

El derecho a la educación, ¿de nuevo a debate?*

Antonio María Rouco Varela
CARDENAL ARZOBISPO DE MADRID
GRAN CANCELLER DE LA UESD

RESUMEN Aspecto central del debate sobre el actual sistema educativo español sigue siendo la comprensión justa del derecho a la enseñanza y de quienes son sus titulares. En la cuestión de la enseñanza se han dado cita siempre dos necesidades: la del conocimiento o saber y la del querer libre y responsable. Y un asunto que abordar saliendo al paso de un falso concepto de autonomía del hombre y frente al escepticismo y relativismo que excluyen las dos fuentes de conocimiento que pueden orientar el camino humano: la naturaleza y la revelación.

PALABRAS CLAVE Derecho a la educación, emergencia educativa y sistema educativo español.

SUMMARY *Essential to the current debate on the Spanish educational system remains fair understanding of the right to education and who are their holders. This educational question has gathered always two needs: knowledge, and that of free and responsible will. And a matter to resolve against the false concept of man's autonomy and the skepticism and relativism that exclude the two sources of knowledge that can guide the human journey: nature and revelation.*

KEYWORDS *The right to education, emergency education and Spanish educational system.*

I. INTRODUCCIÓN: ASPECTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS DEL PROBLEMA

1. ASPECTOS TEÓRICOS

La aprobación por parte del Gobierno de un anteproyecto de ley titulado *Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa* (LOMCE) ha suscitado de nuevo el debate sobre el actual sistema educativo español. Un aspecto crucial del mismo sigue siendo la comprensión justa del derecho a la ense-

* Disertación pronunciada el 12 de febrero de 2013 en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

ñanza y de quiénes son sus titulares. Una cuestión inseparable, por la misma naturaleza de las cosas, del concepto que se tenga no sólo de lo que significa la acción de enseñar, sino también —incluso, sobre todo— de la idea de hombre como sujeto activo y/o destinatario último de esa función que para el desarrollo y maduración digna de su personalidad resulta imprescindible, vista tanto en su individualidad como en su dimensión y proyección sociales.

La historia de la cuestión desde la antigüedad clásica hasta nuestra época —moderna y postmoderna— pone de manifiesto la profundidad antropológica de sus raíces: profundidad filosófica y teológica a la vez. En la superficie del acontecer histórico aparece a primera vista como una cuestión eminentemente práctica, que afecta e implica a la vida y a las costumbres económicas, sociales, culturales y religiosas de las personas y de las familias: como un problema que se pretende resolver, ante todo, política y jurídicamente con fórmulas organizativas cada vez más dependientes del Estado. Sin embargo, se trata de fórmulas nunca neutrales ideológicamente, en las que siempre se esconden no sólo los presupuestos psicológicos y sociológicos de su planteamiento básico, sino también la pregunta y la preocupación por la persona humana y su destino o, lo que es lo mismo, por el sentido de la vida y de la historia. Lo que en la cuestión de la enseñanza se ha puesto siempre a debate, fue el cómo responder adecuadamente a dos necesidades que acompañan al hombre en el proceso vital y existencial de su nacimiento, desarrollo y maduración física, psíquica y espiritual: la necesidad del conocimiento o del saber y la del querer libre y responsable; o, dicho con otras palabras, la de conocer la verdad y la de elegir y adherirse al bien y a la belleza como fin y sentido último de su vida.

No parece que pueda haber duda, por tanto, de que, al establecer la tesis de que la cuestión de la enseñanza pertenece inevitablemente al ámbito y competencia de la política y del derecho, el debate político y jurídico pueda permitirse el abstraer —objetiva y subjetivamente— de los *pre-juicios* o *postulados* pedagógicos, filosóficos e, incluso, teológicos —por razones positivas o negativas— que en su fondo teórico y vivo lo inspiran y determinan de hecho. El problema práctico del derecho a la educación, en su ultimidad, sólo es descifrable y resoluble a la luz de una pedagogía rigurosamente reflexionada y articulada en relación intrínseca con la filosofía y la teología de lo humano. Así se ha planteado a lo largo de la historia, así se plantea en el presente y así se continuará planteando en el futuro.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Ciñéndonos muy sucintamente a la historia de Europa en los dos últimos milenios, se puede comprobar cómo la función social de la enseñanza se ejercita institucionalmente hasta llegar al siglo de la Ilustración de modo casi exclusivo dentro del marco de la vida interna de la Iglesia y de su ordenamiento jurídico —el derecho canónico—, a través de un ininterrumpido proceso de diferenciación y enriquecimiento pedagógico y didáctico de sus estructuras e instrumentos educativos: desde las Escuelas monacales y catedralicias, pasando por las primeras universidades en el Medievo clásico, hasta los Colegios de la Compañía de Jesús en el Barroco. Va a ser la filosofía política *ilustrada* la que impulse y guíe al Estado a concebirse y actuar cada vez más enérgicamente como el responsable social último e instancia jurídica decisiva en la conformación del sistema educativo. La Modernidad impondrá inapelablemente la soberanía de la autoridad del Estado en el ordenamiento jurídico del sistema educativo de cada pueblo o nación. Más aún, el Estado moderno se propondrá como una de sus tareas económicas, sociales y políticas primordiales la creación y fortalecimiento cultural de la nación sirviéndose principalmente del sistema educativo. La ecuación —a Estado Nacional corresponde un sistema nacional de enseñanza al servicio social y cultural de la Nación— no va a ser ya discutible ni en las doctrinas políticas dominantes ni en la praxis jurídica de la práctica totalidad de los Estados europeos.

En los regímenes *regalistas* de las grandes monarquías europeas del siglo XVIII se había iniciado y cuajado ya, en una buena medida práctica, ese proceso *nacionalizador* y *estatalizador* del sistema educativo, aunque sin llegar a la *secularización* ni de sus contenidos ni de sus métodos pedagógicos y didácticos. Más aún, en el *galicanismo* de los reyes de Francia y en el *josefinismo* de los emperadores austriacos tiene lugar, paradójicamente, el fenómeno político y jurídico contrario: no sólo no se *desconfesionaliza* la escuela, sino que o se *estatalizan* los centros de formación de los sacerdotes y ministros de la Iglesia —los seminarios, creados por el Concilio de Trento— o se les imponen obligatoriamente centros propios del Estado. El *absolutismo* regio no tuvo reparos en llegar hasta esos extremos de opresión política de la libertad de la Iglesia¹.

1 Cf. A. M^o ROUCO VARELA, "La Constitución de 1812 en la perspectiva de la libertad de la Iglesia y de la libertad religiosa", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 63 (2011) 19-40.

La *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, la primera Constitución de la Revolución Francesa, aun sin regular ni contemplar en su articulado el derecho a la educación, representa un hito decisivo en el proceso *nacionalizador* de la enseñanza, que proseguirá imparable en la práctica totalidad de los Estados nacionales europeos hasta la gran crisis de la II Guerra Mundial. Su artículo tercero, que establece que “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación” y que “ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ello”², no podía quedar sin un efecto determinante en el ordenamiento jurídico de los sistemas educativos europeos modernos. Una significativa confirmación de esta influencia histórica de la Revolución Francesa la ofrece ya en 1794 el *Allgemeine Preussisches Landrecht* (“el Derecho nacional —o soberano— prusiano común”), en el que se prescribe que todas las escuelas deben de ser *Veranstaltungen des Staates* (“organizaciones del Estado”). Nacionalización y estatalización no significaron en la Europa de los siglos XIX y XX, en todos los casos, *secularización* de la Escuela, es decir, eliminación de la enseñanza y de la práctica de la religión en la enseñanza escolar. Sería la III República Francesa la que abriese el paso de la escuela radicalmente laica en el umbral del siglo XX, y la Unión Soviética y el Estado Nacionalsocialista quienes culminasen el proceso laicista hasta el extremo del establecimiento de la enseñanza del ateísmo en función de la imposición social y cultural, respectivamente, de las ideologías del materialismo marxista y del racismo ario, en la base intelectual de ambos sistemas políticos totalitarios. El laicismo radical hará crisis en la escuela —como en los otros campos e instituciones de la vida social en relación más sensible y próxima con el bien de la persona humana— al producirse la hecatombe sufrida por las sociedades europeas durante e inmediatamente después de la II Guerra Mundial.

También en España, el camino político-jurídico para que el sistema educativo pase a ser competencia soberana del Estado se inicia con el cambio de titular del poder soberano, a saber, cuando la *Nación* asume *constitucionalmente* la soberanía detentada por el Monarca en el *Antiguo Régimen* de forma absoluta. El artículo tercero de la Constitución de 1812 deja prescrito,

2 El texto completo afirma lo siguiente: “Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément” (*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, 26 agosto 1789, art. 3).

para un futuro que habría de ser irreversible, que: “La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho a establecer sus leyes fundamentales”. En su título IX se ocupará expresamente de “la Instrucción pública”. Asegura el establecimiento de “escuelas de primeras letras” en todos los pueblos de la Monarquía a fin de que los niños aprendan a leer, escribir y contar, y el catecismo de la Iglesia Católica, previendo una breve exposición de las obligaciones civiles³. Dispone “asimismo [que] se arreglará y creará el número competente de Universidades y de otros establecimientos de instrucción que se juzguen convenientes para la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes”⁴. Se confeccionará un “plan general de enseñanza” que “será uniforme en todo el Reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos literarios donde se enseñan las ciencias eclesiásticas y políticas”⁵. A las Cortes compete “establecer el plan general de enseñanza pública en toda la Monarquía y aprobar el que se tome para la educación del Príncipe de Asturias”⁶. En el artículo 370 se define esta competencia a grandes rasgos del modo siguiente: “Las Cortes, por medio de planes y estatutos especiales, arreglarán cuanto pertenezca al importante objeto de la instrucción pública”. Para “la inspección de la enseñanza pública” se crea “una Dirección general de estudios compuesta de personas de conocida instrucción, a cuyo cargo estará, bajo la autoridad del Gobierno”⁷.

A partir de la Constitución de 1812, el Estado —*Estado Nacional*— asume en España la competencia político-jurídica sobre todo el sistema educativo, prácticamente sin interrupción histórica hasta hoy, con la excepción quizá del último período de la Monarquía de Fernando VII, incluyendo las escuelas y centros de enseñanza superiores de la Iglesia Católica y cualquier otro tipo de enseñanza privada. La ordenación legal y administrativa de la enseñanza no comporta en el derecho constitucional español de los siglos XIX y XX, sin embargo, ni el monopolio estatal en la creación de centros de enseñanza de cualquier grado y modalidad, ni la imposición del laicismo radical

3 Cf. *Constitución Política de la Monarquía Española*, 19 marzo 1812, art. 366.

4 *Ibid.*, art. 367.

5 *Ibid.*, art. 368.

6 *Ibid.*, art. 131, vigésimosegunda.

7 *Ibid.*, art. 369.

en las escuelas primarias y secundarias de titularidad estatal, salvo en la Constitución de la II República. El principio normativo que la modela en materia educativa —“la enseñanza será laica”— impone un laicismo riguroso incluso a todas las instituciones educativas, aun a las no estatales, sobre el supuesto pre-jurídico de que la competencia del Estado, propia y soberana, comprende “el servicio de la cultura [...] mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada”⁸. Del cual se excluye a las Órdenes religiosas, a las que se prohíbe ejercer la enseñanza⁹. A las “Iglesias”, en términos generales, sólo se les reconoce “el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos”¹⁰. El ordenamiento jurídico del Estado surgido de la guerra civil retoma implícitamente el criterio político inspirador de la *Constitución de la Monarquía Española* del 30 de junio de 1876 como marco de su legislación en materia educativa. Se restablece el carácter confesional de las escuelas públicas, entendido a la luz del principio jurídico de tolerancia religiosa, y se reconoce la libertad para la creación y sostenimiento de centros de enseñanza: “Todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción o de educación con arreglo a las leyes”¹¹. Así como en la Europa destruida material y espiritualmente por los efectos devastadores de la conflagración mundial de 1939-1945 —de la que el continente europeo fue protagonista inicial y víctima principal— el cuestionamiento del laicismo como principio pre-político y cultural del sistema educativo se hizo inevitable; así también en España, por razones históricas muy distintas, en la transición política al Estado democrático de Derecho, configurado por la Constitución de 1978, hizo crisis el *confesionalismo* como principio regulador de la enseñanza primaria, secundaria y superior.

Dos objetivos esenciales de buena política social en materia educativa se había propuesto alcanzar la Europa salida de la II Guerra Mundial: el derecho universal a la enseñanza con efectividad sociológica en los niveles escolares primarios y, al menos, como igualdad de oportunidades en los niveles secundarios y universitarios, incluida la *enseñanza profesional*, tan importante para su recuperación económica y empresarial en la postguerra, y el derecho

8 *Constitución de la República Española*, 9 diciembre 1931, art. 48.

9 Cf. *Ibid.*, art. 26, 4º.

10 *Ibid.*, art. 48.

11 *Constitución de la Monarquía Española*, 30 junio 1876, art. 11-12.

a la libertad de enseñanza. El primer objetivo fue logrado en mayor o menor grado de extensión y de calidad en la práctica totalidad de los sistemas educativos europeos de la segunda mitad del siglo XX. El analfabetismo pertenecía en Europa, al filo de los años cincuenta de ese siglo, definitiva e irreversiblemente al pasado. Con el segundo objetivo, sin embargo, no sucedía lo mismo. El derecho a la libertad de enseñanza se cercenó radicalmente en los países del bloque soviético, mientras que en los países de la Europa libre, tanto desde el punto de vista jurídico-político como desde los presupuestos económicos que condicionaban la posibilidad real de su ejercicio, se abrió paso muy trabajosamente. Más fácil resultó en la *Europa libre* el reconocimiento del derecho de los padres a recibir en las escuelas del Estado la formación religiosa y moral que preferían para sus hijos que asegurarles su derecho a elegir el tipo de escuela, estatal o no estatal, conforme a sus criterios educativos y a los contenidos y métodos pedagógicos por ellos preferidos sin discriminación alguna, no exceptuada la de carácter económico.

3. LAS NACIONES UNIDAS

Concluida la guerra, entre las grandes e inaplazables tareas ante las que se encontraba la comunidad internacional, destacaba, sin duda alguna, por su urgencia social y humana, la educación de las nuevas generaciones para un mundo necesitado de una reconstrucción desde sus mismos fundamentos materiales y espirituales. Era evidente para cualquier persona privada o pública, mínimamente despierta para oír la voz de la conciencia, que las causas últimas del desastre había que buscarlas en el fracaso moral de la sociedad y de la cultura proyectada y construida de espaldas a sus raíces histórico-espirituales, especialmente en la Europa del primer tercio del siglo XX. Un fracaso sin precedentes, visto desde la perspectiva de la historia general de la humanidad. Que los sistemas educativos en los que se habían formado las generaciones protagonistas de las dos guerras mundiales, tenían que ver con esa ruina moral de las conciencias personales y colectivas, parecía más que evidente.

Por ello, cuando en el seno de las Naciones Unidas se inicia el gran debate sobre las bases políticas y jurídicas para la creación de un orden internacional nuevo, capaz de asegurar y de fortalecer un futuro de paz universal, se hizo evidente la necesidad de tratar el derecho a la educación como uno

de los componentes más trascendentales de la tabla de derechos humanos fundamentales. El derecho a la educación habría de ser respetado y observado cuidadosamente por parte de todos los Estados como un presupuesto ético del todo imprescindible para la proyectada instauración de un marco constitucional que garantizase el mantenimiento y el progreso de la paz en el interior de cada comunidad política y en el renovado contexto político-jurídico de la comunidad internacional, regida por una *autoridad* mundial: las Naciones Unidas. Su *Carta* y su *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada el 10 de diciembre de 1948, recién terminado el conflicto militar, sentarán las bases jurídicas vinculantes para el nuevo orden internacional. Los derechos humanos —y, entre ellos, el derecho a la educación— entran por esta nueva vía de normativa universal, que vincula y limita la soberanía política de los Estados nacionales, en el nuevo derecho internacional como su fundamento inderogable. A las legislaciones estatales, sobre todo en su parte *constitucional*, se les fija un marco normativo previo del que no deberán salirse ni en el fondo de sus contenidos ni en la forma de su valoración jurídica. Los derechos humanos habrán de ser tratados normativamente como derechos fundamentales; también el derecho a la educación.

III. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El nuevo derecho internacional, nacido de la *Declaración Universal de Derechos humanos*, avalará una respuesta jurídica a la cuestión del derecho a la educación, que habrá de integrar y de conjugar sus dos aspectos más debatidos cultural y políticamente en los Estados nacionales modernos hasta el umbral mismo de la II Guerra Mundial: la universalidad del derecho a la educación —“toda persona tiene derecho a la educación”¹²—, entendida en conformidad con lo que se prescribe a continuación: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”¹³; y el derecho de los padres a escoger libremente el tipo de educación que quieren

12 *Declaración Universal de Derechos humanos*, art. 26 § 1.

13 *Ibid.*, art. 26 § 2.

para sus hijos: “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”¹⁴. El derecho a la educación, ejercido en cualquiera de sus formas legales, incluye la gratuidad de “la instrucción elemental y fundamental”, que además “será obligatoria”, y “la técnica y profesional”, que “habrá de ser generalizada”. “El acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”¹⁵.

El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de 16 de diciembre de 1966, concretará y detallará más las exigencias pedagógicas y estructurales que conlleva la libertad para ejercer el derecho a la educación: “Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescribe o aprueba en materia de enseñanza, y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que está de acuerdo con sus propias convicciones”¹⁶. La garantía de la libertad de los padres se asegura, además, con la previsión de que “nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza”, siempre que respeten el objetivo y fines del proceso educativo fijados en el Pacto¹⁷ y se observen “las normas mínimas que prescribe el Estado”¹⁸.

En el protocolo de marzo de 1952 al *Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* ya había sido confirmado para Europa el derecho de los padres a la libertad en la educación de sus hijos: “El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”¹⁹. En el fallido proyecto de *Constitución para Europa* se reiteraban las mismas garantías para asegurar en Europa “la libertad de creación de centros docentes

14 *Ibid.*, art. 26 § 3.

15 *Ibid.*, art 26 § 1.

16 *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, 16 diciembre 1966, art. 13 § 3.

17 Cf. *ibid.*, art. 13 § 1.

18 *Ibid.*, art. 13 § 4.

19 *Convenio para la protección de los derechos humanos - Protocolo adicional*, 20 marzo 1952, art. 2.

dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”²⁰.

Por la vía de la normativa internacional, abierta por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se fue, pues, imponiendo en la evolución del nuevo derecho constitucional de los Estados europeos la concepción del derecho a la educación integral de la persona como un derecho a la vez universal y libre en su ejercicio por parte de los padres y, en una condicionada medida, por la sociedad. Así ocurrió en los procesos constituyentes de los Estados del llamado *mundo libre*, en la Europa Occidental y del Sur, con diversas variantes derivadas de las propias tradiciones político-jurídicas y culturales. La Constitución de Weimar de 1919, por ejemplo, sería decisiva para la configuración del derecho a la educación en la Ley Fundamental de Bonn, y el pasado laicista de las tres primeras Repúblicas Francesas, a su vez, para el nuevo derecho constitucional francés después de pasada la guerra. Al nuevo derecho internacional, se sumaría el derecho concordatario vigente como factor influyente en la configuración normativa del derecho a la educación en la nueva legislación constitucional de diversos países de la Europa de la posguerra. La llamada *nueva era de los concordatos* (R. Bidagor) se dejaría sentir inequívocamente en este delicado proceso político-jurídico de la nueva formulación constitucional del derecho a la educación.

El objetivo primero de las Naciones Unidas en su política educativa de que todos tuviesen acceso en condiciones de gratuidad a la educación primaria y elemental se cumplió en la práctica totalidad de la realidad jurídica y sociológica de los estados europeos y, obviamente, también en los países del bloque soviético, en los que, por la misma obviedad de las razones ideológicas que lo sustentaban, no había quedado el menor resquicio legal para la práctica del derecho a la libertad de enseñanza. Su grado de realización legal y administrativa sería, por lo demás, muy variado y desigual en los Estados de la *Europa libre*. Va desde una configuración académica de la clase de religión y moral confesional en el formato didáctico de una asignatura ordinaria y con alternativa obligatoria para los alumnos cuyos padres no hubiesen optado por ella, como era y sigue siendo el caso de la Alemania Federal, Austria, Suiza y los países del Benelux, hasta el de que sólo sea posible impartirla fuera del

20 *Constitución para Europa*, 29 octubre 2004, art. II - 74 § 3.

horario escolar como una actividad formativa permitida a la Iglesia Católica y a otras confesiones religiosas en escuelas públicas de la Francia moderadamente laica, que conforman la mayoría abrumadora de su red escolar. Algo parecido ha ocurrido y ocurre con la posibilidad real de ejercer el derecho a la elección de centros no estatales en la praxis administrativa y económica. Con una libertad facilitada al máximo por una completa o, al menos, suficiente financiación de la escuela llamada privada, en los países citados anteriormente en primer lugar, contrasta el *modus procedendi* de los Estados de la Europa del Sur —Francia, Italia, Portugal y España—, en los que se practicó un inseguro y precario sistema de subvención y becas, que implicaban para los padres y familias que los eligiesen una doble carga fiscal, difícilmente justificable desde los supuestos jurídicos y políticos del derecho internacional y constitucional vigentes después de la *Declaración de Derechos Humanos* de 1948, y simplemente injustificables desde el punto de vista de los postulados éticos de la justicia distributiva. En España, el *status* subvencionado de las escuelas no estatales y de sus alumnos en los niveles primarios y secundarios del período político anterior a la Constitución de 1978 sería sustituido en la legislación ordinaria, que la ha aplicado, por un régimen administrativo de conciertos. El nuevo ordenamiento constitucional del Estado ha significado para España una renovada versión de la concepción jurídica y de la práctica social del derecho a la educación más acorde con la normativa internacional y con la ética de los derechos humanos.

III. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Uno de los puntos más discutidos y polémicos en el debate social y político previo a la aprobación de la Constitución de 1978, antes y en los años inmediatamente siguientes a su debate en sede parlamentaria, fue el tratamiento jurídico que debía darse al derecho a la educación en la nueva normativa constitucional. También en España se cuestionaba la forma como debían articularse los dos principios éticos pre-políticos y pre-jurídicos, que habían dominado el debate europeo en los siglos XIX y XX antes y después de estallar la gran crisis de la Modernidad en el conflicto mundial de 1939 a 1945. ¿Cuál debería ser la relación entre el principio de la universalidad y el

de la libertad en el ejercicio del derecho a la educación? De la respuesta que se diese a esta pregunta, iba a depender decisivamente el papel que el Estado habría de asumir en todo el sistema educativo a diseñar constitucionalmente.

Las divergencias de los dos grandes partidos políticos nacionales en este punto pusieron a prueba la voluntad de concordia social y política que precisaba el proyecto constitucional para su aprobación, alcanzada finalmente con una pactada formulación del artículo 27 de la Constitución, que trató de combinar ponderada y prudentemente los dos grandes principios ético-jurídicos en juego, atribuyéndoles un igual rango normativo. En el párrafo primero se afirma simultáneamente: “Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza”²¹. Luego, en el párrafo 3, se 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” (salvado siempre el objeto de la educación definido en el párrafo 2: pleno desarrollo de la personalidad humana, respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales), y en los párrafos 4 y 5 se prescribe, respectivamente, que “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita” y 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”; aunque reconociendo en el párrafo 6 a “las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales” y asegurando en el párrafo 9 que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. Se prevé, por otra parte, que en “el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos” intervendrán los padres y, en su caso, los alumnos en los términos que la ley establezca²².

A pesar de todo lo satisfactorio que resultaba políticamente el acuerdo obtenido con la formulación del artículo 27, las posibilidades formal-jurídicas de interpretación del texto constitucional quedaban abiertas para el futuro en varios sentidos, incluso, profundamente divergentes. Se trataba de probables y previsibles diferencias, latentes en la desigual comprensión política y cultural del

21 *Constitución Española*, 6 diciembre 1978, art. 27 § 1.

22 Cf. *ibid.*, art. 27 § 7.

derecho a la educación, que, de hecho, se convirtieron en uno de los capítulos más vivos y disputados en la vida pública de la sociedad española de los tres últimos decenios. Capítulo no cerrado, ni mucho menos, en la actualidad.

Al primer proyecto fallido de ordenación orgánica del estatuto de centros escolares en 1980 (LOECE), orientado a compatibilizar el derecho de todos a la educación con el derecho de los padres a elegir centro escolar, público-estatal o privado-no estatal, de acuerdo con sus convicciones, mediante la implantación del cheque escolar, siguió una línea legislativa caracterizada por una afirmación (considerada no discutible) de la superioridad jurídica del Estado sobre el derecho de los padres y, obviamente, sobre los derechos de la sociedad en el campo de la enseñanza. En las leyes que se han sucedido hasta ahora —Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación (LODE), de 3 de julio de 1985; Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), de 3 de octubre de 1990 y la Ley Orgánica de Educación (LOE), de 3 de mayo de 2006²³— se valora y trata jurídicamente a la familia como subsidiaria del Estado, y no al revés.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, plasmada en las sentencias recaídas el 13 de febrero de 1981 y el 27 de junio de 1985, ayudó a precisar los límites de la función y competencia del Estado, referentes a la educación, en aspectos hermenéuticamente decisivos, sin que por ello se llegase a conseguir en la práctica la solución político-jurídica del problema. Tampoco se logró por la vía de la interpretación y aplicación del *Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales*, de 3 de enero de 1979, especialmente en lo que se refiere a lo dispuesto en su Artículo II sobre la enseñanza de la religión católica en los centros escolares, donde se establece que “los planes educativos en los niveles de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y grados de formación correspondiente a los alumnos de las mismas edades, incluirán la enseñanza de la religión católica, en todos los centros de educación en condiciones equivalentes a las demás disciplinas fundamentales”, sin que tenga carácter obligatorio para los alumnos, a los que “se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla”. En cualquier caso, las autoridades académicas “adoptarán las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar”. Las autoridades académicas habrán de permitir,

23 Cf. *Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza* (LOCE), 23 diciembre 2003. No llegó a entrar en vigor.

además, a “la jerarquía eclesiástica, en las condiciones concretas que con ella se convenga, otras actividades complementarias de formación y asistencia religiosa”²⁴. Por otro lado, la transferencia de amplísimas facultades normativas y administrativas en materia educativa a las Comunidades Autónomas significó en muchas ocasiones el empeoramiento de las condiciones de aplicación práctica de la doctrina constitucional.

Sin embargo, el marco constitucional de las competencias y obligaciones del Estado había quedado, a pesar de todo lo dicho, inequívocamente aclarado por las sentencias del Tribunal Constitucional en puntos decisivos para el uso del derecho a la libertad de enseñanza. Se reconoce “el derecho de los titulares de los centros privados a establecer un ideario educativo propio”, que “forma parte de la libertad de creación de centros en cuanto que equivale a la posibilidad de dotar a éstos de un carácter y orientación propia”. Se reconoce también que el “ideario” o “carácter propio del Centro Escolar [...] actuará necesariamente como límite de los derechos de los demás miembros de la comunidad escolar”, no estando sometido a ninguna autorización de la Administración, porque de otro modo, contradiría al “derecho a la libertad de enseñanza y a la libertad de creación de centros docentes”, significando una no tolerable *injerencia* en su ejercicio. Se reconoce que el derecho al ideario propio implica, además, el derecho del titular de estos Centros al nombramiento del Director y de los profesores y la prevalencia del criterio de la elección del Centro por parte de los padres y de los alumnos en la admisión de alumnos, que no podrá ser subordinado a “otros aspectos prioritarios”. Además, a los centros privados no estatales que opten por la gratuidad de la enseñanza, “el modelo económico”, fijado “en los conciertos”, deberá asegurarles “que la enseñanza se imparta en condiciones de gratuidad” para las familias, incluyendo “la reposición de inversiones reales”. Sin pretenderlo los recurrentes de 1985, la Sentencia del Tribunal Constitucional da un paso más en la interpretación del derecho a la libertad de enseñanza con una definición del carácter propio de los Centros públicos: que “deben ser ideológicamente neutros [...] y esta neutralidad ideológica es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes (profesores) integrados en el centro [...] lo que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus

24 Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, 3 enero 1979, art. 2.

hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Con este trasfondo de la jurisprudencia jurídico-constitucional no deberían haberse planteado dificultades para una aplicación equilibrada del artículo 27 de la Constitución, centrada objetivamente en torno a los dos ejes ético-prejurídicos que lo conforman: el derecho de todos a la enseñanza y la libertad de enseñanza. No fue así. La elección de la enseñanza de la religión y moral católica en los centros públicos por parte de los padres se ha visto dificultada crecientemente en virtud de dos factores, administrativo el uno y académico el otro: la obligación de efectuar por escrito al comienzo de cada curso la inscripción en la clase de religión y moral católica, y la carencia de una verdadera asignatura como alternativa para los alumnos que no eligen la clase de religión. Sin una clara e equiparable exigencia académica para los alumnos que no la eligen, la discriminación de los alumnos de la clase de religión desde el punto de vista escolar se produce inevitablemente. Igualmente se ha hecho muy difícil, sobre todo en ciertas Comunidades Autónomas, la práctica del derecho a la elección de Centros en las condiciones de gratuidad garantizada constitucionalmente. El margen de discrecionalidad administrativa, que se atribuyen las Comunidades Autónomas a la hora de conceder o no conceder los *conciertos* a los titulares de los Centros, resulta difícilmente compatible con las garantías constitucionales de los derechos de los padres y de los alumnos en la elección del colegio o escuela que prefieran. En casos ideológicamente muy llamativos se deniegan; por ejemplo, cuando se establece como condición *sine qua non* para su concesión que han de ser *mixtos*. Y, en otros, la negativa obedece a la simple conveniencia y a las facilidades funcionales que se desprenden para la Administración escolar; por ejemplo, en la mayor comodidad en la distribución de los alumnos, en el ahorro presupuestario, etc.

No puede extrañar, por tanto, que el debate en torno al derecho a la educación siga abierto, sobre todo, en los aspectos que inciden negativamente en los derechos de la familia y en su interés humano y espiritual más sensible: la educación moral y religiosa de sus hijos. Sin que les dejen de preocupar, por supuesto, otros problemas relacionados con el futuro profesional y el futuro socio-político y cultural que les espera a sus hijos. Problemas y perspectivas que siempre han estado presentes en la reflexión y en el debate social y político en torno a la educación de las nuevas generaciones, tanto en la España actual como en la Europa moderna y contemporánea. Problemática, agravada hoy por

la crisis económica generalizada que engloba al mundo. Por ello, no puede extrañar que la preocupación por la capacidad del sistema educativo para la preparación técnica, profesional y humana de los alumnos, requerida por una economía global de libre mercado, ocupe un lugar predominante en el actual debate educativo; aunque el objeto y razón de ser del factor *educación* en la vida y desarrollo integral de los niños y jóvenes no deje de estar presente, más o menos explícitamente, en el primer plano de la discusión social y política, en la que intervienen la Universidad, los medios de comunicación social y, en España, comprensiblemente, la Iglesia. No huir de las cuestiones éticas y espirituales de antropología filosófica y teológica, que subyacen a los grandes interrogantes pedagógicos que vuelven a suscitarse a propósito y en estrecha relación existencial —¡vital!— con el problema educativo, supondría un buen primer paso para su estudio y una clarificación teórica y práctica del mismo, mínimamente satisfactoria. Sin una concepción adecuada del hombre en toda la densidad y plenitud de su dignidad personal, que inspire teorías y proyectos pedagógicos y, más concretamente, los proyectos y programas legislativos para los próximos años, será imposible establecer nuevas y sólidas bases culturales, políticas y jurídicas para el futuro del sistema educativo.

IV. "LA EMERGENCIA EDUCATIVA"

En el discurso que dirigía Benedicto XVI a la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Italiana el 27 de mayo de 2010, reunida para estudiar su plan pastoral para los próximos diez años, centrado en la responsabilidad educativa de la Iglesia, califica el estado de la educación en la sociedad actual como de una *emergencia* para la que hay que encontrar las respuestas adecuadas, yendo hasta sus raíces más profundas, de las que destaca dos: un falso concepto de autonomía del hombre y el *escepticismo* y el *relativismo*. Cuando se ignora que "el *yo* se convierte en sí mismo sólo desde el *tú* y desde el *vosotros*, (que) está creado para el diálogo, para la comunión sincrónica y diacrónica", se está perdiendo una dimensión esencial para la formación de la personalidad humana. Por ello, opina Benedicto XVI, "la llamada educación antiautoritaria no es educación, sino renuncia a la educación". Para llegar a ser *yo* es necesario el encuentro con el *tú* y con el *nosotros*. Con el *escepticismo*

y con el *relativismo*, por otra parte, se excluyen las dos fuentes de conocimiento que pueden orientar el camino humano: la naturaleza y la revelación. “Y si callan estas dos fuentes, la naturaleza y la revelación —advierte Benedicto XVI—, también la tercera fuente, la historia, deja de hablar, porque también la historia se convierte sólo en un aglomerado de decisiones culturales, ocasionales, arbitrarias, que no valen para el presente ni para el futuro”.

La *emergencia educativa*, con las raíces que señala y caracteriza Benedicto XVI, es también una realidad presente en España, que influye abiertamente en el correcto planteamiento de la cuestión del derecho a la educación y de sus titulares. Las causas últimas de la problemática que se debate públicamente y que afecta a la acertada interpretación de la normativa constitucional, la transpiran. Sin tener en cuenta esas causas antropológicas de la emergencia educativa y sin neutralizarlas culturalmente, ¿cómo se va a conocer y valorar en su significado jurídico fundamental lo que son los padres y cuáles son sus funciones inalienables en el proceso educativo de sus hijos dentro y fuera de la familia?, ¿y cómo se podrá precisar y fundamentar éticamente —prepolíticamente, por lo tanto— el papel y las competencias del Estado en ese momento tan delicado del desarrollo y de la maduración auténtica de la personalidad humana, protagonista decisiva para lograr el bien común? Y, sobre todo, ¿cómo se van a apreciar en toda su verdad los derechos fundamentales del destinatario último de la educación, el niño y el joven, los eslabones más débiles de la cadena educativa? Sobre todo, cuando nos encontramos en una coyuntura histórica donde son tan cruelmente ignorados. El *niño* no es un objeto del derecho a la educación: ni del derecho de sus padres ni, mucho menos, de los derechos del Estado. ¡Es él mismo el titular irremplazable de ese derecho! ¡Su derecho es un derecho sagrado! ¿No sería posible concitar un consenso cultural y social en el debate educativo en torno a estas bases prepolíticas, previas al derecho positivo, en el actual momento de España?

Permítaseme acudir de nuevo a Benedicto XVI en su discurso al Bundestag en Berlín el 22 de septiembre de 2011. El Papa apela abiertamente al derecho natural, es decir, a la naturaleza y a la conciencia, para poder superar las *aporías* que la historia reciente ha puesto de manifiesto al excluirlo de las fuentes de los ordenamientos jurídicos positivos. *Aporías* especialmente dolorosas para la nación alemana, responsable de la experiencia de una mayoría electoral que va a justificar una de las perversiones más inhumanas que conoce la historia del derecho de todos los tiempos. *Das Unrecht* —como había deplorado tardíamente

G. Radbruch— había sido legitimado y sublimado por la ley positiva como un *gesetzliches Unrecht*. Conociendo bien la objeción clásica, agudizada al máximo por H. Kelsen, de que “entre ser y deber ser” existe un abismo infranqueable, Benedicto XVI la desvela como el resultado de una concepción positivista de la razón que “no es capaz de percibir nada más que aquello que es funcional”, que “se parece a los edificios de cemento armado sin ventanas, en los que logramos el clima y la luz por nosotros mismos, y sin querer recibir ya ambas cosas del mundo de Dios”, a pesar de que en secreto “en este mundo autoconstruido [...] recurrimos igualmente a ‘los recursos’ de Dios”. Kelsen —les recordó el Papa a los parlamentarios alemanes— abandonó el positivismo jurídico a la edad de 84 años (en 1965), superando el dualismo del ser y del deber ser: “Había dicho que las normas podían derivar solamente de la voluntad”. En consecuencia, de la naturaleza podrían emanar normas sólo si una voluntad las había inscrito en ellas; lo que supondría un Dios Creador. ¿Es inútil discutir sobre la verdad de esta fe que el maestro contemporáneo del positivismo jurídico reconoce? ¿Carece verdaderamente de sentido —se pregunta Benedicto XVI—, reflexionando sobre si la razón objetiva que se manifiesta en la naturaleza no presuponga una razón creativa, la tesis de un *Creator Spiritus*, de un Dios Creador? El Papa mismo orienta la forma existencial de la respuesta apelando al patrimonio y a la memoria cultural de la Europa que ha desarrollado sobre la convicción del Dios Creador “el concepto de los derechos humanos, la idea de igualdad de todos los hombres ante la ley, la conciencia de la inviolabilidad de la dignidad humana de cada persona y el reconocimiento de la responsabilidad de los hombres por su conducta”. Patrimonio y memoria nacidas —recuerda él— del encuentro entre Jerusalén, Atenas y Roma. ¿Por qué no podría ser nuevamente viable un diálogo, que buscase un nuevo consenso cultural y político-jurídico en la problemática educativa, en la tan delicada coyuntura de la España actual? Más aún, ¿por qué no encauzarlo a través de un gran debate nacional sobre el presente y el futuro de España? Sería probablemente suficiente hacer un uso sincero de la fórmula propuesta por J. Habermas como *forma razonable* de resolver las divergencias políticas. Fórmula, que no puede ni debe reducirse a sólo una lucha por mayorías aritméticas, sino que debiera distinguirse por *ein wahrheitssensibles Argumentationsverfahren* —por un “proceso de argumentación sensible a la verdad”²⁵—. ¡Inténtese, al menos!

25 BENEDICTO XVI, *Discurso preparado para el encuentro con la Universidad “La Sapienza”,* 17 enero 2008.