEZ MORAN critica la sentencia en sus aspectos técnico-formal y en lo que se refiere a su contenido. Exige, lógicamente, una especial relación no jerárquica entre la Administración y el funcionario docente.

En esta relación funcional se pone de manifiesto «la contraposición entre la ideología dominante a que la Administración sirve de vehículo y una especial vertiente de la libertad de expresión que conocemos desde antiguo con el nombre de libertad de cátedra» (p. 471).

Por otro lado, en lo que hace al sentido actual de esta libertad, se ha puesto de relieve por la doctrina su justificación en base al moderno Estado de la Cultura, que «pretende asegurar el cultivo y transmisión de la ciencia en el cuadro de la libertad y regularidad jurídica, un Estado donde el fin pedagógico está unido al fin moral porque se considera que aquél debe penetrar en las conciencias con la enseñanza... Para el Estado de cultura resulta fundamental la garantía de los institutos directamente formativos de la cultura, dada la existencia de una particular relación entre ésta y la forma política» (Vid. GALVEZ, *op. cit.*, p. 265).

protege al docente singular en su tarea científica e investigadora. Es, pues, la libertad de hacer ciencia y difundirla, en el seno del sistema educativo, tal como se configura en el artículo 27.1 de la CE (90).

La misma regulación constitucional de esta libertad, ubicada sistemáticamente junto con la libertad de expresión, parece avalar esta afirmación.

La cuestión, por otro lado, de los sujetos de la libertad de cátedra, esto es, su ámbito de aplicación no es pacífica. En nuestra doctrina se mantienen dos posiciones: la una restrictiva, aplicable, a lo más, a todo profesor universitario; extensiva, la otra, predicable de cualquier docente aun cuando haya que admitir grados (91). Parece, sin embargo, que la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 se inclina por una interpretación amplia que reconoce la vigencia de esta libertad en los centros docentes públicos y privados, también de la enseñanza no universitaria (92).

(90) Esta definición, congruente con lo afirmado hasta ahora, deriva de la naturaleza jurídica que creemos ver en tal libertad a raíz de la CE; las demás concepciones de los autores son también tributarias de la naturaleza predicada de la libertad de cátedra. Así, para GALVEZ es «un instrumento de protección de actividades investigadoras y docentes, que se traduce en un complejo de garantías establecidas para asegurar la exención de trabas o constricciones, la autonomía, participación y facultades de actuación en el ejercicio de aquellas actividades. Se trata, por consiguiente, de una libertad que comprende las tres manifestaciones paradigmáticas de la libertad jurídica; ausencia de constricciones..., autonomía y participación..., y facultades de hacer», en *op. cit.*, p. 264.

Para EMBID, «La libertad de cátedra consiste, fundamentalmente, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de la enseñanza y, por lo tanto, violaría la libertad en su "contenido esencial" cualquier predeterminación de esos conceptos o ideas... Consiste, también, en la posibilidad de determinar libremente el método de exposición a utilizar», en *Las libertades en...*, cit., p. 290.

CARRO la considera como «una libertad general que se reconoce a todo aquél que lleve a cabo una actividad docente» y, más adelante, subraya -y ésta es la aportación más significativa de este autor- que en «la libertad constitucional de una enseñanza libre...» todo su contenido mismo es esencial, a tenor de la CE; *vid.* «Libertad de enseñanza...», cit., pp. 211 y 218 especialmente; asimismo *vid.* «Libertad científica y organización universitaria», *REDA*, abril-junio 1977 núm. 13, páginas 211 y ss. Prefiere este autor denominarla «libertad científica» aunque en la CE aparezca desglosada [20.1, c), 20.1, b), 20.1, d)].

(91) Son partidarios de una aplicación restrictiva entre otros: MARTINEZ SOSPEDRA, en *Aproximación al Derecho constitucional español. La Constitución de 1978*. Fernando TORRES, Valencia, 1980, p. 46; GARRIDO FALLA, en *Comentarios...*, cit., p. 353; PUENTE EGIDO, «Educación y constitución», en *Educación y sociedad*, cit., p. 58. Con ciertos matices, también es así interpretada por ORTIZ DIAZ, en *op. cit.*, pp. 262 y ss. Por el contrario, se inclinan por la posición más extensiva EMBID IRUJO, que lleva a cabo la formulación más completa, *vid.*, *Las libertades en...*, cit., pp. 282 y ss. Asimismo destacan PRIETO DE PEDRO en «Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución», en *Lecturas...*, cit., p. 520. También DE ESTEBAN, *El régimen...*, p. 170, y MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, en *op. cit.*, p. 276. ALZAGA VILLAAMIL, sin embargo, se manifiesta con ambigüedades y no se define claramente, *op. cit.*, p. 218.

La posición restrictiva se apoya en nuestro derecho histórico. En efecto, la Orden de Albareda hace referencia, sin duda, a la enseñanza superior y, más en concreto, a los catedráticos.

No obstante, véase la acertada interpretación histórica, a nuestro juicio, llevada a cabo por EMBID para hacer extensiva a todo profesor esta libertad (*vid.* pp. 284 y ss. y, de modo especial, página 286 *in fine*).

(92) Así, afirma: «la libertad de cátedra del profesorado de estos centros (se refiere a los privados) es tan plena como la de los profesores de los centros públicos». La polémica en torno a

EMBED sostiene, en base a diversas consideraciones constitucionales, que «el elemento de la edad, de la personalidad consiguiente de los alumnos, va a determinar el grado de amplitud de la libertad de cátedra» (93). Nótese además cómo la reglamentación que lleven a cabo los poderes públicos sobre las materias de enseñanza incidirá sin duda en el grado de libertad del enseñante. Común para todos los niveles de enseñanza sería el «contenido negativo uniforme» que impediría la coacción para dar una orientación ideológica determinanda o la enseñanza; en cambio, para los niveles universitarios existiría, además, un «amplio contenido positivo», según ha afirmado el Juez constitucional en la referida sentencia.

Entre nuestra doctrina sobresale el profesor CARRO, que defiende también esta libertad sin reducirla al ámbito universitario. Aunque en otros ordenamientos constitucionales, que el citado autor ha estudiado, la libertad de referencia se ha visto afirmada únicamente como libertad propia del profesor universitario (y así se manifiesta la mayoría de la doctrina italiana y alemana), no faltan autores, sin embargo, que la predicán de todos los niveles docentes, admitiéndose en tal caso, la gradualidad en su aplicación a niveles no universitarios (94).

Considera CARRO que «el art. 20.1 c) garantiza sencillamente la libertad de cátedra sin referencia expresa a un determinado nivel de instrucción como podía ser el universitario» (95). Y argumenta, siguiendo la autorizada opinión de POTOTSCHNIG, que la libertad de cátedra no viene tanto a reafirmar la libertad de manifestación de pensamiento como a poner de relieve que ésta se encuentra libre en el seno de la escuela; y, si ambas libertades pueden coincidir, no ocurre tal en un plano estrictamente jurídico, puesto que la libertad de cátedra viene expresamente consagrada en la Constitución; de todo lo cual se deduce que la libertad de manifestación de pensamiento subsiste en todos los niveles y, aun cuando concretándose en enseñanzas, se convierte en instrumento de instrucción. Por consiguiente, podemos concluir que la libertad de cátedra opera en todos los niveles de la enseñanza, aunque se encuentre sometida a grados diversos.

Por último, como reconoce la doctrina mayoritaria, la libertad de cátedra reclama un tratamiento específico para el profesor-funcionario en relación a

la colisión entre el ideario del centro y la libertad de cátedra en una Ley —como la LOECE— sobre enseñanza media nos invita a pensar que es de aplicación aquella en estos niveles de enseñanza.

Expresamente, además, firma que «la doctrina española actual es unánime al atribuir esta libertad a todo profesor, aunque es obvio que el grado de amplitud de la misma dependerá entre otra... del título administrativo que se posea y del puesto que se desempeñe». No obstante, es evidente que la doctrina no es unánime.

(93) Vid. *Las libertades en...*, cit., p. 294.

(94) CARRO: *Libertad de enseñanza...*, cit., pp. 209 y 210.

Esta doctrina extranjera, sin duda minoritaria, encuentra menor apoyo constitucional que en nuestro país.

(95) *Ibidem*, p. 211.

ciertos principios generales de la Función pública (así, por ejemplo, se excepcionará el principio de jerarquía). De modo paralelo, cabe afirmar lo mismo del profesor con respecto al titular del centro privado, en lo que hace al ordenamiento laboral (96).

### 3.3.3 *Naturaleza jurídica. Aspecto institucional*

En nuestra opinión, y en contra de lo que sostienen la mayoría de los autores, la libertad de cátedra tal como aparece regulada en nuestra CE [20.1 c)] no es una garantía institucional, sino una libertad pública (97). El estudio del profesor PAREJO sobre las garantías institucionales en su formulación originaria y moderna, entre la doctrina alemana, pone de relieve que el hecho de que la libertad de referencia sea «un derecho marcadamente público, cuyo contenido está orientado de modo directo en beneficio de la sociedad» (98) no significa, –ni justifica–, en modo alguno, calificarla como garantía institucional (99). Porque, en efecto, si nos atenemos a esta moderna doctrina, «un derecho marcadamente público» no equivale a la garantía institucional, sino que, por el contrario, es una definición que «puede convenir igualmente a los derechos fundamentales y libertades públicas y, consecuentemente, no caracteriza» a aquélla. «Y precisamente en la diferenciación de ésta (la garantía institucional) respecto de aquellos derechos y libertades radicó el esfuerzo de C. SCHMITT y de ella trae su origen la categoría.» (100).

«Ha de notarse, sin embargo, –y sigo citando a PAREJO por sus sugerentes opiniones– que según esta construcción la libertad en cuestión sigue conservando su carácter de derecho fundamental, sólo que a partir de la misma se extrae una garantía institucional independiente técnicamente, carente de la condición de derecho subjetivo y respecto de la cual la libertad de docencia juega un papel servicial.» (101).

Adviértase, en este sentido, cómo la actual y mayoritaria doctrina alemana señala un doble aspecto en la libertad de cátedra. El uno, de carácter subjetivo, que consiste en el derecho individual que legitima para reaccionar

(96) Por todos, EMBID, *Las libertades en...*, p. 291, y CARRO, *Polémica...*, cit.

La doctrina mayoritaria la configura como garantía institucional.

(97) Así, por ejemplo, GALVEZ, en *op. cit.*, p. 265; CARRO en las tres obras citadas en el presente trabajo así la entiende, apoyándose fundamentalmente en doctrina germana; LUCAS VERDU en *op. cit.*, p. 342, etc. Incluso el voto particular sobre el motivo primero de la STC de 13 de febrero de 1981 invocando el sentido que dio a esta expresión Carl SCHMITT.

(98) Voto particular sobre el motivo primero de la STC de 13 de febrero de 1981.

(99) *Vid.* PAREJO ALONSO, *Garantía institucional...*, cit., especialmente pp. 119-124. Este autor sigue la más moderna construcción alemana de la garantía institucional: E. SCHMIDT-JORTZIG, en *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, Ed. Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1979.

(100) *Ibidem*, p. 120.

(101) *Ibidem*, p. 122.

frente a cualquier inmisión extraña; el otro, objetivo, que radica en la afirmación constitucional de autonomía o libertad de las realidades sociales en que se traduce la docencia y que deriva del hecho de la objetivación resultante del ejercicio individual e intersubjetivo del derecho fundamental; supone, en definitiva, una extensión de la libertad de cátedra al producto, fruto del ejercicio de ésta. «Pero ambos aspectos o vertientes –concluye PAREJO con esta doctrina germana– se reconducen e imputan al titular individual del derecho fundamental, por lo que la libertad de cátedra no tiene la condición de garantía institucional. Esta se precida sólo de la Universidad y su autonomía (autogobierno académico)...» (102).

Ahora, en consecuencia, nos interesa resaltar que si la libertad de enseñanza, regulada en el 27.1 de la CE, la concebimos como garantía institucional no puede identificarse con la libertad de cátedra. Se encuentra, eso sí, íntimamente ligada. Pero ni tan siquiera se puede afirmar desde esta posición que aquélla sea un término comprensivo de ésta (103). Obsérvese que ello no es óbice para reconocer la noble misión desempeñada por la libertad de cátedra que, indudablemente, en su origen pudo haber motivado otras libertades públicas e incluso las garantías institucionales consagradas hoy en nuestra Constitución.

### 3.4 La colisión y los límites de las libertades educativas

#### 3.4.1 *El problema del conflicto. Límites comunes*

La breve visión de las libertades educativas (derecho a la educación, libertad de enseñanza en el sentido del 27.6 de la CE y la libertad de cátedra), que hemos ofrecido, puede quedar incompleta si olvidamos su plano dinámico y de recíproca articulación. Es en este punto donde se ha iniciado un interesante –y trascendente– debate doctrinal, consecuencia, sin duda, de las diversas concepciones de fondo de tales libertades (desde una perspectiva, quizás, más estática).

En este sentido, la doctrina germana llama «conflicto o colisión entre derechos fundamentales» (104) a las mutuas limitaciones que dimanen del ejercicio de éstos. Y es que, en efecto, hablar de la colisión de las libertades

(102) *Ibidem*, p. 123.

(103) De aquí deriva, pues, nuestra discrepancia con los autores que –incluso desde ambas tendencias– consideran a la libertad de cátedra incluida en la libertad de enseñanza. Nótese, sin embargo, que llegamos a esta conclusión tan sólo desde un punto de vista jurídico-constitucional, a la luz de la Ley Fundamental de 1978, tal como la hemos entendido hasta ahora.

(104) Así lo reconoce entre nuestros autores, CARRO, *Libertad de enseñanza...*, cit., p. 212. Por otro lado, el conflicto en materia educativa ya ha sido abordado por la doctrina y jurisprudencia extranjera, que, ahora, vamos a obviar. La mayor parte de la doctrina española citada hace referencia a tales aportaciones. Destacan, sin embargo, en este sentido, EMBID IRUJO, CARRO y MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, en las obras respectivamente citadas.

es referirse a la cuestión de los límites. Limitaciones que, como hemos reiterado, nos deparan su contorno y su propia fisiología. Parece conveniente, además, incidir en este tema puesto que el derecho a la educación, la libertad de creación de centros y la libertad de cátedra, constitucionalmente, rigen con plenitud en la enseñanza superior y se encuentran en una estrecha relación con la autonomía universitaria, vínculo al que no podemos referirnos en el presente estudio (105). En cualquier caso, el conflicto de las libertades educativas se centra habitualmente entre la libertad de cátedra y la libertad de creación de centros.

Vaya por delante que, a pesar de algunas tomas de posición de la doctrina (106), no creemos que la resolución de los posibles conflictos sea una cuestión de jerarquía de libertades, sino, más bien, de ámbito de aplicación o de competencia. Pues, no en vano, hemos subrayado la igualdad de rango, en un plano lógico-filosófico y constitucional, de todas las libertades en el terreno de la educación. Y parece ser de esta opinión el Juez constitucional, porque sostiene que «ante esta concurrencia no es constitucional la tesis que supedita jerárquicamente uno de tales derechos fundamentales, la libertad de cátedra, a otros, como los del 27.3 y 27.6, que tienen igual rango y naturaleza,...» (107).

El Alto Tribunal nos aporta nuevos criterios de solución en la sentencia de 8 de abril de 1981, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley sobre derecho de huelga, cuando establece que «ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho ilimitado», cuyos límites «derivan... no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos». Además, el legislador puede «introducir limitaciones o condiciones de ejercicio del derecho siempre que con ello no rebase su contenido esencial».

Ha de notarse que en nuestra propia Constitución se apuntan los límites de las libertades educativas. En primer término, el educando constituye el

(105) EMBID afirma que «el problema (de la colisión) aparece ahora planteado en España en el centro de una pugna ideológica y política que ha hecho de las libertades que se mueven en torno al hecho de la docencia cuestión entre las más debatidas durante el periodo de transición. La elaboración de la Constitución, su comentario, la discusión de la LOECE y la misma sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 han contemplado, en el fondo, la discusión acerca de la libertad que, en caso de conflicto, debería predominar. En ninguna de las normas nombradas ha existido un claro criterio de resolución y la misma STC ha rehuído el planteamiento frontal del problema. La verdad es que el dictamen que la indeterminación del ordenamiento solicita no es nada sencillo de realizar», *Las Libertades en...*, cit., pp. 260 y 261. Los debates parlamentarios sobre la LODE han evidenciado que la cuestión sigue vigente.

(106) Así, para GARRIDO FALLA, entre otros, debe predominar la libertad de enseñanza sobre la libertad de cátedra, en *Comentarios...*, cit., p. 351. En contra, por ejemplo, DE ESTEBAN, *El régimen constitucional...*, cit., p. 171, y CARRO, en sus obras citadas en este trabajo. Aunque no compartimos enteramente su opinión, la mejor aportación -sosegada y seria-, a nuestro juicio, en este punto es la de EMBID, en *Las libertades en...*, cit., especialmente pp. 260 y ss.

(107) STC de 13 de febrero de 1981.

centro del sistema, pues el 10.1 y el 27.2 nos proporcionan una directiva general para resolver los conflictos de los derechos fundamentales en un marco de respeto a «la dignidad de la persona», de «libre» y «pleno desarrollo de la personalidad» en un clima de convivencia democrática. Las libertades de los artículos 20.1, *c)*, y 27.6, por consiguiente, parecen concebirse al servicio de la ciencia («libertad de enseñanza», 27.1) y de la educación (27.2) que tiene por objeto al discente y su libre desarrollo. Constitucionalmente, pues, se advierte que es límite común de la libertad de cátedra y de la libertad de creación de centros todo lo que no sea efectivamente ciencia. Lo único que, en consecuencia, pueden amparar tales libertades es el cultivo y la enseñanza de la ciencia, en general, y de la religión y de la moral, en particular (27.3 de la CE). Ni la libertad del docente singular, ni el ideario, si existe, protegen el simple adoctrinamiento o proselitismo, ni legitiman para emitir juicios –o elaborar proyectos educativos– que sean acientíficos.

En segundo lugar, sin perjuicio de su mejor estudio, puede observarse cómo estas dos libertades, además de proteger tan sólo –digna misión, por lo demás– a la ciencia misma y de estar dirigidas al «libre desarrollo de la personalidad» del educando (10.1 en relación con 27.2 de la CE), se han configurado expresamente con unos límites evidentes. Así, la libertad de creación de centros docentes (27.6 de la CE) se ejercerá «dentro del respeto a los principios constitucionales». La libertad de cátedra [20.1 *c)*] encuentra, también, sus fronteras en «el respeto a los derechos reconocidos en este título», en el que está el artículo 27.6 (20.4). Reiteramos que, asimismo, el precepto 10.1 de la CE dibuja una directiva de común aplicación al 20.1, *c)*, y al 27.6: «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

En definitiva, pues, igualdad de rango, aunque con diverso ámbito; dirigidas al cultivo y transmisión de la ciencia –límite común– en el servicio al alumno; consagradas, en fin en nuestra Ley Fundamental de un modo que dista de ser ilimitado.

Con estos presupuestos podemos avanzar en el somero estudio del conflicto de los derechos fundamentales en materia educativa, centrado preferentemente en la libertad de cátedra «versus» libertad de creación de centros.

### 3.4.2 *El ideario como «arreglo pacífico de controversias»*

Es obvio que la posible colisión entre la libertad de cátedra frente a la libertad de fundación de centros docentes sólo puede plantearse si éstos desarrollan un proyecto educativo o ideario. Pero, en la realidad práctica, los centros privados suelen gozar de tal ideario.

Y es aquí donde la polémica doctrinal cobra mayor virulencia, tributaria, en ocasiones –según parece–, de posiciones ideológicas y políticas contrapuestas. Así, para evitar la colisión, a veces, no se reconoce la libertad de cátedra en la enseñanza media; paralelamente, otros autores la predicán de todos los niveles docentes, para luego hacerla vencer en la contienda ante la libertad de enseñanza en sentido estricto (27.6) (108). En la misma interpretación en relación con límites de una y de otra, observamos cómo los establecidos en el artículo 20.4 no se consideran referibles al docente singular, a la par que se subrayan los que afectan al titular del centro privado (109). Tampoco es costoso hallar la posición inversa (110). El esfuerzo integrador, por consiguiente, es, sin duda, difícil.

En nuestra opinión, el conflicto se solventa precisamente a través de un instrumento cual es el ideario educativo. Ha de notarse que es el nudo de las libertades educativas, por cuanto en él se dan cita las libertades del 20.1, c), 27.6, e), e incluso es un modo de hacer efectivo el artículo 27.3 (recibir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con las convicciones de los padres). Más que un campo de batalla, es el lugar de «arreglo pacífico» –en expresión internacionalista–, de conjugación y articulación de libertades que se encuentran en el mismo plano, con un mismo fundamento, aunque con un ámbito propio y diverso. Creemos que, en parte, el conflicto dogmático obedece a un contradictorio entendimiento de tales libertades –que, por lo demás, con frecuencia se ven extralimitadas en su ámbito– y, asimismo, a una concepción errónea del ideario. En cualquier caso, los conflictos prácticos los resolverá el Juez competente.

«Como derivación de la libertad de creación de centros docentes, el derecho de los titulares de éstos a establecer un ideario educativo propio» (111) aparece evidente, pues normalmente será ésta la razón de ser del ejercicio del 27.6 de la CE. Aunque la LOECE haya escogido tal término –ideario– lo que constitucionalmente se deriva de la libertad de creación de centros es la posibilidad de impartir una educación y una enseñanza informadas por una determinada concepción vital. Es el referido voto particular el que lleva a cabo la importante tarea de acercarse al concepto de «ideario» que, como decimos, pudiera haberse denominado de otra forma,

(108) Ya hemos anotado qué autores opinan que la libertad de cátedra no rige en la enseñanza media. Para nosotros, sin embargo, ha quedado claro que es de aplicación en todos los niveles, aunque admitiendo una cierta graduación. Entre los autores, por otro lado, que son partidarios de la primacía de la libertad de cátedra destaca, como veremos, CARRO, en las obras citadas. Puede verse también DE ESTEBAN, *El régimen constitucional...*, cit., pp. 169-171 y SUÁREZ PERTIERRA, *op. cit.*, pp. 641 y ss.

(109) Entre otros, CARROS, *La libertad de enseñanza...*, cit., p. 211.

(110) En citas anteriores lo hemos puesto de relieve (GARRIDO FALLA y autores del estudio colectivo *Educación y sociedad...*, cit., entre otros).

(111) Cfr. Voto particular sobre el motivo primero de la STC de 13 de febrero de 1981.

pero lo significativo es su deducción lógica del artículo 27.6 de la CE. Así, afirma, literalmente, que el ideario de un centro hace referencia a «su carácter propio, pero no a cualesquiera de sus características, tales como las de índole pedagógica, lingüística, deportiva u otras semejantes, sino que, muy en concreto, el ideario es la expresión del carácter ideológico propio de un centro». Y más adelante, una vez advertida la distinción –difícil e imprecisa– entre la educación (formación) y la enseñanza (instrucción), sostiene que ésta, «en cuanto que, por un lado, está programada por los poderes públicos (art. 27.5 de la CE) y, por otro, se imparte bajo el respeto al derecho de libertad de cátedra de los profesores..., constituyen un campo menos influido por los idearios educativos de los diversos centros que el terreno específicamente educativo y formativo». No se trata, pues, de un derecho ilimitado como reconoce unánimemente la doctrina científica y jurisprudencial, aunque «el ideario no esté limitado a los aspectos religiosos y morales» y pueda extenderse a los distintos aspectos de la actividad del centro, pero todo ello «dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación, mencionadas, entre otros lugares, en el artículo 27.2 de la Constitución y en el artículo 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales y, en cuanto se trate de centros que, como aquellos a los que se refiere la Ley que analizamos, hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc ...» (112). El «ideario» o «proyecto educativo» (113), por consiguiente, en el nivel no universitario supone:

1.º Una de las vías de hacer efectivo el derecho de los padres, para que sus hijos –menores de edad– reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (27.3). Ha de contener el tipo de formación religiosa y moral que imparte cada centro determinado.

2.º Admite, también, un estrecho margen de libertad en el campo de la enseñanza (instrucción). Y es reducido porque:

- La reglamentación que llevan a cabo los poderes públicos en estos niveles es muy extensa.
- Y la libertad de cátedra de cada docente singular ha de ser respetada (opiniones científicas, método ...).

(112) Las referencias son de la STC de 13 de febrero de 1981.

(113) Ha sido definido por ORTIZ DIAZ como «un sistema coherente de ideas o principios generales destinados a engendrar y dirigir un proyecto de enseñanza» o como «el conjunto de principios básicos y fundamentales que sintetizan la orientación última que define un centro educativo ante los padres, los alumnos, los profesores y ante la sociedad en general», en *La libertad de enseñanza...*, cit., pp. 48 y ss.

No obstante –decimos– conserva tal ámbito de libertad –aunque bien escaso– en cuanto que:

a) La enseñanza reglada puede permitir en ciertos supuestos –por fijar sólo un mínimo– un claro grado de indeterminación, que puede ser precisado y asumido por el titular del centro.

En esa medida, deberá ser «respetado» (en el sentido al que luego se aludirá) por cada profesor incorporado al centro. En tal caso, ha de expresarse en el ideario de modo claro e inequívoco.

Por otro lado, el respeto del docente a este margen libre de reglamentación, podría quedar justificado en el hecho de que el titular del centro (27.6 de la CE) ha ejercitado con anterioridad en el tiempo («prior tempore, potior iure») una libertad constitucional de igual rango que la de cátedra. Y, a la inversa, en la medida en que no se precise ese margen, el profesor podrá asumirlo –científicamente, desde luego, al igual que el titular–.

Todo lo que legítimamente no esté contenido en el ideario del centro no tendrá que ser «respetado» por el docente singular. Y en los aspectos incorporados expresamente en el proyecto educativo, el estamento profesoral sólo se verá «privado» parcialmente de su libertad de cátedra en cuanto que:

1. Nunca se le puede impedir, en modo alguno, la plena libertad de estudio y de investigación, necesariamente presupuestas en la expresión docente.

2. Porque el «respeto» por el alumno –27.2–, luego por los padres –27.3– y, en último término, por el titular –27.6– a que se ve obligado debe entenderse como «consideración» o «atención» y no como «apologista» del mismo (114).

3. Y porque, en última instancia, el profesor se ha incorporado libremente a un centro docente con un ideario público y conocido, y en el que confluyen no sólo los intereses del titular.

b) En segundo lugar, está justificado que conserve ese pequeño margen de libertad académica en el campo de la enseñanza (recogiéndolo en el ideario) en la medida en que los valores educativos (filosóficos, morales, religiosos, de formación humana de la personalidad...) pueden trascender al terreno de la instrucción. Esta íntima relación, ya apuntada, entre la educación (formación) y la enseñanza (instrucción) que –aunque no siempre– con frecuencia se manifiesta en la práctica, parece reclamar una interpretación coherente en la transmisión de conocimientos, informados por ciertos valores. Recuérdese, en este sentido, lo expuesto al hilo del concepto constitucional de la educación. Sin embargo, la exigencia de una tal coherencia (educación-enseñanza) no puede justificar la exposición docente

(114) Es la doctrina sentada por la referida STC de 13 de febrero de 1981 y su *vo* particular.

científica; no sería admisible el adoctrinamiento sin apoyo científico (115). Pero es que, además, el hecho de elegir una determinada doctrina científica en el ideario por estimarla mejor ajustada a los valores educativos que se imparten en el centro, no significa, en modo alguno, la omisión de otras opiniones, también científicas, contrarias a aquélla. De este modo, el profesor opuesto a la posición científica preferida en tal centro docente deberá «respetarla», deteniéndose en su explicación, aunque sin ser un «apologista» y sin verse obligado a no referirse a la existencia de las demás corrientes de pensamiento.

En definitiva, el ideario de los centros no universitarios puede contener: la formación religiosa y moral, con expresión de otros valores educativos –si los hay– que se imparte y, en segundo término, el aspecto propiamente de la enseñanza o instrucción –reducido, sin duda– que ha preferido el titular del centro.

En cambio, los centros docentes universitarios, junto a determinados valores educacionales que puedan asumir, tendrán un mayor margen de libertad académica –autonomía pedagógica– puesto que la naturaleza de la misma Universidad –cultivo de la alta ciencia, y, por ende, escasa intervención estatal, artículo 27.10 de la CE– así lo permite. Estas conclusiones generales sobre el contenido del «ideario educativo», acordes con la Constitución y, por lo demás, congruentes con la interpretación hasta aquí sostenida de la misma, nos induce a pensar que aquél constituye el nudo de articulación pacífica de las libertades educativas. Parece cumplir, por consiguiente, en el terreno jurídico, una misión similar al principio de publicidad de las normas (9.3 de la CE). De este modo, no cabría un cambio repentino del proyecto educativo si no hay un acuerdo previo entre el titular del centro y el profesorado [20.1, c)], e, incluso, de los padres (27.3) en los niveles no universitarios. El «despido ideológico» por una variación tal podría estimarse como inconstitucional, pues en este supuesto conculcaría no ya sólo la libertad de cátedra, sino también el principio de seguridad jurídica (9.3 de la CE) (116). De algún modo, por otro lado, por el ejercicio del ideario, la

(115) En el ejemplo ya clásico, al hablar de estos temas, del evolucionismo y la religión católica, no sería admisible, constitucionalmente [20.1, c), 27.2, 10.1...], obviar, en un centro de inspiración cristiana, tales doctrinas. Caben, desde luego, varias posibilidades –todas científicas–. Así, por ejemplo, se pueden explicar otras posiciones científicas que justifiquen el origen del hombre, con mayor detenimiento si se quiere –eso sí, por «consideración» al ideario para hacer referencia luego al evolucionismo. Por supuesto, creemos, en tal centro, cabe exponer la opinión del magisterio eclesiástico sobre esta cuestión (la iglesia católica no niega el evolucionismo con tal de que se admita –y cuenta para su apoyo con razones filosóficas y, por tanto científicas– la intervención divina, en un momento dado, para infundir el alma humana).

(116) *Vid.* en este sentido, las opiniones de EMBID IRUJO, *Las libertades en...*, cit., p. 267: Si la cláusula de conciencia permite al periodista resolver el contrato y ser indemnizado como despido improcedente, cabría aplicarse al docente en virtud de su libertad de cátedra frente al titular del centro que cambiara el rumbo ideológico.

libertad de creación de centros puede considerarse como un colectivo de libertades de cátedra. Es decir, al aceptar libremente el proyecto educativo propio de un centro, cada docente singular ejerce su libertad de cátedra y admite necesariamente el «respeto» a aquél. Ha de notarse, por tanto, que el artículo 27.6 de la CE, en lo que hace a la transmisión de ciertos conocimientos, informados por determinados valores, supone, en este sentido, una libertad de cátedra «corporativa» en torno a unos puntos comunes que, cuando menos, son respetados. Y, es la incorporación al centro docente con un coherente proyecto educativo lo que le otorga tal carácter.

Desde esta posición particular, pues, no existe realmente un conflicto dogmático de derechos fundamentales, ni sacrificio de uno en favor de otro (117). No compartimos, por ello, las opiniones de los autores para los que prima una determinada libertad, bien por su mutua interacción, bien por el valor absoluto de una de ellas (118).

### 3.4.3 *Aproximación a los límites propios de las libertades educativas*

En buena parte ya hemos hecho alusión directa a las peculiares limitaciones de cada una de ellas, al hilo de diversas cuestiones, o bien pueden desprenderse fácilmente de las afirmaciones vertidas en páginas anteriores (119).

(117) En la práctica, creemos, sin discriminar por ello a nadie (14 de la CE), el titular del centro tenderá a dirigirse a profesores que de algún modo le merezcan la confianza debida, de cara al respeto del ideario. Desde un punto de vista constitucional, por otro lado, no se desprende necesariamente del hecho subvencional la obligación de los poderes públicos de intervenir en la contratación del profesorado.

(118) De modo particular, CARRO sostiene, como hemos indicado, que en la libertad de cátedra (libertad de enseñanza en el sentido del art. 15 de la LOECE) todo en ella es constitucionalmente esencial (así por ejemplo, en *Libertad de enseñanza...*, cit., pp. 214 y otras). Estima el citado autor, voz autorizada en estas cuestiones, que el ideario del centro no sólo afecta al artículo 20.1, c), y 53.1 de la CE, sino también al respeto debido a la personalidad del discente, en virtud del 27.2 y 10.1 (e incluso 2.1 de la LOECE). «El pleno desarrollo de la personalidad humana que proclaman estas normas constitucionales exige por definición que la enseñanza que recibe se vea libre de cualquier traba ideológica» (p. 213, *op. cit.*). Estamos, por nuestra parte, de acuerdo con esta conclusión, sólo que no entendemos de igual modo el ideario. Y es que, como hemos afirmado, el proyecto educativo no puede ser en modo alguno una imposición ideológica y acientífica. Tan sólo está orientado, por el contrario, a formar un criterio en el discente en base a unos valores. En tal formación de su capacidad de discernimiento es posible, constitucionalmente, proporcionarle un material coherente y sistemático, pero siempre científico (ideario), y ése es el caso de los centros privados.

En otro momento, este prestigioso autor comenta que emerge el aspecto institucional del artículo 20.1, c), de la CE, que hace que todo en la libertad de cátedra sea esencial y, por lo tanto, «insusceptible de verse limitado por las leyes». Sin embargo, en congruencia con nuestra opinión, sin perjuicio de otros textos constitucionales históricos o comparados, no vemos en el artículo 20.1, c), una garantía institucional y sí, en cambio, en el 27.1 (libertad de enseñanza), que, en realidad, es un *producto* de la libertad de estudio, de investigación, de exposición y difusión de la labor profesoral, pero que una vez desprendido no se confunde con la libertad individual del profesor.

(119) *Vid.* especialmente el núm. 3.1.1 en lo que hace referencia al derecho a la educación. Asimismo, *vid.* 2.1, 3.3.2 y 3.4.2.

Podemos, sin embargo, matizar algunos aspectos de la libertad de creación de centros y de la libertad de cátedra.

Por lo que hace a la primera, podemos subrayar:

1.º Que es acorde con nuestro texto constitucional el sometimiento de esta libertad pública, de creación de centros, al principio de previa autorización administrativa. El artículo 33 de la LOECE, por ejemplo, continúa la tradición del Derecho español (120). La autorización previa es un modo de ejercer el control de la Administración sobre los centros docentes que integran el sistema educativo. Pero este control es de carácter reglado y no discrecional. Pues ha de notarse que se trata de habilitar para el ejercicio de un derecho constitucional de las personas físicas y jurídicas; y que la finalidad de la autorización no es otra que la de inspeccionar y homologar el sistema educativo (27.8).

Como también ha afirmado la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LOECE, el ideario estará sujeto al sistema de autorización por cuanto el establecimiento del proyecto educativo forma parte del acto de creación del centro, pues determina su carácter propio. La autorización, por último, puede tener forma de ley, en el ámbito de la educación superior, como ha puesto de relieve GÓMEZ FERRER (121).

2.º Otro límite necesario de la libertad de enseñanza, en sentido estricto, es la programación de la enseñanza, a la que ya hemos aludido en el estudio del artículo 27.5 de la CE.

El sistema de «previa autorización» también puede tener como finalidad la de comprobar que el nuevo centro solicitado se ajusta a las necesidades apreciadas en la programación general.

3.º A título de recapitulación, quizá convenga recordar que el ideario del centro docente, si existe, es limitado no ya sólo en lo que hace a su contenido (valores educacionales y enseñanza), sino, también, en lo que concierne al respeto de los otros derechos y libertades puestos en juego: educando (27.1, 27.2) y la consideración a su dignidad y personalidad propias (10.1 y 27.2); los padres, en la enseñanza no universitaria (27.3), y, en fin, los profesores [20.1, c)].

Por otro lado, en cuanto a los límites propios de la libertad de cátedra, baste ahora subrayar que no parece ser un derecho absoluto. La complejidad del sistema educativo y el haz de libertades que salvaguardan el pluralismo y la libertad (1.1 de la CE) reclaman una articulación y un respeto recíproco, que no es alcanzable cuando concebimos una de las libertades sin límite

(120) Esto es asimismo puesto de relieve por EMBID, *Las libertades en...*, p. 329. Vid. en este sentido el artículo 94.3 de la LGE.

(121) En la *op. cit.* (*El régimen general...*), p. 18.

alguno. Ya hemos apuntado, además, que la libertad de referencia no constituye propiamente una garantía institucional, en la regulación actual de nuestro texto constitucional y que goza del mismo rango que la libertad de creación de centros (27.6 de la CE).

No compartimos, por ello, la opinión de CARRO (122) que, con algunos autores de la doctrina alemana, considera la libertad de cátedra (o libertad científica) (123) como un derecho absoluto, cuyo contenido no puede ser limitado bajo ningún concepto. Creemos, más bien, que es la libertad de pensamiento científico la que se configura como tal. La libertad de cátedra es una manifestación de esa libertad absoluta de pensamiento, pero aquélla puede estar limitada en ciertos aspectos, como puso de manifiesto la Corte Constitucional Italiana, en la sentencia de 29 de diciembre de 1972 (el conocido caso «Cordero») (124).

CARRO critica esta sentencia, pues entiende que cualquier límite a la libertad de cátedra violaría su contenido esencial. Prefiere la libertad, docente y religiosa, del profesor, precisamente por su carácter institucional, a la

(122) CARRO, J. L.: «Libertad científica y organización universitaria», *REDA*, abril-junio, 1977, núm. 13, pp. 220 y ss.

(123) Preferimos, sin embargo, con nuestra tradición constitucional, denominarla libertad de cátedra y no libertad científica, como hace este autor. Y ello, también, porque este último término (libertad de la ciencia) hace referencia más al aspecto de garantía institucional que al aspecto de libertad del docente singular. La libertad de la ciencia que en la Constitución de Weimar pudiera tener tal carácter institucional, sería equivalente a nuestra «libertad de enseñanza» (27.1) en cuanto garantía institucional.

(124) La Corte Constitucional rechazó en la citada sentencia el planteamiento del profesor Cordero y recogió en gran parte la argumentación de la Universidad. Para la Corte la libertad de cátedra se encuentra subordinada a la libertad de enseñanza en los establecimientos docentes de carácter privado, en el sentido de que deberá respetar en todo caso el ideario. Todo ello –se argumenta en la sentencia– no constituye una violación de la libertad de cátedra, *toda vez que el docente es libre de pedir el ingreso en cualquier tipo de establecimientos privados y libre también para adherirse a su ideario y a sus fines, así como rescindir su vinculación cuando deje de compartirlo* (la cursiva es nuestra).

Por ello, comentábamos antes que el docente singular al incorporarse al centro privado, conociendo su ideario (y, sin estar obligado a manifestar sus creencias, 16.2 de la CE) deberá respetar el ideario en torno al cual se crea una especial «libertad de cátedra corporativa o institucional» en la que estarían interesados diversos sectores. Además al profesor no se le restringe la libertad de pensamiento o de investigación y sólo queda constreñida, en parte, la manifestación irrespetuosa de ese libre pensamiento en el seno del establecimiento.

Para mayor abundamiento –sigo comentando la sentencia– la Corte Constitucional italiana sostiene que la existencia de Universidades libres es un instrumento importante de libertad. Si el ordenamiento impusiera la obligación a estas entidades de valerse de personal docente que no compartiera su ideario, desaparecería la libertad de enseñanza y la libertad religiosa de sus fundadores. Asimismo, la libertad de los católicos en este caso –derecho a la educación– (aunque se puede generalizar a otros supuestos) se vería gravemente comprometida si la Universidad no pudiese rescindir su relación con un docente que no compartiera sus finalidades fundamentales.

Puede verse esta sentencia, núm. 195 en GC, 1972, pp. 2175 y ss.

Ha sido estudiada por CARRO, en «Libertad científica...» cit. Asimismo *vid.* EMBID IRUJO, *Las libertades en...*, cit., pp. 158, 166 y ss.; GALVEZ, *Comentarios...* cit., p. 266.

En cualquier caso, dada la variedad de comentarios que suscitó, no puede olvidarse la complejidad de las cuestiones planteadas, que obliga a proceder con cautela.

libertad de enseñanza y a la libertad religiosa de sus fundadores, miembros del establecimiento de que se trate (125). Sin embargo, esta opinión no parece conciliable con la interpretación de la CE llevada a cabo en este trabajo ni, menos aún, con la doctrina jurisprudencial, sentada por el Juez constitucional, de modo especial en la sentencia sobre la LOECE, de la que se deduce que son derechos y libertades limitados.

En cualquier caso, creemos que la libertad de cátedra, tal como la hemos entendido, constituye un pilar básico del sistema educativo –pero no el único– y goza de una trascendencia social muy relevante.

Los límites, en última instancia, que parecen referirse a la libertad de cátedra (20.4 de la CE) deben ser considerados con ponderación, tal como ha puesto de relieve EMBID IRUJO (126).

---

(125) CARRO, *ibidem*, p. 222.

(126) EMBID, *Las libertades en...*, cit. pp. 298 y ss. *Vid* «Las argumentaciones», acertadas a mi juicio, allí vertidas.

