

Principios Constitucionales del Sistema Educativo Español

Rosario Nogueira

4

*«Política
y Administración
Educativa»*



Principios Constitucionales del Sistema Educativo Español

Rosario Nogueira



MINISTERIO DE EDUCACION Y CIENCIA

Centro de Publicaciones

POLITICA Y ADMINISTRACION EDUCATIVA

TITULOS DE LA COLECCION

Elementos de Administración Educativa (2.^a Edic., 1986).
La Dirección del Centro Escolar Público (5.^a Edic., 1988).
Atribución y Ejercicio de Competencias Educativas (2.^a Edic., 1985).
Principios Constitucionales del Sistema Educativo Español (1.^a Edic., 1988).



© Rosario Nogueira Soriano
© De esta edición: **Ministerio de Educación y Ciencia**, Madrid, 1988
Edita: Centro de Publicaciones, Ministerio de Educación y Ciencia
Cubierta: Miguel Jiménez

Primera Edición
Tirada: 1.000 ejemplares
N.I.P.O.: 176-88-201-5
I.S.B.N.: 84-369-1473-2
Depósito Legal: M-40765-1988
Imprime: I. G. CARO. Pol. Ind. Vallecas. 28031 Madrid

INDICE

1.^a PARTE LIBERTAD DE ENSEÑANZA E HISTORIA CONSTITU- CIONAL

INTRODUCCION	7
CAPITULO I: LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA DEL SIGLO XIX	15
1. LIBERTAD DE ENSEÑANZA. CARACTER POLITICO-RELIGIOSO	15
2. EL CARACTER POLITICO DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA	18
3. EL ORIGEN DEL PROBLEMA DEL MONOPOLIO EDUCATIVO ESTATAL	22
4. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA COMO CONCEPTO JURIDICO. PERSPECTIVA JURIDICA Y TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL	27
4.1. El liberalismo y la libertad de enseñanza (1812-1868)	29
4.2. La Revolución de 1868 y la Libertad de Enseñanza	33
4.3. La Libertad de Cultos y la Libertad de Enseñanza. El período que va desde la Restauración a la Segunda República	37
4.4. La Libertad de Cátedra y la II República Española	47
4.5. La Libertad de Enseñanza y el Franquismo	49
4.6. La Ley General de 1970 y la gratuidad de la enseñanza	54
4.7. Libertad y Democratización de la enseñanza	58
CAPITULO II: EL CONSENSO CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL	65
1. EL CONSENSO CONSTITUCIONAL: UN COMPROMISO POLITICO DEL ARTICULO 27	65
2. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL CONSENSO CONSTITUCIONAL	70
3. EL CONSENSO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA EDUCATIVO	72
CAPITULO III: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL: LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y PLENA ESCOLARIZACION	77
1. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA. DEFINICION CONSTITUCIONAL	77
2. CONCEPCION DESCRIPTIVA Y CONCEPCION FUNCIONAL. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL	82
2.1. La concepción descriptiva de la libertad de enseñanza	83
2.2. La concepción funcional de la libertad de enseñanza	85

2.^a PARTE PRINCIPIOS CONSTITU- CIONALES Y DERECHOS FUN- DAMENTALES DEL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL

3. LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y LIBERTAD DE CATEDRA	87
4. EL PRINCIPIO DE PLENA ESCOLARIZACION Y EL ESTADO DE LA CULTURA. DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACION	90
CAPITULO IV: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LA IGUALDAD Y SISTEMA EDUCATIVO	107
1. LA IGUALDAD ANTE LA LEY. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	107
2. EL ESTADO SOCIAL COMO ESTADO PRESTADOR DE SERVICIOS EDUCATIVOS	114
3. LA IGUALDAD SUSTANCIAL DEL ARTICULO 9.2 .	121
CAPITULO V: LOS LIMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARACTER EDUCATIVO	127
1. EL PROBLEMA DEL «CONTENIDO ESENCIAL» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	127
2. LA GARANTIA INSTITUCIONAL Y EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	135
3. ARMONIZACION O JERARQUIZACION DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE CARACTER EDUCATIVO	137
3.1. Libertad de cátedra y derecho a fundar centros docentes con ideario propio	137
3.2. La participación en la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos	147
CAPITULO VI: LA GRATUIDAD DE LA ENSEÑANZA: LIBERTAD DE ENSEÑANZA O DERECHO A LA EDUCACION . . .	157
1. EL DERECHO A LA EDUCACION COMO DERECHO A ELEGIR CENTRO DOCENTE	157
1.1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	159
1.2. El respeto a las convicciones religiosas y morales de los padres	163
2. EL PROBLEMA DE LA GRATUIDAD DE LA ENSEÑANZA Y LA SUBVENCION A LOS CENTROS PRIVADOS	166
CONCLUSIONES	183
BIBLIOGRAFIA	187
CAPITULO PRIMERO: NOTAS	197
CAPITULO SEGUNDO: NOTAS	207
CAPITULO TERCERO: NOTAS	213
CAPITULO CUARTO: NOTAS	221
CAPITULO QUINTO: NOTAS	227
CAPITULO SEXTO: NOTAS	235

INTRODUCCION

Los principios constitucionales del sistema educativo español es un trabajo de investigación que pretende fundamentalmente clarificar y ordenar la exhaustiva correlación de derechos y libertades que el legislador constituyente ha consagrado en diferentes preceptos de la Constitución de 1978.

La interpretación, a nuestro modo de ver, partidista, que de la libertad de enseñanza se ha realizado, y el desigual acceso a los puestos escolares de nuestro sistema educativo, han sido las causas más significativas que nos han impulsado a emprender este trabajo de investigación. Siempre ha sido una constante en nuestra formación universitaria y humana, la preocupación por todos los problemas que afectan a la enseñanza, siendo enfocados unas veces desde el punto de vista jurídico, las más desde una perspectiva que penetra en el análisis pedagógico y político. Ya de antemano reconocemos la estrecha e íntima relación que históricamente ha existido —y aún existe— entre el problema de la educación y las concepciones ideológicas, bien políticas, bien religiosas, respecto a los modelos educativos a desarrollar en nuestro país, por lo que hemos considerado conveniente definir abiertamente nuestro prisma de observación que, a pesar de aparecer coloreado de un rojo sin estridencias, no por ello se esfuerza por llegar a los problemas con el máximo rigor y honradez intelectual. De ahí que, en numerosas ocasiones haya sido necesario insistir en el análisis de algunas cuestiones para aprehender de la manera más objetiva que ha sido posible, conceptos que aparecen impregnados de apasionados intereses y excesivas matizaciones políticas y religiosas.

A pesar de la compleja —complejidad derivada de nuestra turbulenta y dramática historia política del siglo XIX— y, en algunos supuestos, contradictoria regulación constitucional, nuestro objetivo prioritario ha sido la definición de los derechos y libertades de carácter educativo consagrados en la constitución de 1978 desde una perspectiva estrictamente jurídica, lo cual mucho nos tememos, no siempre se habrá conseguido, porque el objeto central de nuestra investigación, la enseñanza —y los problemas políticos que han condicionado el desarrollo y la estructuración de nuestro sistema educativo—, es una materia especialmente relacionada con el objeto de investigación de otras disciplinas científicas como la Sociología, la Pedagogía y la Ciencia Política.

Sin embargo, quizás podamos justificar la ausencia de un tratamiento eminentemente jurídico acudiendo a la extremada politización que ha estado presente en todo el proceso de elaboración de nuestro texto constitucional actualmente vigente, dando lugar a una Constitución que se caracteriza por el consenso entre las fuerzas políticas del

país que en aquellos momentos participaron en su redacción. Precisamente es el carácter político de su artículo 27 —precepto dedicado preferentemente al tema de la educación— lo que nos ha obligado a dedicar una gran parte de nuestro trabajo, quizás demasiado extensa, a los antecedentes históricos y jurídico-constitucionales de la libertad de enseñanza.

Aunque actualmente podamos afirmar que la regulación constitucional sobre la enseñanza difiere de la establecida por otras Constituciones anteriores, no por ello deja de tener interés el estudio del precedente histórico, especialmente si para entender —no ya sólo interpretar— el largo y penoso proceso de elaboración del artículo 27 es imprescindible remontarse al análisis político y religioso de la libertad de enseñanza durante el pasado siglo XIX. El enfrentamiento histórico entre el monopolio educativo del Estado y la libertad de enseñanza, interpretada como el derecho de los particulares —o, sin hacer abstracciones, el derecho de la Iglesia Católica— a fundar centros de enseñanza diferentes a los centros creados por el Estado, no puede ser explicado sin realizar este estudio histórico.

La consecuencia inmediata de la pugna de intereses políticos, religiosos y económicos que se esconden detrás de las diferentes concepciones sobre la libertad de enseñanza, o sobre el derecho a la educación, se refleja claramente en la regulación constitucional sobre el problema de la enseñanza. La satisfacción de los respectivos intereses en juego, o de los modelos educativos defendidos por cada fuerza política dentro del texto constitucional, ha desembocado en una extensísima y, en ocasiones, redundante, declaración de derechos y libertades dentro de nuestro sistema educativo. De ahí que, en este trabajo de investigación nos hallamos planteado la interpretación de tales derechos y libertades como un problema de conflictos entre derechos fundamentales de similar rango normativo.

Lo que nosotros hemos denominado principios de la Libertad de enseñanza y de la Plena escolarización son los dos pilares que rigen el sistema educativo español, y los criterios prioritarios a la hora de interpretar las posibles colisiones entre los derechos educativos garantizados por aquél. Los artículos reservados por el legislador constituyente al tema de la educación —fundamentalmente el 27 y el artículo 20.1.c— se presentan como un problema de armonización o de jerarquización entre derechos fundamentales, por lo cual, hemos centrado este trabajo de investigación en la búsqueda de los elementos jurídicos de interpretación que, extraídos de la propia Constitución, contribuyan a solucionar las inevitables colisiones entre los derechos educativos de carácter constitucional.

Junto a la libertad de enseñanza y al principio de la plena escolarización, utilizados preferentemente como criterios de interpretación del sistema educativo, hemos reservado una parte de este trabajo a aquellos preceptos constitucionales que, a nuestro modo de ver, deben ser necesariamente utilizados para realizar una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución. Nos estamos refiriendo al artículo 14, que consagra la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, a la

configuración del Estado español, que se constituye como Estado Social y Democrático de Derecho, establecido en el párrafo 1.º del artículo 1.º, y a la cláusula de la igualdad sustancial, recogida en el artículo 9.2. Estos preceptos han sido utilizados para articular y armonizar los derechos fundamentales consagrados dentro de nuestro ordenamiento educativo, atendiendo a los fines y al espíritu que se deriva de la propia Constitución.

Dentro de este marco jurídico-constitucional, lo que podríamos calificar como la razón de ser de este trabajo es la que se reserva al estudio del contenido y las características que definen la libertad de enseñanza diferenciándola de otros conceptos incluidos dentro del texto constitucional que, como la libertad de cátedra o el derecho a fundar centros docentes, presentan una equívoca similitud en sus respectivos contenidos. En este sentido, tanto la parte histórica como aquellos capítulos dedicados a la delimitación y definición de conceptos jurídicos, se plantean en torno al origen y al significado actual de la libertad de enseñanza. Si en nuestra tradición histórica y jurídico-constitucional la libertad de enseñanza es aquella que permite difundir los pensamientos y las ideas libremente y sin ninguna clase de condicionamiento o coacción exterior —afirmación que constituye la hipótesis central de este trabajo y que pretendemos demostrar a lo largo del mismo—, actualmente su significado puede ser interpretado de forma diferente como principio ordenador de todo el sistema educativo configurado por la Constitución de 1978.

Por todas estas razones, no nos hemos detenido en un exhaustivo estudio sobre la historia política española del siglo XIX, ni tampoco nos hemos parado en el análisis del ejercicio de la libertad de cátedra en el ámbito universitario. Del mismo modo, y debido a la amplitud y complejidad —la cual se incrementaba a medida que íbamos profundizando en estos problemas— que el significado histórico de la libertad de enseñanza planteaban, tampoco nos hemos detenido en el estudio de las vicisitudes que la autonomía de las Universidades ha sufrido hasta su reconocimiento, a nivel constitucional, en el párrafo 10.º del artículo 27.

En pocas palabras, nuestra pretensión fundamental iba dirigida a definir el marco jurídico-constitucional que preside el actual sistema educativo español centrándonos en sus dos pilares fundamentales: la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. Esta pretensión excluía, por otra parte, el análisis que la nueva estructuración del Estado en Comunidades Autónomas obliga a realizar respecto a la configuración de los diferentes centros de enseñanza, cualificados por el grado real de participación de padres, profesores y alumnos en la gestión de los centros públicos y concertados y, fundamentalmente por la impartición de las clases en las diferentes lenguas oficiales recogidas por los Estatutos.

En este sentido, una de las cuestiones más polémicas que, conscientemente no han sido tratadas a lo largo de este trabajo, es la que se refiere al derecho del alumno a recibir la enseñanza en la lengua propia o materna, como contenido mínimo del derecho a la educación.

Las consecuencias, tanto jurídicas como económicas o sociales, que se derivan del reconocimiento constitucional del pluralismo lingüístico y del derecho a la educación enunciado con pretensiones genéricas —y por esta razón sumamente ambigüas—, forman parte de lo que nosotros hemos denominado contenido jurídico del derecho a la educación. Su estudio, así como la diferente estructuración de nuestro sistema educativo, protagonizada por las diversas Comunidades Autónomas, ha sido postergado para un futuro trabajo que nos permita dedicarle el tiempo y la profundidad que su importancia merecen. En cualquier caso, los principios constitucionales que configuran el marco jurídico de carácter fundamental sobre la enseñanza que, a lo largo de estas páginas se han pretendido desarrollar, vinculan, a nuestro juicio, a todas las Comunidades Autónomas en el desarrollo de los derechos fundamentales de carácter educativo.

El estudio del derecho a la educación, consagrado también en el primer apartado del artículo 27, ha sido realizado, pues, desde su inseparable relación con el contenido de la libertad de enseñanza. Así, el problema de la subvención a los centros privados de enseñanza es analizado profundamente, no sólo para diferenciar su contenido respecto a los elementos que definen la libertad de enseñanza, sino por la intencionada confusión, tanto jurídica como política, que actualmente está siendo difundida. Las ayudas con fondos públicos a los centros educativos de carácter no estatal aparece, bien como el instrumento jurídico imprescindible para hacer realidad el principio de la libertad de enseñanza, bien como el cauce apropiado para hacer efectivo el derecho a la educación consagrado en el artículo 27 de nuestra Constitución. Por esta razón, hemos considerado conveniente hacer continuas referencias a la relación entre este derecho de todos a la educación y el contenido constitucional de la libertad de enseñanza.

No hemos pretendido realizar un estudio sobre el contenido jurídico del derecho a la educación cuyas manifestaciones más importantes —dejando a un lado el derecho a recibir la enseñanza en la lengua materna o en la lengua oficial del Estado o Comunidad Autónoma, polémica a la que ya hemos hecho referencia— son entre otras, el problema del *numerus clausus* fijado por cada Universidad, el procedimiento y la sanción disciplinaria de los alumnos, y los métodos de evaluación y rendimiento académico. Ante todo hemos querido definir cual es el contenido y los efectos jurídicos de la libertad de enseñanza, y qué relaciones se derivan de este contenido respecto al derecho a la educación del alumno. De ahí que, a lo largo de este trabajo no hayamos dedicado ningún capítulo a una parte general sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas por dos razones importantes. La primera porque se trata de un objetivo excesivamente ambicioso para aquellos que se inician en el arte de la investigación, objetivo que hemos preferido retrasar hasta la adquisición de una madurez científica e intelectual, sólo conseguida con el trabajo y el esfuerzo. Y la segunda razón porque ya existen numerosos y excelentes trabajos sobre este tema a los que hacemos continuas alusiones para apoyar y fundamentar nuestras conclusiones.

Tampoco hemos reservado ningún apartado al estudio comparado de la regulación jurídica sobre el tema de la libertad de enseñanza establecida en otras Constituciones, preferentemente de ámbito europeo, porque ya existen magníficas obras que profundizan en su análisis —y a las que nos remitimos continuamente—, que nos han servido de fuente prioritaria para la comparación entre el marco jurídico educativo español, y el que otros ordenamientos establecen respecto a la enseñanza; y también, porque hemos creído más conveniente y más útil para hacer realidad nuestros propósitos de aclarar y simplificar estas categorías jurídicas, acompañar —al hilo de las exposiciones— nuestras conclusiones de las necesarias referencias constitucionales o legales, tanto españolas como extranjeras.

Y no queremos terminar esta breve introducción sin definir nuestra posición respecto a la enseñanza privada. A pesar de lo que se pueda deducir de una primera lectura de este trabajo de indagación y análisis, no estamos en contra de la iniciativa privada, ni en el ámbito de la enseñanza, ni respecto a ninguna otra manifestación empresarial del individuo o de los grupos humanos. Muy al contrario. Hoy por hoy, es en el seno de la iniciativa privada donde pueden surgir nuevos e imaginativos cauces para innovar las técnicas pedagógicas y progresar en el desarrollo de la enseñanza. Pero una cosa es la realización de proyectos pedagógicos y la experimentación de nuevas técnicas, que se pueden realizar a través de la iniciativa tanto pública como privada, o bien en forma de cooperativas, y otra muy diferente la configuración de conceptos y categorías jurídicas, basándose en tales proyectos educativos, o en equívocas ideas sobre tales conceptos obtenida por una interesada y, en ocasiones falseada, interpretación de nuestra historia política, religiosa y escolar.

La iniciativa privada es una de las vías abiertas por la Constitución de 1978 para emprender proyectos educativos; es quizás el lugar apropiado, como nuestra propia historia nos enseña con la creación de empresas como la Institución Libre de Enseñanza, para progresar en el desarrollo de nuevas y avanzadas técnicas de enseñanza que contribuyan a la formación del hombre y a su preparación para la adaptación a un mundo cada vez más tecnificado. Por tanto, pensamos que es muy conveniente fomentar las iniciativas de los particulares en este sentido, bien en la escuela privada o, incluso en el seno de la enseñanza pública. Pero desde una perspectiva política y social, la enseñanza privada en nuestro país no ha contribuido a democratizar los canales de acceso a la instrucción, ni ha favorecido aquellas medidas destinadas a extender la educación a las capas más desfavorecidas de la sociedad española. Al contrario. Y esta es básicamente la causa de nuestro empeño en demostrar cuál ha sido la historia de nuestra enseñanza privada, qué significado ha tenido la libertad de enseñanza como categoría jurídica y como libertad pública, y qué papel ha representado —o ha querido representar— el Estado en nuestra sociedad para extender la educación a todos los niños de nuestra geografía.

Que el Estado y la democratización de la enseñanza sea un proceso especialmente relacionado a lo largo de nuestra historia escolar, no significa que seamos contrarios a la iniciativa privada dentro de

la enseñanza. Pero para tener iniciativa en cualquier ámbito de la sociedad, es imprescindible previamente adquirir los medios oportunos y el nivel cultural necesario que permitan desarrollar una actividad empresarial, docente, política o social. Y para desarrollar y ejercer la libertad hay que transformar democráticamente la organización de la enseñanza. Y en nuestro país sólo puede ser posible, aunque pudiera ser transitorio, a través de la intervención del Estado.

Estas son las razones que nos han impulsado a reservar un capítulo de nuestro trabajo a la interpretación de aquellos preceptos constitucionales que permiten la intervención del Estado en la regulación del sistema educativo español. Sin embargo, y a pesar de nuestra posición decididamente partidaria de la intervención del Estado en la ordenación del sistema educativo para democratizar el acceso a los puestos escolares, también se nos plantean innumerables interrogantes acerca de la viabilidad práctica de esta intervención. El coste que para los poderes públicos puede implicar el sostenimiento de la enseñanza básica, tanto en los centros públicos como en los privados que, cumpliendo los requisitos legales se acojan al sistema de conciertos, puede llevar al fracaso toda esta elaboración teórica que preconiza la intervención del Estado como instrumento indispensable para democratizar la enseñanza en nuestro país.

Y para finalizar, es inexcusable hacer constancia de mi más profundo y sincero agradecimiento hacia todas aquellas personas que, en todo momento y respecto a cualquier problema, siempre me han demostrado su apoyo y entusiasmo. Especialmente deseo dirigir este sentimiento de gratitud hacia el profesor D. Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez, ya que, gracias a su valiosa dirección intelectual y a su *constante apoyo personal, ha sido posible la realización de este trabajo de investigación*. Asimismo deseo sinceramente dar las gracias a todos aquellos compañeros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga que siempre han estado predispuestos para ofrecerme su ayuda y colaboración. Especialmente quiero agradecer su amistad y preocupación sincera a mis queridos compañeros del Departamento de Derecho Político de la Universidad de Málaga porque gracias a su comprensión y a su tremenda paciencia ha sido posible trabajar cotidianamente, a veces en difíciles circunstancias. Y finalmente he de mencionar a todos los miembros de mi familia y a aquellos amigos más cercanos y más queridos porque siempre y en todo momento han confiado en mí.

PRIMERA PARTE
LIBERTAD DE ENSEÑANZA E
HISTORIA CONSTITUCIONAL

CAPITULO PRIMERO LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA DEL SIGLO XIX

1. LIBERTAD DE ENSEÑANZA. CARACTER POLITICO- RELIGIOSO

La dedicación de un capítulo de este trabajo al estudio histórico del origen y las características iniciales de la libertad de enseñanza obedece al deseo de utilizar la historia como criterio fundamental de interpretación para redefinir e integrar conceptos jurídicos recogidos hoy por la Constitución de 1978. Pueden ser diversas las perspectivas de análisis y se pueden utilizar simultáneamente diferentes métodos de interpretación como la búsqueda de la voluntad del legislador o la comprensión de los términos jurídicos según el contexto social y político en el que hayan sido elaborados (1). Estos métodos no dejarán de ser utilizados a lo largo de nuestro trabajo.

Sin embargo, queremos profundizar especialmente en el estudio histórico de este concepto jurídico, elevado al rango de constitucional gracias a su recepción directa por el texto de nuestra Constitución actual (2), porque la búsqueda del sentido originario de un concepto como la libertad de enseñanza nos puede permitir delimitar su contenido actual.

La enseñanza, o la educación (3), según las diferentes concepciones que sobre este tema parecen existir, ha sido objeto de regulación jurídica durante todo el siglo XIX español, pues ya en la Constitución de 1812 se consagraba un Título dedicado a la Instrucción Pública (4). Lo que a nosotros nos interesa subrayar en este capítulo en concreto es la importancia que la educación ha tenido —y tiene— en nuestra historia constitucional como problema político y religioso fundamentalmente. Porque la diferente percepción de la realidad que históricamente ha dividido a los españoles parece agudizarse especialmente en el tema de la educación. El objetivo de este capítulo es, por consiguiente, investigar el contenido originario o, en otras palabras, la razón de ser de la libertad de enseñanza que aparece con una serie de características esenciales en el año 1868. Estas características esenciales son las que pretendemos describir y concretizar en este recorrido histórico y constitucional.

Si desde una perspectiva jurídico-constitucional se puede actualmente interpretar que el contenido de la libertad de enseñanza está integrado por diferentes derechos y libertades —también es ésta la opinión de un importante sector de la doctrina española (5)— nuestra postura se aproxima más a la posición mantenida por A. EMBID IRUJO en el sentido de interpretar la libertad de enseñanza como una facultad atribuida al ser humano que le permite difundir sus conocimientos de forma libre y con ausencia de cualquier clase de condicionamiento o coacción (6).

Por ello, el estudio histórico del problema de la educación en nuestro país nos va a proporcionar criterios suficientes para defender la

afirmación de que la libertad de enseñanza tiene unas connotaciones político-religiosas que exceden del marco jurídico y que a su vez, han condicionado toda nuestra historia política y constitucional. Sin ir más lejos, la Constitución de 1978 recoge en su artículo 27 una serie de derechos y libertades que dejan entrever los problemas políticos e ideológicos que los constituyentes tuvieron que superar para que el texto constitucional pudiera ser aceptado (7).

La libertad de enseñanza tiende a identificarse actualmente con la facultad que tiene cualquier persona física o jurídica para crear centros docentes distintos a los centros estatales, facultad que es considerada por algunos como un derecho autónomo, y por otros, como la contrapartida del derecho que asiste a los padres de elegir para sus hijos el centro docente que mejor se adapte a sus convicciones morales y religiosas (8). Efectivamente, como ya tendremos ocasión de señalar en los próximos capítulos, tanto el derecho a crear centros docentes, como la posibilidad que tienen los padres de elegir colegio para sus hijos son derechos educativos (9) reconocidos por la Constitución, garantizados por las leyes y confirmados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (10), pero, en ningún caso, se puede llegar a identificar el contenido de tales derechos educativos con el principio de la libertad de enseñanza.

Y para llegar a esta afirmación nos vamos a apoyar en los datos que nos suministra nuestra historia política y constitucional del siglo XIX, ya que, según la mayor parte de nuestra doctrina (11), con la cual no llegamos a estar de acuerdo en los planteamientos básicos, la identificación entre libertad de enseñanza y libertad de creación de centros docentes se desprende, no sólo de nuestra tradición legal, sino fundamentalmente de la historia de la educación en nuestro país, que, a nuestro juicio, permite comprobar, cómo una institución de carácter no estatal, la Iglesia Católica, ha representado un papel preponderante —cuando no hegemónico— en la creación y sostenimiento de los centros de enseñanza españoles.

En los siguientes epígrafes tendremos la oportunidad de analizar el contenido de los textos constitucionales que tratan sobre el problema de la libertad de enseñanza precisando cómo de una primera lectura de algunos de sus artículos, efectivamente se puede llegar a una identificación entre ambos conceptos. En nuestra opinión, sin embargo, tal identificación no es posible si, junto a una interpretación literal de sus preceptos se busca también una penetración en el espíritu y en la finalidad de las leyes.

El nudo de la cuestión podemos, por tanto, centrarlo en la consideración de la libertad de enseñanza como derecho de los particulares a establecer y dirigir centros docentes. ¿Cuándo podemos decir que aparece en nuestra historia constitucional este concepto jurídico? Desde nuestro punto de vista, es el Manifiesto del Gobierno Provisional de 25 de octubre de 1868 uno de los textos en los que por primera vez se habla expresamente de la libertad de enseñanza (12). La libertad de enseñanza tiene, pues, un marcado carácter progresista y revolucionario (13) manifestado sobre todo, por la pretensión del Gobierno

Provisional, surgido a raíz de la revolución gloriosa de 1868, de secularizar la vida pública y privada de los españoles. El estado de descomposición en que se encontraba la instrucción pública en España en la segunda mitad del siglo XIX se hacía evidente sobre todo por la falta de respeto hacia «las espontáneas manifestaciones del entendimiento humano, y por la imposición de planes monstruosos impuestos no por las necesidades de la ciencia, sino por las estrechas miras de partidos y sectas» (14).

Las principales ideas expresadas en el Manifiesto del Gobierno Provisional perfilan el contenido de la libertad de enseñanza según el ideario progresista de la revolución:

- i) El contenido fundamental de la libertad de enseñanza —según este ideario progresista— se resume en la libertad de expresión y en la posibilidad de transmitir los pensamientos en el ámbito de la enseñanza.
- ii) La segunda característica que nos parece de suma importancia señalar es la diferencia que se establece entre «las necesidades de la ciencia y las estrechas miras del partido y la secta», es decir, la separación entre lo que podríamos denominar la libertad científica (15) y las diferentes corrientes ideológicas que han impregnado de un contenido político y religioso el tema de la enseñanza.
- iii) El Gobierno Provisional surgido en 1868 sienta como premisa fundamental que la instrucción no puede ser monopolio de ningún tipo de escuelas o sistemas, sino una actividad orientada hacia la controversia y la discusión (16).

La libertad de enseñanza parece, pues, definirse como una libertad del pensamiento humano no condicionada por ninguna clase de orientación partidista o sectaria, ni ejercida con carácter exclusivo o excluyente por ninguna institución o grupo en concreto. Definición que, dentro del uniformismo religioso-católico que predominaba en la España del siglo XIX, sólo podía originar el germen de futuros conflictos importantes, ya que, hasta entonces, el aspecto político y religioso de los Proyectos de enseñanza relegaba a un segundo plano las circunstancias que podían garantizar la extensión de la instrucción pública (17).

El monopolio ejercido por la Iglesia Católica en el campo de la educación va a establecer una situación de hecho de la que posteriormente se van a derivar una serie de exigencias jurídicas que consideran de forma esencialmente unitaria la enseñanza y la religión. Es decir, a raíz de la Revolución de 1868 podemos afirmar que se quiebran en España los cimientos de una sociedad que era concebida de forma unitaria y dogmática. La identificación entre enseñanza y religión pretende ser sustituida —por algunos— por una libertad de pensamiento y de expresión. Se llega así a plantear los problemas concretos que, a partir de la segunda mitad del siglo XIX van a dominar las relaciones Iglesia-Estado y a turbar profundamente la vida política española, la cuestión del control de la Iglesia sobre la enseñanza y la obligación de la enseñanza religiosa (18).

El objetivo de este epígrafe es, precisamente, expresar cuáles son las reacciones que tienen lugar en el seno de la sociedad española durante esta segunda mitad del siglo XIX, (19) cuando la unidad y la uniformidad religiosa pretenden ser sustituidas por una libertad de conciencia, por una libertad de cultos, y, en definitiva, por una libertad de pensamiento. Libertades que, en el ámbito de la educación perseguirían, en última instancia, la posibilidad de expresar los pensamientos que la propia conciencia determinara (20).

La revolución de 1868 es, a nuestro juicio, el punto culminante de un proceso que venía desarrollándose desde los comienzos del siglo XIX: la implantación y consolidación de un Estado liberal, el cual debía asumir para su supervivencia, unas competencias propias en la enseñanza y, en este sentido, la escuela será el último baluarte de la Iglesia para no verse privada del inmenso poder temporal que poseía en siglos anteriores (21). Es, adelantando problemas que veremos posteriormente, el origen de lo que hoy se conoce como monopolio estatal frente a enseñanza privada.

En definitiva, y sintetizando las ideas de este epígrafe al que bien podríamos denominar hacia una secularización de la vida española, la inseparable relación que une a la enseñanza con la religión creemos que tiene su origen en el proceso de racionalización que, al igual que en otros países europeos (22), se va produciendo en la sociedad española del siglo XIX y en la radical oposición que la Iglesia Católica plantea a la pérdida de uno de los últimos residuos de su poder temporal, el monopolio absoluto sobre la enseñanza en España.

Los siguientes epígrafes intentarán completar esta dimensión religiosa del problema añadiendo a la intransigente oposición de la Iglesia a perder su espacio temporal en la sociedad, su relación con las fuerzas conservadoras del país para, junto a ellas, impedir los cambios políticos que la propia evolución de la sociedad española reclamaba necesariamente.

Sólo con la calificación con que, actualmente hoy todavía, se adjetivan los distintos tipos de Estado, es decir, Estados laicos frente a Estados confesionales, según la incorporación, o no, de una determinada doctrina religiosa como la religión oficial del Estado (23), podemos apreciar el considerable peso político que la religión y, en nuestro caso, la religión católica, ejerce sobre las diferentes sociedades y, particularmente sobre la sociedad española de finales del siglo XX (24). En capítulos posteriores tendremos la oportunidad de analizar con más detalle las manifestaciones concretas del ejercicio de ese poder político en el proceso de elaboración del texto constitucional de 1978 (25), lo cual nos servirá entre otras cosas, para apreciar la actitud que esta institución adopta en regímenes democráticos a diferencia de la que defiende en aquellos Estados que se declaran confesionales (26).

En definitiva, nos interesa especialmente averiguar cuál es —o cuál ha sido— el comportamiento de la Iglesia Católica en sus rela-

2. EL CARACTER POLITICO DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

ciones con el Estado español y, para ello, será preciso remontarnos algunos años en el tiempo. Dentro de esta perspectiva política nos interesan en gran medida los siguientes problemas: 1) la interpretación de la alianza histórica que ha existido entre la Iglesia y las fuerzas más conservadoras y reaccionarias de la sociedad española y, 2) el origen de lo que hoy se conoce como monopolio educativo estatal frente a la libertad de enseñanza.

La historia escolar española es la historia de una contienda que se puede remontar al siglo XVIII con la lucha entre ilustrados y reaccionarios, en la que la educación pasó de las manos de la Iglesia al Estado, se afirmó la libertad de la ciencia contra un implacable oposición y comenzó la larga marcha hacia el laicismo que, desprovisto de su contenido pretendidamente patético, no era sino fruto de la secularización del mundo moderno y, en consecuencia, también de la enseñanza (27).

El enfrentamiento entre aquellos que pretenden racionalizar la vida social española, evitando la comprensión de cualquier fenómeno humano única y exclusivamente desde la perspectiva religioso-católica, y aquellos otros que se niegan radicalmente a que en la uniforme España se manifiesten tendencias u opiniones divergentes a lo que el dogma y la doctrina de la Iglesia establecen, continúa a lo largo del siglo XIX y llega hasta 1868, fecha importante, porque por primera vez aparece consagrado en un texto constitucional tanto el derecho a fundar centros de enseñanza como la libertad de cultos (28).

Los intentos revolucionarios que se suceden a partir de 1808 no pretenden introducir la libertad y la tolerancia en materia religiosa, como ha sido ya señalado en numerosas ocasiones por los historiadores y, como así lo demuestra también el propio texto constitucional de 1812, sino volver a la situación anterior a la marcha de Fernando VII. Un sector muy reducido de liberales cuestionará las estructuras políticas del país. La unidad religiosa permanecerá intacta. La libertad de expresión garantizada por la Constitución de 1812 se refiere, a nuestro modo de ver, a las ideas políticas, quedando a salvo la uniformidad de la nación en materia religiosa a través de la obligatoriedad de la religión católica consagrada —a perpetuidad— en su artículo 12.

No es nuestra intención profundizar en el estudio político de la historia española del siglo XIX, salvo en aquellos temas que incidan directamente en el carácter religioso-político del problema de la educación. Por ello, tomamos como punto de partida los acontecimientos que giran en torno a la revolución de 1868 aunque hagamos algunas referencias a fechas anteriores.

Con la Constitución de 1812 se manifiestan en nuestro país los primeros brotes de constitucionalismo al cuestionarse nociones como la soberanía real o el origen del poder, pero no se cuestiona la permanencia de la religión católica establecida con carácter preceptivo. Si nos interesa señalar, por el contrario, cómo la división política que nace a raíz de la aparición del constitucionalismo español entre absolutis-

tas y liberales incluye entre uno de esos bandos no sólo a los partidarios de la confesionalidad del Estado español, sino a la propia Iglesia Católica como institución en sí misma considerada.

La intransigente oposición que los absolutistas manifiestan a cualquier intento de cambio o de reforma, les llevará paulatinamente a establecer una constante alianza con la Iglesia Católica haciendo un frente común para preservar el régimen político y social de cualquier posible innovación. Los que, políticamente hablando, se esfuerzan en prolongar el régimen anterior, comprueban, instruidos por la experiencia, que el clero español, sea cualesquiera sus móviles van a estar animados de las mismas intenciones que ellos. Por eso no ven ningún inconveniente en conservarles privilegios importantes sobre todo en materia escolar (29).

Ni la Iglesia ni los conservadores desean un cambio profundo del régimen político y social, y ambos se hacen aliados con una misma finalidad, el mantenimiento del «status quo» rechazando las innovaciones y las ideas que van interiorizándose poco a poco en otras sociedades europeas. El intercambio de privilegios y prebendas constituirá el núcleo de esta alianza singular. La Iglesia se verá favorecida en su control sobre la enseñanza y como contrapartida ésta apoyará la pervivencia de un sistema político que garantice su posición hegemónica dentro del sistema educativo (30).

El proceso de secularización y modernización de las sociedades es una evolución que tiene lugar en Europa a partir del Renacimiento. El conflicto entre la sociedad medieval y la sociedad moderna, entre el reino de Dios como arquetipo político y la sociedad política secularizada, entre el absolutismo integrista y el liberalismo democrático, es propio de la cultura europea (31) y, por tanto, el problema religioso se planteará en toda la zona europea con una fuerte virulencia. Podemos, pues, pensar que en España la lucha por una vida política secularizada y por un liberalismo democrático tiene lugar hasta bien entrado el siglo XX a causa, entre otras razones, de esta alianza entre conservadores —o mantenedores de una situación que podríamos denominar premoderna— y los representantes de la Iglesia Católica española, impidiendo la consolidación de un Estado liberal que garantizara las libertades públicas y, por consiguiente, también la libertad religiosa.

La consolidación del Estado liberal en España necesitaba, junto a una reestructuración política que afectara a los cimientos de la organización estatal española, una secularización de la vida social que facilitara la introducción en la España del siglo XX de las ideas modernas que invadían el resto de Europa. Pero en nuestro país, política y religión han estado íntimamente relacionados desde que las fuerzas conservadoras y clericales hicieran causa común frente a los intentos progresistas y liberalizadores de la sociedad española. Esta alianza política se manifiesta fundamentalmente en el control hegemónico que la Iglesia, a través de las Ordenes y Congregaciones religiosas, ha ejercido sobre la enseñanza en España, favorecido tam-

bién por los gobiernos conservadores. A modo de síntesis podemos adelantar las siguientes consideraciones previas:

- i) En 1868 los centros de la Iglesia controlan el 80 % de los establecimientos educativos en España (32). Se puede afirmar, pues, que existía un monopolio de hecho sobre la enseñanza.
- ii) La consolidación del Estado liberal en nuestro país implicaba la asunción por éste de las esferas correspondientes al poder temporal y, por tanto, la competencia estatal sobre la enseñanza. Es decir, la intervención de un Estado liberal en la sociedad civil asumiendo competencias sobre la enseñanza venía motivada por la necesidad de privar de los poderes temporales a una institución —que debe su existencia a las creencias espirituales del ser humano— que era el principal obstáculo para la implantación de las estructuras liberales, y no a un embrionario Estado intervencionista (33).
- iii) La alianza política entre los conservadores españoles y el clero español va a desvirtuar el tema de la enseñanza debido a la necesidad de satisfacer las demandas de la Iglesia para controlar el sistema educativo español. Esta situación objetiva obligará, en algún momento histórico, a aquellos que encarnan el pensamiento progresista y liberal a prohibir el ejercicio de la enseñanza a las Ordenes religiosas. Estas importantes relaciones políticas van a configurar el contenido de conceptos jurídicos como la libertad de enseñanza y contribuirán a perfilar la idea del monopolio educativo del Estado.

La historia política española se verá envuelta a partir de 1868 en continuas luchas cuya causa, entre otras, proviene de la negativa por parte de esta institución religiosa a verse excluida del control de esferas que pertenecen al poder civil. Dentro de estas competencias temporales, la escuela será el objetivo preferido para ocupar espacios de poder político alegando para sus fines fundamentos extraídos de mandamientos sobrenaturales.

La enseñanza se plantea como problema político y religioso en la segunda mitad del siglo XIX y continúa hasta nuestros días como veremos al analizar la elaboración del texto constitucional de 1978. Efectivamente, la educación es un instrumento de socialización que puede ser utilizado por quienes ostentan el poder político con independencia de su carácter ideológico, pero nos interesa especialmente subrayar que es el liberalismo progresista el que, en 1868, introduce una libertad de enseñanza, complementada por una libertad de cultos y de creencias, sin las cuales la primera perdería la mayor parte de su contenido material. Esta precisión nos será muy útil a la hora de interpretar los derechos fundamentales que se han configurado en la Constitución española de 1978.

Dentro de esta atmósfera de secularización del poder y diferenciación de competencias, vamos a analizar muy brevemente el origen de la polémica que, aún hoy, se manifiesta entre el monopolio educa-

tivo del Estado y la libertad de enseñanza (34). Desde nuestro punto de vista, no es completamente exacto el planteamiento del problema en estos términos, ya que en un principio va a ser el Estado quien pretenda asumir sus competencias en la enseñanza frente a un monopolio de hecho ejercido por la Iglesia, y será precisamente ésta quien se niegue a perder el control de esta esfera política.

Por otra parte, la libertad de enseñanza nace con unas características y un contenido diferentes a los que hoy se le atribuyen. Como vamos a ver, la primera enemiga de la libertad de enseñanza va a ser la Iglesia Católica en aquellas coyunturas políticas en las que podía presionar y controlar los aparatos del Estado. También será su mayor defensora en aquellas otras circunstancias en las que se permite un pluralismo religioso y vea peligrar su posición hegemónica en el campo educativo.

Veamos, pues, cual es el origen de esta contraposición entre el monopolio educativo del Estado y la libertad de enseñanza.

3. EL ORIGEN DEL PROBLEMA DEL MONOPOLIO EDUCATIVO ESTATAL

El dato sociológico del que podemos partir para iniciar el estudio del monopolio estatal sobre la enseñanza es el hecho conocido y aceptado del control casi absoluto ejercido por las Congregaciones religiosas de carácter exclusivamente católico sobre la enseñanza en nuestro país. A esta enseñanza acudían los sectores más privilegiados de la sociedad española —dato que nos servirá más adelante para demostrar la preocupación de la Iglesia por las capas más débiles de la sociedad— creándose un nexo significativo entre estas fuerzas sociales españolas. Se puede decir que hasta la llegada de la Segunda República, la enseñanza en España va a estar dirigida hacia la formación de las élites de la sociedad española (35). La gran mayoría de españoles no tendrá acceso alguno a la educación o, si acaso, a la enseñanza primaria exclusivamente (36).

Como afirma YVONNE TURIN, en el siglo XIX la mayor parte de los españoles «después de pasar el estado de la lección de lectura se educa en los establecimientos privados, de los cuales, un 80 % dependen de las Congregaciones religiosas (37). Efectivamente, este dato sociológico es confirmado no sólo por Y. TURIN, sino por la mayor parte de los que han profundizado en estos temas, por lo que podemos hablar de un monopolio educativo de hecho ejercido por la Iglesia católica sobre la enseñanza secundaria y una gran parte de la primaria. ¿Qué ocurre en la España del siglo XIX cuando la secularización de la vida social va impregnando no sólo las estructuras políticas, sino también la mentalidad y el modo de vida de un sector considerable de españoles. El lento proceso de implantación del Estado liberal en nuestro país se verá condicionado por algunos factores muy significativos:

1. La consolidación del Estado liberal implicaba, en parte, la transformación de las estructuras políticas, pero también el establecimiento de un régimen de libertades públicas que respetara no sólo la propiedad privada como pilar fundamental del sistema, sino tam-

bién aquellas otras que —como la libertad religiosa— permitieran generalizar en nuestra sociedad el paulatino proceso de secularización que invadía la mayor parte de Europa.

2. La alianza entre los representantes del pensamiento conservador en España y la mayor parte del clero español, obligará al liberalismo progresista a luchar contra la enseñanza de la religión católica en las escuelas, precisamente por su oposición institucional a establecer un Estado en el que la tolerancia religiosa y la libertad de pensamiento —necesarias, por otra parte para la supervivencia del sistema— se consolidasen como valores esenciales.

3. No creemos exagerado afirmar que el origen de la polémica entre el monopolio educativo estatal frente a la libertad de enseñanza se remonta a la propia consolidación del Estado liberal, y a la desafortunada actuación de nuestras fuerzas conservadoras y de nuestros católicos integristas (ello no justifica, sin embargo, la actuación de los grupos radicales y progresistas en determinadas coyunturas políticas como durante la Segunda República —de la que hablaremos en su momento—) en relación con la implantación de las instituciones liberales.

La oposición de la Iglesia a la transformación no sólo de las estructuras políticas de la sociedad española del siglo XIX, sino a cualquier indicio de flexibilidad o disidencia religioso-moral, obliga a los liberales españoles a ir sustituyendo el monopolio eclesiástico en la enseñanza por una estructura estatal que asuma como competencia propia la organización del sistema educativo español. La modernización del país requiere necesariamente la eliminación del poder temporal que la Iglesia ejerce sobre la enseñanza (38).

La adaptación de España al pensamiento moderno europeo a través de la consolidación de las estructuras del Estado liberal implica irremediamente una secularización del propio Estado y de la propia sociedad española que permita, tanto la configuración liberal de los órganos estatales como la consagración de un régimen de libertades, destacando sobre todo la libertad de pensamiento y la libertad religiosa, porque son las que principalmente afectan al objeto de nuestro trabajo.

El problema de la enseñanza de la religión en las escuelas tiene, por consiguiente, su origen, en la negativa de la Iglesia Católica, tanto a una secularización global de la sociedad española como a la pérdida del control ejercido a lo largo de los siglos sobre la enseñanza, lo cual supondrá, en buena medida, la disminución de gran parte de su poder político. De ahí la identificación entre enseñanza y religión y la consideración de la religión como materia a impartir necesariamente por la escuela. Consideración que no compartimos y que, por otra parte, ha condicionado tanto la interpretación de términos jurídicos como el contenido de algunas libertades públicas (39).

La modernización de Europa que se inicia con el Renacimiento exige atribuir al Estado una serie de competencias que, de forma con-

suetudinaria, ejercían las Ordenes y Congregaciones religiosas en España. La organización de la enseñanza por el Estado ha significado una lucha constante hasta incluir entre sus competencias aquellas actividades que históricamente había desempeñado la Iglesia. Y ésta se negaba no sólo a perder el dominio que sobre la enseñanza ejercía, sino incluso a permitir que el Estado pudiera supervisar la acción de sus educadores (40).

Es importante, pues, insistir en la evolución —quizás este término no sea el más apropiado para definir la lucha permanente que ha mediatizado todo este difícil y duro proceso— que la enseñanza ha sufrido en nuestro país, desde su identificación absoluta con la religión católica, tanto por los encargados de impartir dicha educación como por el espíritu que impregna los contenidos de las materias a estudiar por los educandos, hasta llegar a una libertad de enseñanza que se reduce al derecho de los particulares a establecer y dirigir centros docentes. Es preciso, entonces, no perder de vista algunos de los datos ya analizados anteriormente:

1. La identificación entre enseñanza y religión, que a la larga desembocará en la habitual consideración de la religión como asignatura propia de los Planes de Estudio.

2. La constante alianza histórica entre el pensamiento conservador y el pensamiento católico; alianza que se transforma a medida que el Estado Liberal se va consolidando en nuestro país.

3. La firme oposición de la Iglesia Católica al establecimiento de un régimen liberal que garantizara como uno de sus postulados fundamentales, la libertad de cultos y la libertad religiosa.

Y es aquí donde podemos encontrar también el origen de la diferencia entre el monopolio educativo del Estado y una concepción, que nosotros podríamos calificar como estricta de la libertad de enseñanza. Los liberales necesitan apoderarse de los aparatos del Estado y organizar a través de ellos una precaria y deficiente enseñanza pública por dos razones fundamentalmente: 1. Para consolidar el propio Estado liberal, privando a la Iglesia de su ámbito de poder temporal y, 2. Para secularizar la enseñanza que es el ámbito de actuación utilizado preferentemente por la Iglesia para la divulgación de su doctrina.

Desde el momento en que los órganos del Estado empiezan a ser utilizados por los liberales para la organización del sistema educativo, surge la diferencia entre lo que se llamará el monopolio estatal, que será criticado por los católicos y conservadores —en un primer momento—, y la libertad de enseñanza que será la reivindicación defendida por éstos últimos, como libertad de los particulares para fundar centros docentes diferentes a los centros sostenidos por el Estado. Como analizaremos más adelante esta libertad de enseñanza será reducida al derecho de las Congregaciones y centros de la Iglesia para establecer sus propios centros e impartir en ellos sus doctrinas.

Como ejemplo de esta afirmación, el Plan Pidal de 1845, que ha sido calificado como el primer intento de secularización de la ense-

ñanza en nuestro país garantizaba a los particulares la facultad de establecer centros privados, estando en posesión del título de licenciado o de doctor (41). Comienza, entonces, la batalla entre la Iglesia y el Estado por el dominio de la educación. La pretensión del Plan de 1845 era continuar la construcción del Estado liberal español secularizando la enseñanza en manos del Estado y permitiendo, al mismo tiempo, a los particulares la apertura de centros privados.

Sin embargo, la secularización de la enseñanza inaugurada por el Plan de 1845 puede ser objeto, en nuestra opinión, de algunas *consideraciones importantes*. Uniformizar y centralizar la enseñanza en manos del Estado no implica una secularización de la misma como lo demuestran los preceptos que regulaban la autorización que el gobierno podía conceder a los particulares para la creación de centros docentes. En concreto, los artículos 83 y 84 del Plan Pidal exigían, entre otros, los siguientes requisitos: presentar la fe de bautismo, poseer un certificado de moralidad y buena conducta expedido por el cura párroco y el alcalde de su domicilio y detallar el programa de enseñanza a efectos de reconocimiento (42).

El Estado español de 1845 se proponía controlar la enseñanza a través de autorizaciones especiales, o de la exigencia del grado de licenciado o doctor, a aquellos particulares que deseaban ejercer la enseñanza de forma privada. Y desde esta perspectiva si podemos hablar, entonces, de secularización de la enseñanza. El problema surge cuando, entre los requisitos para obtener la citada autorización el gobierno también exige la adhesión del particular en cuestión a los dogmas de la Iglesia católica. Y es que, desde esta perspectiva, el Plan de 1845 no pretendía secularizar la enseñanza, sino reservar las competencias que en esta materia le debían ser atribuidas a un Estado liberal como parecía querer ser el Estado español.

Por eso, la firma del Concordato de 1851 entre el Estado español y la Santa Sede «supone, con carácter legal, el derecho de la Iglesia a la inspección de la enseñanza tanto en los centros privados como en los públicos» (43). Así, cualquier clase de instrucción que se impartiera en cualquier centro de enseñanza debería ser conforme en todo a la doctrina de la religión católica, y «a este fin, no se pondrá impedimento alguno a los obispos y demás prelados diocesanos, encargados por su ministerio de velar sobre la pureza de la fe y de las *costumbres y sobre la educación religiosa de la juventud en el ejercicio de este cargo, aún en las escuelas públicas*» (44).

A partir de 1845, la legislación española consagra la facultad de los particulares para abrir centros de enseñanza, y el Estado se reserva la competencia para autorizar o denegar su apertura si no se respetan los requisitos más arriba señalados, entre ellos con carácter preeminente, la adhesión a los principios doctrinales católicos. Comienza, pues, la lucha, no por la libertad de enseñanza como pretenden reivindicar los sectores más integristas y conservadores de la sociedad, sino por el control de una enseñanza que ha de estar inspirada por una determinada doctrina con carácter exclusivo y excluyente. La preocupación de la Iglesia es evitar que se impartan ideas contrarias o di-

ferentes a las señaladas por ella, no admite la libertad de enseñanza ni tampoco la apertura de centros de enseñanza en los que pudieran divulgarse otras doctrinas diferentes a las suyas pues, aunque «proclamen la libertad de enseñanza, esta libertad será entendida unilateralmente, es decir, como libertad que permitirá evitar el monopolio estatal de la enseñanza y mantener, por tanto, las escuelas religiosas y confesionales. Pero, paradójicamente, este integrismo católico es manifiestamente contrario a la apertura de escuelas protestantes, considerando al Plan de 1845 como excesivamente tolerante con la libertad de pensamiento, en detrimento del dogma y la moral católicos» (45).

Este es, a nuestro entender, el origen de la disyuntiva entre monopolio estatal o libertad de enseñanza. La Iglesia no hubiera planteado el problema de la libertad de enseñanza, si todas las escuelas particulares hubieran respetado la ideología católica o bien el Estado se hubiera declarado en cualquier régimen político como un Estado confesional, sin permitir naturalmente la libertad de cultos y de creencias.

Por otra parte, la pugna histórica planteada entre liberales y conservadores alcanzará, sin ninguna duda, el tema de la enseñanza, no sólo por el tratamiento favorable que los conservadores conceden a la Iglesia en la legislación educativa, sino por el control partidista que de la docencia harán los moderados, prohibiendo la libertad de expresión en la cátedra cuando a su entender se propaguen a través de ella «doctrinas erróneas». Esta es la preocupación del Ministro de Fomento, Orovio, cuando en 1866 prohíbe a los profesores la pertenencia a los partidos políticos (46). Comienza la persecución de la libertad de expresión y el control de enseñanza por los diferentes gobiernos.

Vemos pues, como las circunstancias políticas y religiosas previas a la Revolución de 1868 nos llevan a establecer una serie de conclusiones antes de iniciar el estudio jurídico y constitucional de la libertad de enseñanza, bien como libertad de cátedra, o bien como derecho de los particulares a establecer centros docentes, aunque desde nuestra perspectiva, ambas posiciones son esencialmente complementarias.

La unidad religiosa, que condiciona tanto la vida pública como la vida privada de los españoles, se encuentra sumergida en una profunda crisis debido a la constante transformación de una sociedad que exige como uno de sus postulados fundamentales, el establecimiento de las libertades básicas del individuo. La negativa de la Iglesia católica a que en España se pudiera practicar cualquier otra religión que no fuese la católica, la obliga a adoptar una posición intransigente respecto a aquellos sectores de la sociedad española que luchan por establecer la libertad del pensamiento y de la ciencia. Esta actitud la conduce a aliarse con los grupos más conservadores y a centrar el objetivo de su lucha en el control sobre la enseñanza.

Desde otra perspectiva, la aparición del concepto de libertad de enseñanza en nuestro país adquiere algunos matices contradictorios.

Por una parte, surge como una clásica libertad individual del enseñante frente a cualquier clase de intromisión externa, ya sea religiosa o política, y sin embargo, se puede afirmar que, simultáneamente, toda la historia del siglo XIX español es la historia de un Estado que lucha por establecer unas estructuras liberales, reafirmando sus poderes frente a otros poderes y, al mismo tiempo —y esto es lo interesante del problema— reclama para él la intervención en la enseñanza (47). La razón no es otra que el deseo de suprimir el monopolio que las ordenes religiosas venían ejerciendo desde la Edad Media sobre la educación en nuestro país. Para los liberales españoles, la equiparación del Estado español con el resto de los países europeos sólo podía realizarse a través de una racionalización de la vida social, la modernización de sus estructuras y el reconocimiento de una serie de libertades fundamentales para el ciudadano. Para ello, el Estado debía asumir la organización y secularización de la enseñanza y la Iglesia, era su principal adversario. Por ello, no aparece nada claro —como se suele afirmar— que toda la historia de la enseñanza se reduzca a la pugna entre los principios de publicación y de libertad, o de estatalidad frente a libertad (48).

El problema de la libertad de enseñanza y la identificación histórica que se ha originado entre enseñanza y religión es, a nuestro juicio, un problema del poder residuario de carácter temporal en manos de la Iglesia. No es una cuestión meramente pedagógica o de escolarización de una población que no se destaca, precisamente, por su nivel de instrucción, sino que se trata de un problema político de estructuración de la sociedad civil en relación con los antiguos poderes temporales de la Iglesia. De ahí que junto al proceso de centralización y uniformidad educativa impuesto por el Estado liberal, del que son ejemplo los diferentes Planes y leyes sobre Instrucción pública, se haga aparecer como un principio opuesto a la libertad de enseñanza (49).

La definición del concepto de libertad de enseñanza desde una perspectiva jurídica, nos obliga, como hemos podido apreciar, a analizar las relaciones entre la Iglesia oficial y el Estado en nuestro país. Relaciones que van a tener un considerable peso político incluso hasta la elaboración del texto constitucional como veremos detenidamente en el capítulo 2.º Pero antes de profundizar en el estudio de la normativa vigente, es importante hacer un breve recorrido por la legislación española en materia educativa para precisar el contenido, tanto de la libertad de enseñanza, como de un embrionario derecho a la instrucción (50), sirviéndonos ya del marco político y religioso de referencia al que hemos aludido. ¿Cuándo podemos decir que la libertad de enseñanza aparece recogida —con esta específica expresión— en un texto normativo y qué significado o qué significados se le pueden atribuir como tal expresión?

Desde nuestro punto de vista, la libertad de enseñanza surge en 1868 como una conquista de la razón frente a la opresión o coacción exterior, sean éstas de carácter político o religioso, libertad que, como es obvio, se desarrolla fundamentalmente en el ámbito de la enseñan-

4. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA COMO CONCEPTO JURIDICO. PERSPECTIVA JURIDICA Y TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

za. Esta localización se deriva de la consagración simultánea en un texto constitucional, tanto de la libertad de cultos como del derecho de los particulares —amparándose en la libertad de pensamiento— a fundar centros de enseñanza. Pero antes de introducirnos en el análisis jurídico de los textos y Constituciones posteriores a 1868, queremos hacer una breve referencia a algunos textos normativos importantes para delimitar con exactitud —siempre que semejante propósito sea posible— el contenido de estas libertades fundamentales del individuo.

Indudablemente a lo largo de la historia escolar española se ha utilizado el término libertad de enseñanza para designar ideas diferentes y, en algunas ocasiones, contrapuestas. La educación puede ser interpretada como el servicio público prestado por el Estado, o bien como el derecho fundamental atribuido a la persona. Las tensiones políticas del siglo XIX español, tienden a superponer una perspectiva sobre la otra. Aunque se consolide originariamente como un derecho más dentro de las libertades públicas reconocidas por el constitucionalismo europeo, la consideración del interés público de la educación creará antagonismos apasionados, configurando un concepto equívoco de libertad de enseñanza que aún perdura en nuestros días (51).

La dicotomía entre la educación como libertad individual frente a la educación como servicio público, ha sido planteada como la manifestación en el terreno educativo del eterno desequilibrio entre libertad e igualdad, desequilibrio que en numerosas ocasiones trata de ser solucionado acudiendo a construcciones jurídicas como por ejemplo, en nuestro caso, pudiera ser la libertad de enseñanza. Y no se trata de negar la validez de una conquista histórica de la humanidad, sino de considerarla dentro de los contornos originarios que motivaron su nacimiento.

Actualmente el concepto «libertad de enseñanza» ha sido reducido por un amplio sector doctrinal al derecho de los ciudadanos a establecer y dirigir centros docentes, o bien, considerándolo desde otro punto de vista, al inalienable derecho que tienen los padres de elegir para sus hijos centros docentes diferentes a los sostenidos por el Estado (52). En ambos casos se trata de expresiones de la idea de libertad frente a una concepción de la igualdad concretada en la planificación estatal del sistema educativo con la finalidad de garantizar una educación a todos los ciudadanos con independencia de los medios económicos que se posean. O lo que, con otras palabras, puede ser definido como la estatalización de la enseñanza o el monopolio educativo del Estado frente a la escuela privada, establecida y sostenida por los particulares.

A nuestro modo de ver, el planteamiento del problema de la educación en nuestro país dentro de estos términos tiene su origen en el carácter religioso-político al que hacíamos referencia al comienzo de este capítulo. Es decir, nosotros no creemos que un sistema educativo organizado y sostenido por el Estado sea incompatible con los principios que inspiran la libertad de enseñanza, puesto que ésta en sus orígenes era definida como libertad del enseñante frente a cualquier clase de condicionamiento o presión exterior (53).

Por eso, tenemos especial interés en investigar el contenido originario, la razón de ser, de una libertad que a lo largo de nuestra historia y precisamente por estos factores de carácter político y religioso ha sido reducida y limitada a alguna de sus expresiones fundamentales.

4.1. El liberalismo y la libertad de enseñanza. 1812-1868

Los principios más puros del liberalismo español en materia educativa se recogen en el «Informe para proponer los medios de proceder al arreglo de los diversos ramos de instrucción pública» (54), redactado por el poeta Manuel José Quintana y convertido en norma legal en 1821. Dentro de la utopía que inspiran estos principios es interesante señalar cómo en este Informe, se hallan recogidos una serie de principios que han inspirado no sólo el pensamiento liberal español, sino incluso el ideario educativo de nuestros socialistas del siglo XIX (55).

El Informe del ilustrado Quintana considera como imprescindibles para el desarrollo de la Instrucción pública en España los siguientes principios: *igualdad, universalidad, uniformidad, publicación, gratuidad y libertad*. Para interpretar los principios de uniformidad, publicación y libertad es imprescindible integrar su contenido con la regulación jurídica que la Constitución de 1812 recoge respecto al tema de la Instrucción Pública. El Título IX del texto constitucional recoge en un solo capítulo una serie de artículos que nos hablan de algunos de estos principios. El artículo 366 decía lo siguiente: «En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles (56). El artículo 12 de la Constitución gaditana —«la religión de la nación española es y será perpetuamente la Católica, Apostólica y Romana, única verdadera»— es la muestra más genuina de la uniformidad religiosa que dominaba en la sociedad decimonónica española (57).

Junto al deseo de organizar una enseñanza pública (los liberales e ilustrados españoles sentían una profunda preocupación por que permitiera elevar el escaso grado de instrucción que poseía el pueblo español), el dato para nosotros más significativo es la expresa alusión a la enseñanza de la religión católica como manifestación jurídica de la uniformidad religiosa que invadía la vida y la sociedad española a principios del siglo XIX.

No parece probable que, ya en 1812, se planteara el problema de la libertad de enseñanza como tal concepto jurídico, ni que lo que nosotros hemos denominado secularización de la vida social plantease problemas de carácter político. Sin embargo, y dentro del mismo Título reservado a la Instrucción Pública, el artículo 371 garantizaba «la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes» (58).

La Constitución de 1812 consagra una libertad, en nuestra opinión, de las ideas políticas aunque se halle recogida dentro del Título

reservado a la instrucción pública. Las razones en las que nos basamos para llegar a tal afirmación nos la proporciona el mismo artículo 366 cuando establece que «se enseñará a los niños a leer, escribir, y contar, y el catecismo de la religión católica» considerando así que la libertad de expresión quedaba reducida a la divulgación de las ideas políticas, y en ningún caso, de otras ideas de carácter religioso no católico. A modo de síntesis, los principios liberales de 1812 en relación con la enseñanza se reducían por una parte a la libertad de expresión, limitada al terreno de las ideas políticas, y por otra, a la facultad de enseñar o aprender en las escuelas particulares con financiación privada (59).

Sin embargo, esta libertad de expresión de las opiniones políticas que nace en 1812 y, que en el ámbito de la enseñanza posibilita la creación de centros por los particulares, empieza a ponerse en entredicho cuando se rompe la unidad entre religión y libertad, cuando se entrevé la posibilidad de enseñar doctrinas religiosas que difieren de los dogmas establecidos por la Iglesia Católica.

¿Cuáles eran las ideas de los liberales respecto a los principios de uniformidad y publicación? Ambos principios, aunque desde diferentes perspectivas pretendían organizar la enseñanza en nuestro país de tal forma que el Estado pudiera intervenir (60) en la regulación de la oferta educativa para extender y democratizar el acceso a la misma de la mayor parte de la población española. Ya en 1812 el pensamiento liberal español heredaba de los ilustrados su preocupación por la regeneración de la educación invocando la intervención estatal para desarrollar aquellos principios como la publicación, uniformidad y gratuidad que podían solucionar los problemas que la enseñanza tenía planteados en España (61).

Aún sabiendo que se trata de una tarea penosa, y, quizás algo aburrida, no queremos desviarnos del estudio jurídico iniciado con el análisis del texto constitucional de 1812, por lo que consideramos imprescindible hacer alguna referencia a disposiciones normativas posteriores que inciden sustancialmente en el objeto central de este capítulo, es decir, el problema de la libertad de enseñanza como una constante lucha histórica por conseguir la secularización de la vida española, y más en concreto, a la separación entre religión católica y enseñanza. Los Planes de estudio que van a regular la caótica situación en que se encuentra la enseñanza en nuestro país, oscilarán según el ideario del grupo de turno en el poder, entre la obligatoriedad de la religión católica o un incipiente reconocimiento de la libertad de cultos (62).

Hasta 1868 se suceden una serie de Planes educativos en los que se nos aparecen ya las dos corrientes del liberalismo español, el moderado y el progresista. La educación, desprovista de su carácter democrático revolucionario, será concebida como instrumento de poder y, contradiciendo la ideología liberal de sus orígenes, deberá adoctrinar de acuerdo con los fines del poder, relegando al olvido la noble tarea de la formación libre del espíritu (63).

La ideología liberal originaria fundamentaba sus doctrinas en las ideas recogidas por Quintana de Condorcet, el cual asumía como presupuesto ineludible para el desarrollo libre de la enseñanza, una libertad de expresión y de pensamiento dentro de la enseñanza pública. Por esta razón, no es admisible la identificación entre libertad de enseñanza y derecho a fundar centros docentes de carácter privado que es la tradición recogida por la mayor parte de la doctrina, así como por la mayor parte de nuestras Constituciones históricas, porque hasta que no se producen las llamadas «cuestiones universitarias», el Estado no siente la necesidad de encuadrar bajo la rúbrica de la libertad de enseñanza a los docentes de los centros públicos porque podría valer para ellos la genérica libertad de expresión que no hará quiebra hasta que por su desconocimiento por el Estado haya ineludible necesidad de proceder a una declaración formal (64).

Uno de los criterios que, curiosamente, van a diferenciar a los moderados frente al liberalismo progresista —que identifica la libertad de enseñanza con la libertad de pensamiento frente a todo intento de monopolio ideológico por parte del Estado— será la paulatina estatificación de la enseñanza como instrumento ideológico de adoctrinamiento desde el poder público. No obstante, esta tendencia se verá matizada por una política de acercamiento a la Iglesia que posteriormente se concretará en una concesión de privilegios educativos en detrimento, precisamente de una de las vertientes ineludibles de la libertad de enseñanza: la libertad de cátedra (65).

¿Qué sentido tiene declarar la libertad de enseñanza cuando el 80 % de los centros docentes están en manos de la Iglesia y el Estado español se declara confesional? La consagración del derecho a establecer centros docentes recogida por primera vez por la Constitución de 1869 se produce después de la primera cuestión universitaria y cuando, al menos, ya se permite una relativa tolerancia religiosa (66).

La libertad de enseñanza aparece en nuestra historia política como el derecho de los particulares a fundar escuelas privadas cuando el incipiente Estado liberal español decide organizar la enseñanza pública. La utilización de estos aparatos estatales por los moderados y el pacto con la Iglesia son los antecedentes de las cuestiones universitarias y, por consiguiente, del planteamiento de la libertad de enseñanza en sus justos términos: la libertad del enseñante de transmitir sus pensamientos, o, con otras palabras, la libertad de cátedra.

Toda la lucha del siglo XIX se centra en el esfuerzo de los particulares —que sólo podían ser las Ordenes y Congregaciones religiosas (con algunas excepciones) (67)— en evitar la inspección y el control del Estado sobre la enseñanza impartida en los centros no estatales. Esta será la actitud de nuestro liberalismo moderado, el pacto continuo con la Iglesia y el uso de la educación como instrumento de control político. Tal situación empieza en el momento en el que el Estado liberal asume como competencia propia la enseñanza, como son claros ejemplos la Ley Moyano y el Concordato de 1851. El Plan Pidal de 1845 y la Ley Moyano de 1857 —precedida por el Proyecto de Ley de Alonso Martínez de 1855— serán los pilares normativos en los que se apoya el sistema educativo español hasta la Ley General de 1970.

Como ya señalábamos, el Plan Pidal de 1845 establecía una serie de requisitos que permitían al Estado controlar la apertura de centros privados, lo que se ha calificado como secularización de la enseñanza, pero que en nuestra opinión, no es más que una estatización de la misma, es decir, la atribución al Estado de la organización de la enseñanza. Y esta opinión se basa sustancialmente en las siguientes razones ya mencionadas: 1. la autorización especial para abrir un centro privado exigía entre otros requisitos, el de presentar la fe de bautismo, poseer un certificado de moralidad y buena conducta expedido por el alcalde y el cura párroco del domicilio y, 2. La firma del Concordato de 1851 que reserva a la Iglesia la inspección de la enseñanza tanto en los centros públicos como en los privados.

El Plan Pidal de 1845, cuyo autor fue, por otra parte, Gil de Zárate, trató de reglamentar todos los aspectos posibles para que nada pudiera escapar al control estatal, no sólo en la enseñanza universitaria, sino respecto a la enseñanza secundaria y primaria, las cuales si no eran del Estado, quedaban sujetas a un severísimo control. En opinión de A. ALVAREZ DE MORALES, la Iglesia no opuso ninguna resistencia en este momento a este trascendente proceso centralizador, pero luego, años después, empieza a recuperar el terreno perdido ya de forma irreparable; ésto se explica por la honda decadencia intelectual en que se encontraba la Iglesia española entonces (68).

La identificación entre enseñanza privada y libertad de enseñanza nos parece pues, de cualquier manera, insostenible. Efectivamente, nos encontramos ante una coyuntura política en la que, junto a la precaria y miserable enseñanza estatal (69), se permite una enseñanza privada de carácter católico y, precisamente en estas coyunturas la Iglesia no ha reivindicado la libertad de enseñanza, sino su derecho a inspeccionar tanto la enseñanza pública como la privada.

Doce años más tarde, vigente ya la Constitución de 1845, la Ley defendida por Claudio Moyano, en 1857, favorecía aún más el control de la Iglesia sobre la enseñanza privada cuando en el artículo 153 exoneraba del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Gobierno para autorizar la apertura de centros de enseñanza: «podrá el gobierno conceder autorización para abrir escuelas y colegios de primera y segunda enseñanza a los institutos religiosos de ambos sexos legalmente establecidos en España, cuyo objeto sea la enseñanza pública, dispensando a sus jefes y profesores del título y fianza que exige el artículo 150» (70).

Si relacionamos la normativa escolar con la Constitución vigente de 1845 se puede obtener un esquema jurídico bastante claro de cuál era la situación previa a la revolución de 1868. Por una parte la Constitución señalaba en su artículo 11 que «la religión de la nación española es la Católica Apostólica y Romana» y que «el Estado se obliga a mantener el culto y sus Ministros», y por otra, el artículo 2.º consagraba la libertad de imprenta con sujeción a las leyes (71). La situación era, pues, la siguiente: una enseñanza privada en manos de la Iglesia que a su vez inspeccionaba la adaptación de la enseñanza pública a las doctrinas de la Iglesia, por lo que, según algunas teorías,

existía de hecho la libertad de enseñanza, ya que junto a la enseñanza estatal coexistía la privada, aunque en ambas se impartía con carácter exclusivo la religión católica, puesto que tanto la normativa constitucional (artículo 2.º), como la legislación ordinaria y el Concordato de 1851 canalizaban la libertad de expresión a la manifestación de la citada doctrina católica (72).

Los originarios principios liberales de la libertad de la ciencia y del libre pensamiento quedaban en papel mojado cuando los moderados en sus continuos intercambios de favores con la Iglesia, permitían que ésta controlara cualquier desviación de los maestros hacia la divulgación de doctrinas erróneas (73).

Los precedentes inmediatos a la revolución de 1868 van dirigidos a dictar Ordenes y Decretos encaminados a «asegurar la mayor ortodoxia religiosa y política» (74). Es el auge del Krausismo y el repliegue de sus representantes en la Universidad hacia la enseñanza privada. Nace así la Institución Libre de Enseñanza y simultáneamente la preocupación de la Iglesia por una libertad de enseñanza sin límite alguno.

La Ley Orovio de 1868 refuerza aún más la intervención de clérigos y religiosos en la enseñanza, controlando incluso la ideología de profesores y maestros. No es de extrañar, pues, que una de las primeras medidas del Gobierno Provisional de la Revolución sea decretar la tercera desamortización del siglo «quedando extinguidos desde esta fecha todos los monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de ambos sexos fundados en la península e islas adyacentes desde el 29 de julio de 1837 hasta el día» (75). Las relaciones entre la Iglesia y el Estado adquieren una gran tensión sobre todo con motivo de la aprobación del artículo 21 de la Constitución que proclamaba la libertad de cultos, obligándose, no obstante el Estado a mantener el culto y los ministros de la religión católica» (76). Si —remota posibilidad— algunos españoles practicasen un culto religioso diferente, también les sería aplicable el mismo régimen jurídico (77).

Por primera vez en un texto constitucional español aparece consagrada la libertad de cultos y su ejercicio público o privado es garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho.

No deja de ser interesante la casi presunción jurídica de que en España la práctica de algún otro culto religioso que no sea el católico, será realizada por extranjeros. En cualquier caso, será a partir de la aprobación de este texto constitucional cuando la Iglesia va a demostrar una actitud decididamente hostil hacia la regulación jurídica, negándose el clero español a acatar la Constitución y cuando, perdido definitivamente su dominio en la Universidad, se refugiará y fortalecerá en la enseñanza secundaria (78). Las tensiones entre la Iglesia y el Estado afectan directamente a la enseñanza de forma que una de las primeras medidas del Gobierno Provisional va a ser la firma de un Decreto de 21 de octubre 1868 —ya citado anteriormente— que deroga la vigente Ley Orovio.

4.2. La revolución de 1868 y la libertad de enseñanza

Este decreto, junto con el Manifiesto del Gobierno Provisional del 25 de octubre de 1868, constituyen el esqueleto ideológico del pensamiento progresista respecto a la libertad de enseñanza, resultado del espíritu de tolerancia y permisividad que inspira este movimiento revolucionario y que dará lugar al primer texto constitucional que recoge una exhaustiva declaración de derechos humanos.

La Constitución de 1869 consagra el derecho de los españoles a fundar centros docentes, pero con unas connotaciones radicalmente diferentes a las reconocidas en legislaciones anteriores. La enseñanza privada ya existía, luchaba por evitar la inspección estatal y mantener un rígido control ideológico-católico, luego estas libertades que se proclaman en 1868 tienen un contenido y una finalidad muy concreta que, no sólo la Constitución consagra, sino que los Decretos promulgados por el Gobierno Provisional definen en su esencia: la separación de Iglesia Estado y la libertad de la ciencia, porque «de la libertad de la ciencia se pasa a la libertad de la cátedra, que es, hablando propiamente, la libertad de enseñanza» (79).

La problemática de los docentes de los centros privados es, en este momento que narramos, absolutamente inimaginada tanto desde un punto de vista fáctico como jurídico. De hecho, porque en escasa medida podrían darse conflictos entre profesores de centros privados y sus titulares, puesto que el predominio de la Iglesia en estos centros y el carácter exclusivamente religioso-católico de sus miembros hace poco pensables los conflictos que, en última instancia se solventarán de forma privada. Jurídicamente, además, porque la extensión de los derechos constitucionales, —como sería la libertad de expresión— a las relaciones entre particulares es un hecho, que aún hoy en día, se admite con reservas (80).

Por ello, esta libertad de enseñanza, que, a nuestro juicio, nace en 1868 como proyección de la libertad de pensamiento tiene como finalidad reconocer una amplia libertad de expresión de las ideas, no sólo a través de la enseñanza pública, sino también a través de la enseñanza privada (81). Sin embargo, ya desde un principio la actitud del Gobierno Provisional se muestra contradictoria en esta declaración de intenciones cuando procede a la disolución de las órdenes y conventos religiosos. La causa no es otra que la firme oposición de la Iglesia a aquellas innovaciones que pudieran implicar la pérdida de su posición hegemónica como religión de Estado y como institución dominante en el campo de la enseñanza.

La concreción jurídica de estos principios se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 5 del Decreto del 21 de octubre cuando señala: «la enseñanza es libre en todos sus grados y cualquiera que sea su clase». Y el artículo 6 completaba esta posibilidad, «todos los españoles quedan autorizados para fundar establecimientos de enseñanza». La integración de estos preceptos pone de manifiesto la necesaria complementariedad que ha de existir entre la libertad de enseñanza como expresión del pensamiento humano y la posibilidad de fundar establecimientos docentes a través de los cuales extender estos pensamientos.

La concepción progresista de la enseñanza implica pues, no sólo la posibilidad de impartir conocimientos tanto en establecimientos públicos como en centros privados sino, —y ésto es lo que básicamente la define—, la ausencia de monopolios y el abandono de verdades evidentes establecidas por las instituciones que tradicionalmente han podido hacer uso de sus tribunas para divulgar sus doctrinas. La libertad de enseñanza es esencialmente el derecho individual de transmitir conocimientos propiamente aplicable sólo a quien los dispensa, siendo el centro el medio auxiliar del que dispone la persona para enseñar (82).

Estas son las características que, también desde nuestro punto de vista, definen el contenido de esta libertad, y que el propio Decreto del 21 de octubre de 1868 no olvida regular en sus artículos 16 y 17 —artículos que posteriormente serán derogados por los conservadores católicos integristas, con el marqués de Orovio a la cabeza— cuando establece que «los profesores podrán señalar el libro de texto que se halle en armonía con sus doctrinas y adoptar el método de enseñanza que crean más conveniente. El artículo 17 completaba el contenido de la libertad de enseñanza «exonerando al profesorado de la necesidad de presentar al Gobierno el programa de la asignatura», y garantizándole así la libertad de cátedra incluso en la enseñanza privada (83).

La Constitución de 1869 inaugura un régimen en el que se garantiza jurídicamente la libertad de enseñanza (tanto la libertad de expresión (art. 17) como la libertad de cultos (art. 21) y el derecho de los españoles a fundar centros docentes (art. 24) están recogidos en el texto). Sin olvidar, no obstante, la vigencia del Concordato de 1851 que establece el control ideológico de la Iglesia respecto a la enseñanza tanto pública como privada. Pero, a nuestro juicio, la aportación más valiosa de la Revolución Gloriosa fue la delimitación en sus justos términos de la idea de libertad de enseñanza.

Históricamente aparece la libertad de cátedra como un concepto diferente a la libertad de enseñanza, cuya manifestación más evidente sería el derecho de los particulares frente al Estado para fundar centros de enseñanza. Y efectivamente así lo recogen los textos jurídicos. Sin embargo, la libertad de enseñanza se muestra como una conquista humana mucho más amplia que la mera posibilidad de fundar un centro docente donde no se admite la libertad de pensamiento o que la existencia de una organización jurídica en la que no se permite establecer otros centros privados excepto aquellos que están inspirados por la doctrina católica. El derecho a establecer centros docentes está recogido en textos anteriores en el tiempo a la libertad de cátedra como tal concepto jurídico, pero no porque aquella sea la expresión genuina de la libertad de enseñanza, sino porque el Estado no tiene necesidad de garantizar una libertad específica a sus docentes, le basta con la genérica libertad de expresión, mientras que los únicos centros privados que existen, las Ordenes religiosas, resuelven sus problemas de forma interna sin que quepa hablar de libertad de expresión o de libertad de enseñanza dentro de ellos. Sólo cuando desde el propio Estado se viola la libertad de expresión se empieza

a hablar del contenido de la libertad de cátedra como libertad del enseñante, y sólo cuando aparecen nuevos intentos de enseñanza privada —precisamente por la violación desde el Estado de la libertad de expresión— como la Institución Libre de Enseñanza, con una ideología radicalmente contraria a la católica (en cuanto libertad del pensamiento y separación entre razón y fe) es cuando se empieza a hablar de libertad de enseñanza a través de la enseñanza privada. El instrumento jurídico que permite la libertad de enseñanza dentro de los centros estatales será la libertad de cátedra. El cauce para realizar la libertad de enseñanza dentro de los centros privados será la libertad para fundarlos y establecerlos con independencia del Estado y con la garantía de una genérica libertad de expresión. No exclusivamente escuelas privadas de carácter católico.

Con la estatalización de la Universidad se entierra definitivamente la Universidad tradicional rutinaria y escolástica y se pone en manos del Estado un gran instrumento de cultura que podía abrir nuevos cauces para la modernización del país. Pero sucedió todo lo contrario: la centralización educativa en manos de los Gobiernos conservadores limita las fronteras de la enseñanza y tiraniza nuevamente a la ciencia. El triste suceso de la noche de San Daniel que terminó con la separación de catedráticos progresistas como Sanz del Río o Castelar, demostraron palpablemente lo contrario. La universidad dejada a su arbitrio podía ser un peligro si no se la sometía a un severo control ideológico, de ahí el esfuerzo de los conservadores por vigilar de cerca todos sus movimientos (84).

El proyecto de Constitución federal de 1873 manifestaba con una elocuente evidencia la profunda relación entre la libertad de enseñanza y la libertad de cultos. En su artículo 2.º se reconocía el derecho al libre ejercicio del pensamiento y a la libre expresión de la conciencia para, inmediatamente después el artículo 3.º, consagrar el derecho a la difusión de las ideas por medio de la enseñanza (85).

También durante el proceso de elaboración de la Constitución de 1876 se vuelve a poner de manifiesto claramente la íntima relación entre libertad religiosa y libertad de enseñanza, ya que en los debates constitucionales la discusión se centra fundamentalmente en la redacción del artículo 11 referente a la libertad de cultos. El artículo 12 sobre la libertad de enseñanza se considera corolario del anterior (86). No se trata, pues, de reconocer un derecho a los ciudadanos a fundar establecimientos de enseñanza, no es ese el problema real, sino de controlar que las escuelas que pudieran establecerse en España obedecieran sólo y exclusivamente a la doctrina de la Iglesia. Por eso la libertad de enseñanza es interpretada como el derecho de la Iglesia a fundar sus propios centros, a controlar la enseñanza estatal para evitar desviacionismos, y a instalar solo centros de ideología católica. Por eso, la Iglesia se opondrá en un primer momento al reconocimiento de una libertad de enseñanza sin límite alguno, para, posteriormente, ser su más ardiente defensora.

4.3. La libertad de cultos y la libertad de enseñanza. El período que va desde la Restauración a la Segunda República

Tal y como señalábamos al principio de este capítulo, el problema de la libertad de enseñanza en nuestra historia política aparece a nuestro juicio, necesariamente asociado con la lucha por establecer la libertad de cultos y la libertad religiosa.

El artículo 11 de la Constitución de 1876 declaraba la confesionalidad del Estado español pero al mismo tiempo afirmaba la tolerancia de cultos sin perjuicio de privilegiar al culto católico. Toda la polémica posterior sobre la libertad de enseñanza derivará, en gran medida, de la ambigüedad de este artículo 11 «pues mientras para el sector más intransigente de la derecha católica la consecuencia obligada era el control ideológico, para la izquierda liberal, la tolerancia religiosa implicaba necesariamente la libertad de cátedra en los centros públicos y privados cualquiera que fuese el nivel educativo de los mismos (87).

Tanto en la Constitución de 1869 como en la de 1876 junto al derecho a fundar centros docentes aparece recogida la libertad de cultos, generalizada en la primera, y de forma tolerada en la segunda, si bien, en la Restauración la Iglesia consigue pactar con Cánovas del Castillo para seguir gozando del privilegio del control ideológico sobre la enseñanza (88).

Podemos afirmar, pues, que en España el derecho a fundar centros docentes no se reconoce hasta 1868, no porque no existiese esta posibilidad (porque de hecho más de la mitad de la enseñanza en nuestro país estaba en manos privadas), sino porque *la innovación de establecer un centro educativo en el que se impartiera una doctrina diferente al catolicismo no se recoge hasta 1868, año en que por primera vez en nuestra historia se permite una libertad de cultos*. Por eso se puede decir que en 1868 los españoles estrenan libertad de enseñanza en un doble sentido: como derecho a fundar un centro privado, posibilidad que ya existía (en el sentido de centros no estatales) y, por otro lado, como *libertad de expresión de ideas políticas y religiosas tanto en los centros públicos como en los privados*.

Así, una de las primeras medidas del Marqués de Orovio, de nuevo Ministro de Fomento con Cánovas del Castillo, fue promulgar un Decreto de 26 de febrero de 1875 por el que se derogaban los artículos 16 y 17 del Decreto de 21 de octubre de 1868, mediante los cuales, el Gobierno Provisional surgido de la Revolución Gloriosa había establecido la enseñanza libre (89). De nuevo volvemos a la Ley Moyano y a la inspección de la Iglesia sobre el contenido de la enseñanza.

La Constitución de 1876 es fruto del pacto entre la Iglesia y los conservadores españoles dirigidos por Cánovas del Castillo, porque éstos desean ante todo mantener el orden social, y la Iglesia Católica representa la primera y principal fuerza política para lograrlo (90).

Sin embargo, la introducción de la libertad religiosa, como conquista propia del pensamiento liberal español, impedirá a partir de estos momentos el absoluto predominio de la Iglesia sobre la enseñanza; tal y como señala YVONNE TURIN, «La adopción en 1868 y después, en 1876, el mantenimiento de la libertad de enseñanza entre las leyes

constitucionales de la nueva democracia española habían trastornado la naturaleza de las relaciones que, hasta esa época, ligaron la escuela y la Iglesia en España. Oficialmente el derecho de control ejercido por la Iglesia sobre la escuela tocaba a su fin. La libertad de enseñanza se había utilizado con la mayor frecuencia, y sin rebozo en 1869, como un arma de combate contra la influencia eclesiástica. No se trataba sin embargo, de sacar consecuencias extremas y de negar la necesidad de todo control y de una organización general de la instrucción en España. *Sólo consideraba que, por razones históricas, la Iglesia había asumido, hasta entonces, una función del Estado; el Estado democrático debía, en adelante, volver a tomar a su cargo la enseñanza de la Nación* (91).

Como síntesis del problema de la educación en España, se plantea en la segunda mitad del siglo XIX, la necesidad de una redefinición de competencias entre la Iglesia y el Estado. Si por una serie de fundamentadas razones históricas, la Iglesia española había asumido importantes competencias en materia educativa, ahora, cuando el Estado español de 1869 se dispone a organizar los cimientos de la futura sociedad española es cuando la Iglesia se va a ver obligada a cambiar de actitud respecto a la libertad de enseñanza. De un hostil y casi absoluto rechazo en 1869 pasará a su más enérgica defensa a comienzos del siglo XX (92).

La comprensión de diferentes categorías jurídicas ha de hacerse atendiendo al diferente proceso político e ideológico que les sirve de fundamento, por lo que conceptos como libertad de enseñanza o libertad de cátedra van a ser asimilados por las diferentes Constituciones o los diversos textos legislativos según la correlación de fuerzas políticas y la diferente capacidad de maniobra de los grupos en el poder. Es decir, en este fundamental momento histórico en que el Estado español pretende consolidar los cimientos de una organización política de carácter liberal, aquellas instituciones que con carácter hegemónico han dominado la enseñanza, se van a convertir en las abanderadas de una libertad de enseñanza que les permita al menos ejercer la enseñanza en centros privados. Al mismo tiempo, la elaboración del contenido de la libertad de cátedra se va a forjar durante este período histórico, cuando a partir de la primera cuestión universitaria en 1866 se intente controlar la libertad de expresión del docente desde la propia organización estatal.

La ausencia de una estructura estatal de carácter educativo, los errores cometidos por aquéllos que en determinadas coyunturas políticas encarnaban el pensamiento más progresista, las expresas prohibiciones de ejercer la enseñanza a las Ordenes religiosas, las continuas violaciones de la libertad de expresión de los docentes, universitarios generalmente, son, entre otras, algunas de las causas que irán perfilando la definitiva elaboración de dos libertades perfectamente diferenciadas: la libertad de enseñanza y la libertad de cátedra.

Cuando, en 1875, el Marqués de Orovia anula los preceptos que permitían la enseñanza libre prohibiendo la expresión de ideas políticas y religiosas es cuando, jurídicamente, nace la necesidad de regu-

lar la libertad de expresión del profesor en los centros públicos universitarios. Empieza, entonces, la lucha por la libertad de cátedra.

La concepción de la libertad de enseñanza propia del integrismo católico se resume en la Circular de Orovio de 26 de febrero de 1875 en las siguientes características: 1) Afirmación de la confesionalidad del Estado y, por consiguiente, exclusión de la tolerancia religiosa y de la libertad de cátedra. 2) Afirmación del principio monárquico con exclusión de cualquier otra concepción política que, pacíficamente, pudiera ser defendida. 3) Identificación del orden religioso con el orden político, en contra de todo proceso de secularización de la sociedad (93). El Decreto del marqués de Orovio aparecía, pues, como una medida política destinada a controlar el peligro liberal procedente de la Universidad. La consecuencia más grave de estas intromisiones políticas fue la esterilización por largo tiempo de la enseñanza oficial y la aparición de interesantes proyectos educativos de carácter privado (94).

Del repliegue de los docentes universitarios hacia la enseñanza privada nace la Institución Libre de Enseñanza. La libertad de cátedra adquiere su perfil definitivo como libertad individual del docente universitario. El enriquecimiento que supuso para la enseñanza privada la formación de la Institución Libre de Enseñanza tuvo sus repercusiones jurídicas en un doble sentido: 1) dentro de la enseñanza oficial se siente la necesidad de elaborar un nuevo concepto jurídico que sirva de cauce a la libertad de expresión del docente estatal, esto es, la libertad de cátedra; y en segundo lugar, el concepto de libertad de enseñanza puede entenderse comprendiendo tanto a la iniciativa privada como a la libertad de expresión de los fundadores de centros privados en relación con el rígido control ideológico hasta entonces existente. Es el momento en que la Iglesia, perdido el control absoluto sobre la enseñanza acude a fundamentos como por ejemplo, la imposibilidad de propagar de igual forma el error y la verdad para establecer límites a la libertad de enseñanza, cuando se trate de centros no católicos o librepensantes.

En este sentido, resulta enormemente significativa la definición que la Iglesia ofrece de la libertad de enseñanza, dejándola reducida a la ausencia de cualquier clase de control del Estado sobre la enseñanza privada. La Iglesia niega al Estado su competencia para expedir títulos y colacionar grados académicos pero, sin embargo, su «derecho natural» a enseñar le permite ejercer un control ideológico sobre todos los centros docentes, ya sean públicos o privados. Por ello, un Decreto de 29 de septiembre de 1874 por el que se creaba la enseñanza «incorporada» en España, y establecía la visita de los inspectores públicos a los centros privados, no consiguió los efectos pretendidos sustrayéndose posteriormente la enseñanza privada-católica a cualquier clase de inspección estatal (95).

El período que va desde la Restauración hasta la Constitución de la Segunda República Española, se nos presenta como una etapa de clarificación de posiciones y al mismo tiempo, de radicalización de las mismas. Desde el Proyecto del Conde de Toreno en el que en su Base

novena se dejaba entrever la relativa tolerancia religiosa que había permitido la Constitución de 1876 hasta la Constitución de 1931 en la que se consagra por primera vez la *libertad de cátedra* y, paradójicamente (si se efectúa una lectura de la misma aislada de los antecedentes políticos aquí analizados), se prohíbe la enseñanza a las órdenes religiosas, la política educativa en España oscilará en su contenido según la ideología conservadora o liberal en el poder.

Los puntos más conflictivos y más interesantes van a ser los siguientes:

1. La consideración de la libertad de enseñanza por los integristas católicos como ausencia de monopolio estatal, la limitación al máximo de las medidas de inspección estatal y, lo que es más importante, el mantenimiento del control eclesiástico sobre los centros privados, obstaculizando en la medida que el artículo 11 del texto constitucional lo permitiera, la tolerancia religiosa en los centros públicos.

2. La diferenciación interesada que se establece entre libertad de la ciencia y la libertad de cátedra para restringir esta última apoyándose en la conciencia del individuo y en las reglas de moral y buena conducta.

3. La defensa de los derechos del Estado en la enseñanza asumida por los liberales ante la enérgica ofensiva ideológica planteada por la Iglesia. Los liberales serán los defensores de la libertad de cátedra, de la libertad de la ciencia, concretadas en la Circular de Albareda de 1881, como instrumentos normativos que garanticen la libertad de expresión en la enseñanza, aún cuando ésta sea competencia del Estado. Por otro lado, la actitud antiliberal de la Iglesia obligará al pensamiento liberal español a reivindicar el laicismo como sistema ideológico neutro frente a una enseñanza impregnada de ideología dogmática y conservadora (96).

La Circular que el 3 de marzo de 1881 dirige Albareda (Ministro de Fomento) a los rectores de Universidades para que favorezcan la investigación científica sin oponer obstáculos «bajo ningún concepto» (97) ha sido considerada, desde una perspectiva tanto histórica como jurídica, como la primera manifestación del concepto de libertad de cátedra (98). Sin embargo, a nuestro juicio, no es más que el reconocimiento de la libertad de enseñanza que se hace visible por primera vez en la Universidad. El poder público necesita controlar a los catedráticos de Universidades. Los centros no universitarios pertenecerán a la Iglesia.

La aparición de la libertad de cátedra como derecho atribuido al enseñante con carácter individual, precisamente en el período comprendido entre la Restauración y la Segunda República, se debe principalmente a la violación de la libertad de expresión del docente singular por el propio Estado y a la necesidad de recoger en un instrumento normativo el derecho de los profesores públicos a impartir la docencia sin ningún tipo de presión o condicionamiento exterior. Hasta

este momento, no se había sentido la necesidad de regular jurídicamente esta facultad del profesor estatal, y por otro lado, con la expresión libertad de enseñanza se pretendía significar (a partir de la revolución de 1868) la capacidad del individuo de enseñar y transmitir sus conocimientos de forma libre. Por consiguiente, y en base a estas consideraciones, libertad de enseñanza y libertad de cátedra coinciden en su contenido esencial, al menos en sus orígenes históricos, y esta transmisión del pensamiento —ya sea secular o religioso— se puede canalizar bien a través de la enseñanza privada con la garantía del derecho a establecer centros docentes (Constituciones de 1868 y 1876), bien a través de la enseñanza pública con el apoyo normativo de la libertad de cátedra (Constitución de 1931).

La consolidación de las estructuras políticas forjadas por los conservadores durante el siglo XIX (99) condiciona el contenido de los Planes Educativos y permite la influencia de la enseñanza católica en nuestras escuelas. La tolerancia religiosa inaugurada por la Revolución Gloriosa en 1868 no será asimilada por la sociedad española hasta el establecimiento del sistema democrático de 1978, con la excepción de la brevísima y arriesgada experiencia que la Segunda República proporciona.

La solución constitucional que ofrece la República de 1931 al problema de la educación en España adolece de algunas deficiencias, pero también destaca por algunas consideraciones muy significativas. Ya los Decretos promulgados por el Gobierno Provisional vuelven a plantear el peligroso tema de la enseñanza de la religión en las escuelas. El Preámbulo del Decreto de 6 de mayo de 1931, justificaba la supresión de la enseñanza de la religión, porque «la libertad religiosa y el respeto a la conciencia del maestro y del alumno son valores consagrados ya en las democracias europeas» (100).

Esta actitud de tolerancia religiosa y de respeto hacia la dignidad tanto del alumno como del profesor contrasta escandalosamente con la actuación de las fuerzas eclesiales y de derechas en los momentos previos a la elaboración del texto constitucional. La pastoral colectiva emitida por el Episcopado español el 25 de julio de 1931, preludivando los acontecimientos que ya se avecinaban, rechaza como ilícitas, la libertad de pensar, de enseñar, de escribir, y la libertad de cultos porque estas facultades «no son un derecho concedido al hombre por naturaleza» (101).

Por su parte, el Cardenal Pacelli (secretario de Estado del Vaticano y futuro Pío XII) daba instrucciones secretas, el 29 de abril, las cuales eran reproducidas por el Obispo Segura en circular «confidencial y reservadísima» del 4 de mayo. Se trataba de apoyar candidatos a Cortes «que defendiesen los derechos de la Iglesia y del orden social». Había que apoyar a «la coalición denominada Acción Nacional». ¿Qué era Acción Nacional? En esta respuesta se mezcla la historia eclesiástica y la social de tal modo que es difícil distinguir dónde acaban los intereses de la Iglesia y donde empiezan los de las clases poseedoras, si es que se pueden distinguir (102).

La hostilidad claramente manifiesta de la Iglesia Católica hacia las fuerzas republicano-socialistas que, de alguna forma, aunque en algunos puntos conflictivos y con la perspectiva que nos proporciona la historia se equivocaran radicalmente, representaban la modernización de las estructuras estatales, se manifiesta no sólo en su actitud de enfrentamiento y no respeto por la legalidad vigente —como veremos cuando se apruebe la Constitución— sino incluso en las relaciones con el Vaticano, cuando el Cardenal Primado Pedro Segura que salió el día 13 para Roma, «conseguía que allí se negara el «placet» a Zulueta como embajador en el Vaticano» (103).

El detenimiento con el que vamos a estudiar los acontecimientos que se suceden desde que se proclama la II República hasta la aprobación de la Constitución proviene de la idea de que es en este momento cuando la Iglesia y las fuerzas de derechas ven por primera vez en nuestra historia constitucional amenazado realmente su poder político y su hegemonía educativa.

El largo período que abarca desde la Restauración a la II República es una etapa de asentamiento y consolidación de unas estructuras educativas en las que el dominio de la Iglesia sobre la enseñanza privada es casi absoluto, con la excepción del establecimiento de la Institución Libre de Enseñanza y las escuelas anarquistas de Ferrer Guardia. Otros dos intentos de enseñanza privada merecedores de nuestro respeto y admiración, asumen sus proyectos educativos sobre la base incuestionable de la religión católica: las escuelas del Ave María del Padre Manjón en Granada y la Institución Católica de Enseñanza del Padre Poveda (104).

Con la llegada de la II República y las perspectivas de laicismo y fesionalidad estatal que inspiraban los documentos que posteriormente serían el fundamento de algunos artículos constitucionales, la Iglesia iniciará una batalla política que no terminará hasta conseguir de nuevo la hegemonía ideológica y política, pasando incluso por una dramática y terrible guerra civil.

Para hacernos una idea del contundente peso político que la Iglesia española ejercía sobre la sociedad española de mediados del siglo XX (y el beneficio que a las clases dominantes suponía la existencia de esta institución que enmascaraba sus verdaderas intenciones (105)), es preciso tener en cuenta cómo la primera crisis de Gobierno que se produce, una vez proclamada la República será con motivo de la discusión del artículo 26 de la Constitución dedicado a las Ordenes religiosas, en el que taxativamente se recogía la prohibición del ejercicio de la enseñanza por parte de órdenes y congregaciones religiosas. Hoy, la adopción de esta singular medida de carácter prohibitivo, así como la falta de prudencia política, o la ausencia de un consenso entre todas las fuerzas políticas sobre el contenido de la Constitución nos parecen evidentes y perjudiciales para el posterior desarrollo de los acontecimientos (106), pero, para comprender las razones de esta agresiva actitud anticlerical, es preciso tener en cuenta no sólo la historia de las relaciones Iglesia-Estado durante los años que precedieron a la proclamación de la República, sino también su actitud en re-

lación con ésta. La República había llegado como una reacción contra la Dictadura y contra la Monarquía y la Iglesia había sido el más fuerte sostén de ambas. Durante las últimas elecciones identificó deliberadamente los intereses de la Monarquía con los intereses de la religión católica y los candidatos republicanos fueron a menudo denunciados como «vendidos al oro de Moscú» (107).

La aprobación del artículo 26 prohibiendo el ejercicio de la enseñanza a las órdenes religiosas, fue una de las principales causas, si no la más importante, que situó a la Iglesia en una posición de claro enfrentamiento hacia la legalidad legítimamente establecida (108). Así lo reconoció años más tarde el propio Azaña, investigando los errores cometidos por el Gobierno republicano, el artículo 26 de la Constitución, la política laica, la neutralidad de la escuela, fueron aquellas medidas gubernamentales que, finalmente, decidirían la suerte de la República (109). La Ley de Congregaciones de 17 de mayo de 1933, ya en vigor la Constitución, provoca una serie de reacciones hostiles tanto en el Episcopado español como en el Vaticano, «verdadero preludio de guerra civil» (110).

Esta Ley contenía, entre otras disposiciones, la facultad de la Iglesia de fundar y dirigir establecimientos para la enseñanza de sus propias doctrinas y para la formación de sus ministros, la prohibición a las órdenes religiosas para ejercer la enseñanza, y las fechas límites para que cesara la enseñanza de las órdenes religiosas (31 de diciembre para la enseñanza primaria y 1 de octubre para todo lo demás) (111).

Una pastoral colectiva —redactada de hecho por el Fiscal General de la República— prescribía no sólo la obligación de los padres de enviar a sus hijos a las escuelas católicas (lo que significaba un acto de rebeldía frente a la Constitución), sino que llegaba incluso a decirles que apartasen a sus hijos del «trato y de la amistad con los compañeros escolares que pudieran poner en peligro su fe y costumbres cristianas». Esta pastoral fue apoyada por Pío XI en su encíclica. *Dilectissima Nobis*, anticipando el contenido de lo que posteriormente se denominará el Nacional-catolicismo.

Para resumir el marco jurídico inaugurado por la Segunda República se puede afirmar que el esqueleto constitucional en relación con el sistema educativo abarcaba tres grandes líneas:

1. Constitucionalización de la competencia estatal en materia educativa, regulado tanto en el artículo 48 dedicado a la prestación educativa estatal a través de la «escuela unificada», como en el artículo 43 que establecía con carácter subsidiario, la obligación del Estado de velar por la alimentación, asistencia, educación e instrucción de los hijos (112).

La tradición liberal inaugurada en las Cortes de Cádiz y asumida por la Constitución de 1812 (art. 336) es perfeccionada por la Constitución republicana elevando a la categoría de «decisión política fundamental» (113) el servicio de la cultura y la unificación del sistema educativo español. La organización del sistema educativo español es

competencia del Estado, delegando en el legislador ordinario «las condiciones en que se podrá autorizar la enseñanza en los establecimientos privados» (art. 49 «in fine»).

El modelo escolar de la Segunda República pasaba inevitablemente por la escuela pública y la configuración del Estado como máximo y casi único responsable de la educación en el país. Toda la carga social que a través de la «escuela unificada» quería instrumentarse —nivelación de diferencias estructurales, extensión indiscriminada de la cultura— exigía la presencia del Estado en la obra educadora (114).

2. Secularización de la enseñanza que «será laica, hará del trabajo el eje de su actividad metodológica y se inspirará en ideales de solidaridad humana» (art. 48). Este laicismo educativo era completado con la prohibición de ejercer la enseñanza a las Ordenes religiosas, recogida en el artículo 26, permitiéndole, no obstante, a las «Iglesias el derecho sujeto a la inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos». Si unimos a estos preceptos la aconfesionalidad del Estado español (art. 3.º) y la libertad de cultos y de conciencia recogida en el artículo 27, podemos dibujar un cuadro jurídico bastante expresivo de cuál era la situación política que atravesaba el Estado español respecto a sus relaciones con la Iglesia y, en concreto, respecto al tema de la enseñanza.

Si, desde un punto de vista político, estas medidas han sido calificadas de imprudentes o de faltas de oportunidad política, también la técnica jurídica puede ser criticable en cuanto que supone una excepción jurídica a una serie de libertades garantizadas en el propio texto constitucional sin discriminación, la libertad de asociación y el principio de igualdad ante la ley (115). Las razones alegadas por socialistas, republicanos y radicales en defensa de esta regulación jurídica, se basaban sobre todo en el papel reaccionario y antiliberal jugado por la Iglesia Católica a lo largo de todo el siglo XIX, y en su hegemonía política ejercida fundamentalmente sobre la enseñanza, permitiendo el acceso a los puestos escolares sólo de las clases sociales aventajadas en el orden económico. En concreto, la Compañía de Jesús, cultivadora excelente de la alta burguesía española se dedica a la Segunda enseñanza cuando se empieza a conseguir la gratuidad en la Primera (116).

La finalidad perseguida con esta exclusión del ejercicio de la enseñanza de órdenes y congregaciones religiosas no es otra que la de evitar la influencia antiliberal y dogmática de una doctrina que se resistía tanto a perder la unidad religiosa como el poder político que el dominio sobre la enseñanza le daba. Bien es cierto que la intransigente actitud de anarquistas y fanáticos republicanos era tan desmesurada y tosca como el dogmatismo religioso que trataban de sustituir. Por ello, la derecha clerical española siempre ha considerado como a su más peligroso enemigo a las fuerzas intelectuales y sociales que hallaron su expresión en la Institución Libre de Enseñanza (117).

A pesar de esta irreconciliable actitud, la secular influencia de la Iglesia en la educación era de tal magnitud que, el único instrumento

que era considerado capaz de contrarrestar su hegemonía política fue la prohibición de ejercer la enseñanza y su desaparición de la vida pública española a través de la disolución de la Compañía de Jesús y la nacionalización de los bienes de las restantes Ordenes religiosas.

Se trataba de contrarrestar la penetración ideológica de carácter confesional sustituyéndola por una enseñanza estatal de carácter laico. La República no estaba «persiguiendo a la Iglesia» sino retirándole los privilegios que la habían convertido en bastión y cuna de la reacción política. Aunque, en definitiva, el laicismo en la escuela y la prohibición de ejercer la enseñanza a los religiosos conllevase la desaparición de la Iglesia en la enseñanza (118).

Sin embargo, la propia Constitución permitía a las Iglesias impartir sus doctrinas «en sus propios establecimientos» con lo cual les possibilitaba la libertad de divulgar sus credos ideológicos en los lugares, a nuestro juicio, adecuados para ello, esto es, en sus templos y parroquias. La República no prohibía la libertad de expresión que, con carácter genérico reconocía en el artículo 34 a todos los ciudadanos, al mismo tiempo que canalizaba los sentimientos al nivel de intimidad y comunidad que les podía proporcionar su expresión en los templos religiosos. La República quería —de manera obsesiva— privar a la Iglesia del poder ideológico que ejercitaba a través de la escuela, poder que había sido utilizado a lo largo del siglo para encender y acrecentar las opiniones antiliberales (119). La fobia anticlerical se vio reflejada en un artículo constitucional, el 26, que prohibía taxativamente el ejercicio de la enseñanza.

El cauce utilizado por los gobernantes de la II República para sustituir la enseñanza impartida por las Ordenes religiosas fue el establecimiento de la Escuela Unificada de carácter laico, público y gratuita (120). Las características de la escuela unificada —o escuela única— se pueden resumir en las siguientes:

1. *Respecto a los alumnos:* equiparación de todos los niños en cuanto a las facilidades para su educación, se cual fuere su posición económica y social, su confesión religiosa y su sexo; pero teniendo en cuenta sus aptitudes e inclinaciones. La aplicación de este principio en su grado máximo llevaría consigo: la gratuidad de la enseñanza en todos sus grados, la supresión de la enseñanza confesional en los centros docentes públicos, el establecimiento de la coeducación, la selección de los alumnos por sus condiciones generales, y el sostenimiento de los alumnos capaces y no pudientes por cuenta del Estado.

2. *Respecto a las instituciones:* la unificación de las diversas instituciones educativas desde la escuela de párvulos a la Universidad, estableciendo puntos de enlace entre ellas, aunque conservando cada una su fisonomía propia. Este principio impone en su aplicación las siguientes consecuencias: supresión de las escuelas públicas o privadas que den lugar a diferencias por razones económicas, la creación de una escuela básica y común a todos los niños, la unión de la primera y segunda enseñanza sin solución de continuidad, y conceder las máximas facilidades para el acceso a la Universidad.

3. *Respecto a los maestros:* Aplicación de un principio unitario entre todos los miembros del personal docente de los diversos grados de enseñanza, lo cual equivaldría a la unificación de la preparación entre maestros y profesores, incorporando los estudios de aquéllos a la Universidad; equiparación de maestros y profesores respecto a remuneración y trabajo, y dar facilidades al personal docente para pasar de un lado a otro de la enseñanza.

4. *Respecto a la Administración:* unificación de todos los servicios y funciones administrativas de la enseñanza y participación en ellos del personal docente, lo cual supondría en primer lugar la creación de un Ministerio de Educación Nacional del cual dependan todos los centros docentes y educativos de la nación, y en segundo lugar, la creación de un Consejo Nacional de Educación y de Consejos Regionales, Provinciales y Locales compuestos por representantes del personal docente que desempeñarían ciertas funciones asesoras y ejecutivas (121).

Sin embargo, la denominación de escuela unificada ha sido desvirtuada posteriormente y, aún hoy es utilizada con carácter peyorativo, para atacar la competencia del Estado en la enseñanza, atribuyéndosele incluso rasgos totalitarios. La Escuela Unificada pretendía fundamentalmente evitar la separación de escuelas o de alumnos por motivos religiosos o confesionales, superar las diferentes escuelas clasistas, y los compartimentos estancos en que se distribuían los diferentes grados de la enseñanza.

3. La tercera característica que destaca en el sistema educativo de la Segunda República era el Reconocimiento de una serie de libertades públicas consideradas como fundamentales en un Estado Liberal: Libertad de Cátedra, Libertad religiosa y de cultos y Libertad de Expresión.

Junto a la preocupación del Estado de la Segunda República por el sistema educativo (razón por la que esta Constitución es catalogada entre aquellas que ya garantizan derechos sociales), lo que le supone la intervención en la regulación de la oferta y la demanda educativa a través de la creación de centros públicos y la lucha por la gratuidad de la enseñanza primaria, el Estado español de 1931 garantiza las libertades públicas consideradas como el fundamento de un Estado liberal y presupuesto mínimo de la autonomía de los individuos frente al Estado. La libertad de cátedra aparece por primera vez en un texto normativo con rango constitucional, junto a libertades como la de conciencia y la libertad de profesar y practicar libremente cualquier religión (artículo 27), y el derecho de toda persona a emitir libremente sus ideas y opiniones valiéndose de cualquier medio de difusión sin sujetarse a previa censura (artículo 34), pero, sin embargo, y a diferencia de las Constituciones de 1869 y 1876, no hay ningún precepto que consagre el derecho de los particulares a fundar centros docentes diferentes a los centros promovidos por el Estado, a no ser la remisión que el artículo 49 efectúa al legislador para regular las condiciones de apertura de los centros privados.

En nuestra opinión, la ausencia de una norma constitucional con este contenido, no significa que en el Estado de la Segunda República no estuviera garantizada la libertad de enseñanza, —como libertad de crear centros docentes— que es opinión mayoritaria en la doctrina española (122), sino que toda la regulación constitucional en materia educativa (y religiosa, ya que su consideración es inseparable) va dirigida: 1) a evitar el control ideológico ejercido por la Iglesia en la enseñanza, por lo que se le prohíbe su ejercicio y 2) a establecer un sistema educativo laico de escuela unificada (123), en el que se garantiza la libertad de cátedra como derecho inherente al profesor para desempeñar su función docente sin ningún tipo de coacción gubernamental o ideológica.

La equivocación política de prohibir a las Ordenes religiosas el ejercicio de la enseñanza no cataloga a este régimen político como carente de libertad de enseñanza. Históricamente la Iglesia se ha preocupado de identificar la libertad de enseñanza con su derecho a establecer sus propios centros frente a los centros públicos, intentando simultáneamente controlar y reducir la libertad de cátedra a la divulgación de doctrinas acordes con los dogmas católicos.

La imprudencia política de los gobernantes de la II República consistió en negar un derecho a una Institución que secularmente se había opuesto a la implantación de un Estado como el que luchaba por establecer el Gobierno republicano, en el que estuviesen garantizadas no sólo la libertad de cátedra sino las libertades de expresión, de conciencia y de cultos (124).

A nuestro juicio, y haciendo una interpretación conjunta de los preceptos republicanos junto al análisis histórico-político ya desarrollado, podemos afirmar que para calificar a un sistema educativo como garantizador de la libertad de enseñanza es obligación ineludible acudir no sólo a la interpretación sistemática de las diferentes libertades públicas que afectan al ser humano como ser libre y pensante, sino al sustrato político que nos da la referencia adecuada para comprender las diferentes normas jurídicas en sus justos términos. Es insuficiente una simple lectura de textos normativos en los que aparezcan consagrados derechos como el que permite a los particulares fundar centros de enseñanza si no se tienen en cuenta las condiciones sociales y políticas que permiten el desarrollo de tales derechos. Sin conocer la historia religioso-política del siglo XIX español no es posible interpretar la finalidad o la esencia de tales preceptos normativos.

La libertad de cátedra como tal concepto jurídico aparece por primera vez recogido en un texto constitucional en 1931, en el cual señala el artículo 48: «Los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada» (125).

Hasta este momento el Estado no siente la necesidad de conceder a sus funcionarios otra libertad diferente a la genérica libertad de expresión. Por una parte porque casi toda la enseñanza privada está

4.4. La libertad de cátedra y la II República Española

en manos de las Ordenes religiosas y éstas solucionan sus problemas de forma interna. Por otra, porque la unidad católica que inspiraba la sociedad española y condicionaba la confesionalidad del Estado hacía innecesario conceder un instrumento normativo en manos de los funcionarios docentes.

Cuando, en 1866, con la llamada primera «cuestión universitaria» (126), se plantea la necesidad de controlar la impartición de doctrinas, consideradas erróneas, desde la cátedra, aparece la reivindicación liberal de la defensa del profesor universitario frente a las intromisiones que desde el Gobierno se efectúan en las explicaciones de estos docentes, para controlar las desviaciones políticas y religiosas. Es el comienzo de la lucha por la libertad de cátedra como concepto jurídico independiente de la libertad de enseñanza.

Cuando se produce el repliegue de los profesores universitarios hacia la enseñanza privada es cuando se produce jurídicamente la escisión entre el concepto de libertad de enseñanza y libertad de cátedra, reservando ésta última denominación para aquellos docentes que ocupan una cátedra universitaria. Al mismo tiempo, empieza a perfilarse realmente la actitud de la Iglesia Católica respecto a la libertad de enseñanza en los centros privados, cuando, a través de éstos, también se pueden impartir doctrinas consideradas erróneas —por ella, naturalmente—. La enseñanza privada ya no aparece ideológicamente homogénea cuando nace la Institución libre de Enseñanza. Porque la libertad de enseñanza para el pensamiento católico-conservador tiene dos límites muy definidos: 1. religioso que consiste en no atacar el dogma católico, y 2. político, que se traduce en el respeto a la monarquía (127). Cuando también en la enseñanza privada se garantiza la libertad de expresión es cuando aparece realmente el significado originario del término libertad de enseñanza: la libertad de difundir el pensamiento a través de la educación. Sería, pues, la resultante de la confluencia entre diversas libertades públicas como la de conciencia, la libertad de cultos, y en un sentido más amplio, la libertad de expresión, que, en definitiva pretenden señalar la separación del pensamiento de los contornos establecidos por la doctrina católica. Se habla de una libertad universitaria (128), de la libertad científica, o libertad de ciencia, queriendo significar la independencia del pensamiento humano sobre cualquier influencia gubernamental o eclesial.

Ya en la Circular de Albareda en 1881 se mencionaba la independencia del docente público de carácter universitario respecto de los controles gubernamentales, incidiendo en este aspecto de la libertad de pensamiento cuando afirmaba que «el texto debía ser elegido por el catedrático y el catedrático era quien hacía el programa, teniendo además una perfecta y absoluta libertad de acción, en la explicación de sus doctrinas (129).

No es posible hablar de libertad para crear centros docentes si no hay previamente una libertad de enseñanza que garantice la libertad de expresión tanto en la escuela privada como en los centros públicos. En este último supuesto hablaríamos de libertad de cátedra,

porque fue en la universidad donde primero se sintió la necesidad de regular jurídicamente la independencia del docente. La libertad de cátedra va adquiriendo sus perfiles definitivos a partir de la revolución de 1868 una de cuyas conquistas más importantes fue precisamente la consagración de la libertad de enseñanza con carácter general (130).

Las continuas expulsiones de las cátedras de los profesores universitarios va delimitando el significado de las distintas libertades que inciden en el terreno educativo. Con la calificación de libertad de cátedra se entenderá el derecho del docente de carácter público a impartir sus doctrinas libremente dentro de la Universidad. Una vez que se quiebra la homogeneidad religiosa y que, tanto en la enseñanza pública como posteriormente con la creación de la Institución Libre de Enseñanza en la privada, se garantice la libertad de expresión, la Iglesia empezará a identificar la libertad de enseñanza con «su» derecho a crear centros privados.

La identificación entre libertad de enseñanza y derecho a crear centros docentes es una construcción jurídica que debe su existencia al proceso de intervención estatal en la enseñanza con una doble finalidad, establecer una red de centros estatales gratuitos y controlar cada vez más la enseñanza como instrumento ideológico que posibilite la creación de un Estado moderno y secular. La libertad de enseñanza es una bandera clerical, en su acepción de derecho a crear centros docentes, o quizás sea más exacto decir, en cuanto a enseñanza privada frente al Estado (131). Conclusión lógica de este proceso evolutivo es el reconocimiento que la Constitución de la Segunda República Española realiza de la libertad de cátedra como facultad atribuida a todos los profesores y maestros de la enseñanza oficial, según se recogía en su artículo 48.

4.5. La libertad de enseñanza y el franquismo

Que la libertad de enseñanza se haya configurado como una bandera clerical se puede confirmar con una evidencia aplastante durante el régimen franquista, porque en el período de vigencia de este sistema político —en el que sí se estableció sin miramiento alguno la escuela única nacional-católica (todavía en 1951 el catecismo Nuevo Ripalda atacaba descaradamente la libertad de enseñanza)—, la mayor parte de la enseñanza privada estaba en manos de la Iglesia (132).

Ya antes de terminar la guerra «una Orden Circular a la inspección de Primera Enseñanza y maestros nacionales, municipales y privados de la España Nacional» de 5 de marzo de 1938, anticipaba el contenido ideológico de lo que, posteriormente, sería llamado el nacional catolicismo. «En las regiones reconquistadas por el glorioso ejército nacional —decía la Circular— serán sustituidas las escuelas laicas del régimen soviético, por el aprendizaje exhaustivo del catecismo de las Escuelas Nacionales» (133). La doctrina social de la Iglesia —contenida en las encíclicas «Rerum Novarum» y «Quadragesimo anno»— sustituye, pues, al laicismo de carácter soviético implantado en las escuelas republicanas. La Ley de 20 de septiembre de 1938 de Enseñanza Media recogería estos principios que ya dejan entrever la reinstauración de la unidad religioso-católica suprimida durante la

Segunda República Española en beneficio del laicismo escolar y de la libertad de cátedra del docente oficial.

Es importante recordar aquí, el comportamiento oportunista y con-temporizador de la Iglesia Católica en relación con la libertad de enseñanza. Su más enérgica defensora en aquellas circunstancias políticas en las que, o bien el Estado se declara confesional, o bien el pluralismo ideológico puede poner en peligro la hegemonía que en otros momentos de unidad ortodoxa ejercía. En regímenes políticos como el franquista, en el que la Iglesia se constituye como uno de los sólidos pilares sobre los que se construye todo el edificio político, la Iglesia no reivindicará su derecho a la libertad de enseñanza (no es necesario) pues sus demandas están plenamente satisfechas por el sistema (134) sino que incluso se verá fortalecida, como en otros tiempos, por los rasgos de totalitarismo religioso que impregnan al sistema (135).

Para llevar a cabo con éxito el nacional-catolicismo en las escuelas era necesario previamente proceder a la desmantelación de las estructuras educativas establecidas por la Segunda República así como a la depuración ideológica de aquellos maestros y profesores, para así extirpar «de raíz esas falsas doctrinas que con sus apóstoles han sido los principales factores de la trágica situación a que fue llevada nuestra patria» (136).

Así, una serie de Decretos, Ordenes Ministeriales y posteriormente las sucesivas leyes que se promulgan para regular los diferentes niveles educativos, tienen como finalidad reestablecer la soñada unidad religiosa. Entre ellos, la Orden de 15 de septiembre de 1936 establece los procedimientos para la depuración del personal docente atendiendo a los siguientes informes: 1) maestros con informes totalmente desfavorables que sin más garantías ni mayores trámites serán inmediatamente suspendidos de empleo y sueldo; 2) maestros de conducta no bien definida o que «por organizaciones o personalidades solventes fueron de actuación dudosa: habría de procederse sin mayores complicaciones, a su inclusión en apartado 1), o a dictaminar la suspensión de empleo y sueldo por un período de uno a tres meses y medio; 3) maestros con informes favorables: ratificación en sus cargos (137). Las Ordenes Ministeriales de 8 de noviembre y 7 de diciembre de 1936 y, especialmente la de 14 de julio de 1939, exigían a los alumnos del Plan de Estudios republicano para reanudar sus estudios la presentación, al solicitar la matrícula, de «un informe de las autoridades militares, civiles y eclesiásticas que acreditase su buena conducta religiosa y patriótica» (138).

Por su parte la Orden Ministerial de 4 de septiembre de 1936 «ordenaba la incautación y destrucción de cuantas obras de matiz socialista o comunista se hallaran en bibliotecas ambulantes o escuelas y en las que sólo podrían usarse en lo sucesivo obras cuyo contenido responda a los sanos principios de la religión y de la moral cristianas» (139).

El sistema político y jurídico que se crea después de la guerra civil en España no es el resultado de una lucha fratricida entre dos

maneras de interpretar la realidad, sino la victoria de los defensores de la religión y la patria frente a «los individuos que integran esas hordas revolucionarias, cuyos desmanes tanto espanto causan, los hijos espirituales de catedráticos y profesores que, a través de instituciones como la llamada Libre de Enseñanza, forjaron generaciones incrédulas y anárquicas» (140). El Decreto de 17 de mayo de 1940 suprime formalmente la Institución Libre de Enseñanza y procede a la incautación de los bienes por sus «notorias actuaciones contrarias a los ideales del nuevo Estado» (141). La religión católica va a ser el eje sobre el que girará de forma insistente toda la legislación educativa durante *la etapa franquista de tal forma que se respeten estas tres premisas fundamentales: enseñanza de acuerdo con la moral y el dogma católicos, enseñanza de la religión en todas las escuelas —públicas y privadas— y derecho de la Iglesia a la inspección de la enseñanza en todos los centros docentes* (142).

La Ley de 1938 sobre reforma de la Segunda Enseñanza, implicó una total privatización de la Enseñanza Media. El Ministro de Educación, Pedro Sainz de Rodríguez, explica la necesidad de que el Nuevo Estado «conceda sin dilación la libertad de enseñanza, único medio de formar como es debido a las futuras generaciones de España». Por esta razón —dice el Ministro— es importante exigir una mayor precisión conceptual de la libertad de enseñanza, para no confundirla con la libertad de pensamiento y docencia; durante mucho tiempo la bandera de los católicos frente al Estado liberal ha sido la bandera de la libertad de enseñanza, pero es una mala expresión; lo que debemos decir es «no monopolio de la enseñanza por el Estado, que es un cooperador de la sociedad en esa función de la enseñanza, pero de ninguna manera libertad en el sentido de que se pueda enseñar lo que se quiera, pues eso sería un concepto liberal de la docencia» (143).

Fue en la Enseñanza Media donde la política educativa del régimen hizo las mayores concesiones a la Iglesia. Desde los inicios sería continuamente presionado para que aceptara la «doctrina eclesial de la libertad de enseñanza» que fundamentalmente consistía en negar al Estado títulos originarios en la educación, en contraposición a los derechos naturales derivados de la familia y de la Iglesia (144). La futura educación de los jóvenes españoles iba a estar impregnada pues de un catolicismo absoluto y excluyente de cualquier otra perspectiva religiosa.

La Ley de Ordenación de la Enseñanza Media de 26 de febrero de 1953 reforma la de 1938 aunque confirma entre otros principios el de la libertad de docencia, que se traduce en la posibilidad de que junto a los centros oficiales puedan existir otros de carácter no oficial clasificándose estos últimos como «centros de la Iglesia y privados», por lo que se ha llegado a pensar que esta ley suponía un punto medio de acuerdo entre los defensores a ultranza del control estatal de la enseñanza y de aquéllos que mantenían el principio de la libertad de la enseñanza a través de la iniciativa privada (145). Junto a la llamada libertad docente —libertad de enseñanza privada frente al Estado—, el artículo 2.º de la Ley se encargaba de recordar que tanto la enseñanza oficial como la impartida por centros privados, no pertenecien-

tes a la Iglesia, se debía ajustar estrictamente a las exigencias de la doctrina católica.

Por su parte, también la normativa sobre la enseñanza primaria obedece a los principios de exclusividad religioso-católica, y la ley de 17 de julio de 1945 pone la escuela al servicio de esta doctrina estableciendo que «la educación primaria, se inspirará en el sentido católico, consustancial a la tradición escolar española y se ajustará a los principios, a la moral y al dogma católicos, y a las disposiciones del derecho canónico vigente» (146), y se consagrará la facultad de toda persona individual o colectiva de nacionalidad española para fundar y sostener escuelas privadas en las condiciones siguientes: 1.º Conducta religiosa y moral intachables en la persona individual que dirija la escuela u orientación del mismo carácter en la colectividad que la sostenga; 2.º Informes políticos favorables de la persona o personas que compongan la institución o entidad (147).

En ningún régimen político se muestra con tanta claridad como en el régimen franquista, la disfuncionalidad que supone el reconocimiento del derecho a fundar centros privados sin que exista una previa libertad de enseñanza, en el sentido de libertad para expresar libremente los pensamientos a través de la enseñanza. La creación de escuelas sería una libertad instrumental de la libertad de enseñanza (148). La mera posibilidad de crear centros docentes no presupone la existencia de un régimen de libertad en la enseñanza, ya que como ocurre, en concreto, en el sistema franquista, el carácter monolítico del sistema educativo, aunque se reconozca el derecho de los particulares a fundar centros docentes, impide que se le pueda calificar como un sistema educativo en el que se garantiza, en un sentido amplio, la libertad de enseñanza.

La unidad religiosa establecida por la legislación franquista tanto en los centros oficiales como en los privados (o de la Iglesia, como los clasifica la ley de 1945) permite calificar a su sistema educativo como de escuela única dominado por un rígido control ideológico ejercido por la Iglesia Católica. Y esto, a pesar del reconocimiento jurídico del derecho a fundar centros privados puesto que, efectivamente, hay una afirmación del derecho a elegir centro docente, pero subordinada naturalmente a los imperativos del dogma religioso y del dogma político (149).

La explicación de esta incoherencia reside en el hecho, al que ya se ha hecho referencia, de que la libertad de enseñanza ha sido un concepto jurídico manipulado por la Iglesia Católica para la defensa de su posición privilegiada como enseñanza privada frente al Estado. Cuando existe unanimidad ideológico-católica entre el Estado y la Iglesia, es decir, cuando enseñanza privada e Iglesia se identifican con un Estado confesional católico, el derecho a fundar centros docentes es un eufemismo carente de sentido.

El marco jurídico franquista respecto a la libertad de enseñanza, es completado con la promulgación del Fuero de los Españoles, la Ley de Principios del Movimiento Nacional y la firma del Concordato con la Santa Sede el 27 de agosto de 1953.

Los principios recogidos por estas normas confirman la unidad de pensamiento y de religión establecidas por la legislación ordinaria. En este sentido, el principio II de la mencionada Ley de Principios del Movimiento establece, «el acatamiento a la ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación», mientras que en el Fuero de los Españoles se recoge, en el artículo 5.º, la libertad de todos los españoles para elegir, bien un centro privado, bien un centro público, consagrando así la enseñanza privada y la posibilidad de cualquier ciudadano de fundar un centro docente (150). No obstante, el propio Fuero de los Españoles establece sus propias limitaciones al ejercicio de este derecho, ya sea por la confesionalidad del Estado español garantizaba en su artículo 6.º, o bien por la limitación de la libertad de expresión a aquellas ideas que respeten los principios fundamentales del Estado.

Tras la firma del Concordato de 1953 la Iglesia confirmó su papel predominante en materia de educación como contrapartida a la legitimación exterior del régimen franquista que la firma del Concordato con el Vaticano suponía. Como afirma, con gran lucidez, el profesor Ruiz-Rico, es el momento clave de la aceptación del sistema político español por parte del sistema eclesial internacional y el momento, igualmente clave, de predominio de la Iglesia en el círculo interior del sistema, en el sentido de que era la estrategia eclesial la empleada fundamentalmente por las clases dominantes. La Iglesia española se ve completamente servida en sus intereses por los productos habituales del sistema político (151).

El artículo 26 del Concordato establecía la adaptación de la enseñanza a los principios de la Iglesia Católica en todos los centros docentes de cualquier orden y grado, sean estatales o no estatales; y el artículo 27 insistía asimismo en la obligatoriedad de la enseñanza de la religión católica en todos los establecimientos de enseñanza (152). No sólo se imponía la obligatoriedad de la enseñanza de la religión católica en todas las escuelas, tanto públicas como privadas, sino que se consagraba también el derecho de la Iglesia a inspeccionar la enseñanza en todos los centros docentes a fin de vigilar «la pureza de la fe, las buenas costumbres y la educación religiosa». Es el período de máximo apogeo del nacional-catolicismo (153).

Desde este período de profunda dominación ideológica hasta la promulgación de la Ley General de Educación, el 4 de agosto de 1970, el sistema educativo español se caracteriza por algunas notas fundamentales:

1. Ausencia de libertad de enseñanza como consecuencia de un régimen político que no garantiza las más elementales libertades públicas, como la libertad de expresión o la libertad de asociación. Y esta afirmación se puede mantener a pesar de que en la legislación franquista se consagra la enseñanza privada y la posibilidad de fundar centros docentes siempre que se respeten los principios de la doctrina católica y del Movimiento Nacional.

2. Debilitamiento del nacional-catolicismo y distanciamiento de la Iglesia del régimen franquista, ocasionando en su seno diversidad de criterios respecto a la situación política del país (154).

3. La década de los cincuenta se puede considerar el punto de partida del intervencionismo del Estado en el campo de la educación (155) promulgándose algunas leyes que inciden directamente sobre el problema de la gratuidad, aunque se tiende a «no competir con la Iglesia e instituciones privadas en la construcción de centros» (156).

4. Problema de la «explosión escolar» que se inicia en los años sesenta dando lugar a la elaboración de una serie de leyes (14 de abril de 1962, 29 de abril de 1964, 21 de diciembre de 1965, 8 de abril de 1967) que afectan al problema de la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza así como a la reforma de las enseñanzas medias y elemental y al desarrollo de la formación profesional, profundizando en su carácter democrático (157) y en la necesidad de mejorar la cualificación profesional del obrero español para la supervivencia y reproducción del sistema (158). Será el comienzo del problema de la educación de las masas como presupuesto imprescindible para el desarrollo económico y social de los Estados.

4.6. La Ley General de 1970 y la gratuidad de la enseñanza

Cuando el 4 de agosto de 1970 se publica la Ley General de Educación el Estado español ha asimilado la importancia que el desarrollo y la extensión de la educación tiene para el progreso de nuestro país, reservándose el propio Estado una serie de competencias para el impulso y la promoción de centros de enseñanza y calificando a la educación de «servicio público fundamental» (159). Esta Ley General de Educación también va a ser objeto de un análisis más detallado porque los diversos problemas que aparecerán con ocasión del Libro Blanco (y la rectificación posterior de algunos puntos de la Ley) proporcionan un material muy valioso para la interpretación e integración de los actuales conceptos constitucionales sobre la educación y la enseñanza.

Un análisis adecuado de la Ley General de Educación no puede hacerse al margen de la situación política y de la falta de libertades públicas y derechos fundamentales que caracteriza al régimen franquista desde su nacimiento. Por ello, no es posible calificar al sistema educativo introducido por la Ley General de Educación como sistema garantizador de la libertad de enseñanza, ya que no se protegen ni la libertad de pensamiento, ni la libertad de expresión, ni la libertad de cátedra —recogida por primera vez, como ya se ha señalado, por la Constitución republicana de 1931—, aunque se reserven algunos preceptos de la ley a la libertad para fundar centros docentes y también para elegirlos. Esta libertad de los particulares estará mediatizada por los fines que el artículo 1.º reserva a la educación, «la formación humana integral, el desarrollo armónico de la personalidad y la preparación para el ejercicio responsable de la libertad, inspirados en el concepto cristiano de la vida y en la tradición y cultura patrias; la integración y promoción social y el fomento del espíritu de conviven-

cia; todo ello de conformidad con lo establecido en los Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales del Reino» (160).

Entre los objetivos más ambiciosos planteados por el Libro Blanco se encuentra el de la plena escolarización de todos los niños españoles, objetivo que, según establecía la base V del Libro, se pretendía conseguir mediante una educación general básica de carácter «obligatorio y gratuito» (161). Y es sumamente importante tener en cuenta cómo el Libro Blanco establecía una clara y forzosa distinción (por falta de recursos) entre la educación «obligatoria y gratuita» y la educación «obligatoriamente gratuita», diferencia que interesa especialmente resaltar en relación con el problema tan debatido actualmente de las ayudas con fondos del Estado a los centros docentes de carácter privado.

La filosofía del Libro Blanco pretendía condicionar la ayuda con fondos públicos a los centros no estatales a «la función del interés social y de los precios que éstos mantuvieran», analizando el problema de la gratuidad no desde la libertad de centros, sino desde el derecho a la escolarización (162). En este sentido el punto 126 del Libro Blanco condicionaba la ayuda del Estado a los centros de carácter privado al objetivo de «beneficiar a los sectores menos favorecidos económicamente y al nivel y calidad de su rendimiento» (163). Por su parte, el punto 128 condicionaba también las ayudas estatales para el sostenimiento de los centros de enseñanza privados, al «montante de las matrículas y mensualidades que dichos centros devenguen», obligándose el Ministerio de Educación y Ciencia a revisar periódicamente los costos unitarios reales (de inversión y gastos corrientes) por alumno en los diferentes niveles de enseñanza y en las diversas localidades (164).

La Ley General de Educación no hace más que seguir la tradición legislativa española en esta materia, tal y como recogía también la Ley de 21 de diciembre de 1965 en la que se establecía la gratuidad de la enseñanza primaria, dando carácter preferente a los centros estatales sobre los no estatales (165). La obligatoriedad de la enseñanza general básica hasta los 14 años implicaba para el Estado la realización de un esfuerzo de escolarización de la sociedad española, que era incompatible con la declaración de gratuidad obligatoria y de ayuda a los centros no estatales.

El Instituto de Estudios Políticos llegó a plantear de forma radical que el problema «no era resolver el derecho a elegir centro de enseñanza, sino el derecho a ser educado»; en consecuencia «no debe efectuarse ninguna inversión que posibilite la puesta en práctica del derecho a elegir centro en tanto no se haya conseguido el derecho a estar escolarizado, sea cual fuere el centro, porque la simultaneidad en la obtención de ambos derechos pudiera ser inviable por carencia de recursos económicos» (166). El estudio de los problemas relacionados con la libertad de enseñanza ha de ser analizado también desde la perspectiva de la obligatoriedad y de la gratuidad de la educación porque actualmente se está reduciendo intencionadamente su contenido al derecho de los centros privados a recibir las subvenciones estatales suficientes para hacer «real y efectivo» el derecho a fundar centro docente y el derecho de los padres a elegirlo (167).

La Constitución de 1978 recoge en su articulado unos derechos fundamentales que pueden ser irreconciliables por falta de recursos económicos suficientes. La libertad de enseñanza como principio genérico que inspira todo el sistema educativo español está siendo reducida a algunas de sus manifestaciones concretas, como las ya mencionadas de fundar y elegir centro docente. Hoy, para hacer posibles tales derechos, es necesaria la ayuda del Estado a través de las subvenciones, y la no consagración constitucional y legal de estas ayudas es considerado por un sector muy mayoritario de la doctrina española como una violación de la libertad de enseñanza.

El grado de analfabetismo y la baja calidad de la enseñanza obligó a los autores del Libro Blanco a establecer importantes requisitos de carácter social y económico para que los centros privados se pudieran beneficiar de las ayudas procedentes de los fondos públicos, criterio que no prosperó, entre otras razones, por la presión realizada por la Iglesia a través de la Comisión Episcopal de Enseñanza (168), consagrando la Ley General de Educación la enseñanza obligatoriamente gratuita (art. 2.2), lo que significaba la ayuda a los centros no estatales fundamentalmente de carácter confesional. Convertida la Educación General Básica en nivel obligatorio y gratuito, se enfatizó el carácter de servicio público de la enseñanza, y ante esta reorientación del papel del Estado en la educación, «la enseñanza privada reaccionó concentrando todas sus energías e influencias en obtener de éste un tratamiento legal y financiero que garantizara su presencia y continuidad (169).

Los nuevos costes de una enseñanza privada impartida mayoritariamente por profesores seculares, obligaban a estos colegios a exigir al Estado la recepción de subvenciones públicas. Y, para lograr esta exigencia, fue enarbolsado el principio de libertad de enseñanza, porque de lo contrario esta se quedaría como una libertad vacía de contenido o limitada exclusivamente a aquellas clases sociales con un nivel de recursos económicos suficientes para poder costear la enseñanza de sus hijos. Pero como señala J. M. MARAVALL, «tras esta apariencia igualitarista, se ha ocultado la realidad de que las clases altas no tienen una prole suficientemente numerosa como para cubrir en régimen de libre mercado, los dos millones de plazas escolares que representaba la oferta de enseñanza privada a comienzo de los años 70» (170).

Bajo la apariencia de la «integración social» (171), los centros confesionales, temerosos de perder su clientela a causa del elevado coste de la enseñanza —ya en manos de seculares—, inician el proceso de adaptación a una sociedad en la que el poder público consolida sus competencias en el terreno de la educación, declarándola como «servicio público fundamental». La hegemonía educativa que, en otros tiempos no muy lejanos había ejercido la enseñanza confesional, corre peligro con la extensión de la educación a todas las capas de la sociedad a través de la creación de un servicio público. La estrategia a emplear será la utilización de un concepto como la libertad de enseñanza para, en su nombre, exigir subvenciones al poder público y mantener sus cotas de poder político en una sociedad que ya se intuye pluralista.

Aunque, como ya hemos señalado, la ley recogía dos principios contradictorios, el de la «gratuidad obligatoria» y de la «plena escolarización», el equipo VILLAR se basó en un primer momento en la Disposición Adicional Segunda de la ley para dar preferencia a la «escolarización» sobre la «gratuidad obligatoria». El contenido de esta Disposición orientaba preferentemente la acción del Gobierno hacia la Educación General Básica y Formación Profesional de Primer Grado para cubrir los puestos escolares gratuitos en los centros estatales (172).

Pero, a pesar de estas primeras decisiones, «las personas del sector no estatal consiguieron posteriormente que la Administración iniciara el régimen de subvenciones de gratuidad a los centros privados» (173), produciéndose como señala J.M. MARAVALL «una extensión generalizada e indiscriminada de las subvenciones, sin que al mismo tiempo el Estado utilizara adecuadamente su presupuesto para superar las deficiencias del sistema educativo y corregir sus desigualdades, llegando a crecer estas subvenciones durante la década de los setenta ocho veces más deprisa que el presupuesto de educación y dieciséis veces más deprisa que las inversiones en enseñanza pública» (174).

Desde que se publica la Ley General de Educación hasta 1982 se ha venido realizando de hecho una consolidación generalizada de subvenciones del sector público hacia los centros privados con la finalidad de lograr la supervivencia de estos centros que, debido al elevado coste de su enseñanza y a que la casi totalidad del profesorado era de carácter seglar, se ven obligados a recabar fondos del Estado porque una gran parte de la sociedad española no puede pagar los precios de su oferta educativa.

Esta consolidación de las subvenciones se producirá e incluso se incrementará durante la transición política y primeros años de vigencia de la Constitución, de tal forma que en las duras jornadas de elaboración del texto constitucional, el sector educativo no estatal —predominantemente de carácter confesional—, junto a las asociaciones de padres católicos y partidos políticos de derecha y centroderecha, habrán elaborado basándose en nuestra tradición legislativa e histórica un concepto de libertad de enseñanza reducido a las siguientes manifestaciones: libertad de creación de centros, subsidiariedad del Estado en el ámbito de educación financiando plenamente *toda la iniciativa privada y derecho a que cada centro privado disponga de un ideario educativo propio* (175). Y a pesar de la extensa gama de derechos que se derivan de su enunciado es, a nuestro juicio, una interpretación restrictiva y simplista del concepto de libertad de enseñanza.

La constante resistencia que la Iglesia ha ofrecido a la secularización de la sociedad española la ha llevado a defender conceptos como la libertad de enseñanza que le permiten la supervivencia en una sociedad pluralista donde el catolicismo ya no es la religión oficial del Estado. Ha sido, pues, nuestra historia de luchas religiosas la que ha configurado un concepto de libertad de enseñanza que lo

reduce a una de tantas manifestaciones y que la interpreta como proyección de la libertad religiosa cuando, en nuestra opinión, es la manifestación genuina del respeto a la libertad del pensamiento y a su difusión por medio de la enseñanza.

Es importante manifestar, pues, cómo históricamente se ha producido una identificación entre enseñanza privada y centros de la Iglesia, deformando la interpretación de algunos conceptos jurídicos y contribuyendo a establecer la disyuntiva entre monopolio estatal y libertad de enseñanza. Y esto a pesar de que los centros confesionales no han dedicado sus esfuerzos (salvo dignas excepciones como la del Padre Manjón) a la extensión de la enseñanza hacia los menos favorecidos y más necesitados. Por eso su reclamación del derecho a recibir subvenciones para lograr una igualdad real de todos los padres a la hora de elegir centro docente nos parece, cuando menos, sorprendente. Que de la libertad de enseñanza se deriva el derecho de los particulares a crear centros docentes es una afirmación que no es posible cuestionar, una tradición histórica y un derecho recogido en el artículo 27.6 de la vigente Constitución de 1978, pero lo que no podemos suscribir es la opinión de aquéllos que afirman que la libertad de enseñanza «es» el derecho a crear centros docentes. Históricamente ha sido una lucha permanente por lograr la libertad de expresar el pensamiento a través de la enseñanza y actualmente, como veremos en los próximos capítulos, es un principio general de nuestro sistema educativo, que no puede ser reducido al derecho de fundar centros de enseñanza frente al Estado, aunque sí se pueden amparar en él otros derechos y libertades garantizados por el constituyente español de 1978.

4.7. Libertad y democratización de la enseñanza

El sistema educativo establecido por el régimen franquista no recogía en ningún instrumento jurídico la proclamación genérica de la libertad de enseñanza ni la consagración de la libertad de cátedra. Sin embargo, sí se establecía, tanto a nivel de Leyes Fundamentales como de legislación ordinaria, la facultad de «todas las personas físicas y jurídicas de nacionalidad española, tanto públicas como privadas, de crear centros de enseñanza (176). Por tanto no se produce una identificación jurídica entre libertad de enseñanza y libertad de creación de centros docentes, aunque, como ya se ha señalado, ésta última facultad puede ser una consecuencia del carácter expansivo y universal del principio de libertad de enseñanza.

El estudio histórico de algunos aspectos del sistema educativo español se ha limitado a la comprensión y evolución del principio de la libertad de enseñanza en detrimento de otras pretensiones que remontan su nacimiento incluso a la Constitución de 1812. Nos referimos al tema de la gratuidad y democratización de la enseñanza. Ya el artículo 366 del texto de 1812 dejaba entrever el deseo profundo de los liberales españoles de extender por todos los pueblos de la Monarquía las escuelas de primeras letras, manifestando así la que será una constante preocupación del pensamiento progresista español, la regeneración del pueblo a través de la enseñanza.

La que se puede considerar primera ley general de la educación, la Ley Moyano de 1857, definía la enseñanza como obligatoria para todos los españoles —de seis a nueve años—, pretendiendo su gratuidad, en las escuelas públicas para los niños cuyos padres o tutores no pudieran pagarla (177). Pero, al igual que el control ideológico sobre la educación, el tema de la democratización de la enseñanza a través de su extensión a todas las capas populares mediante la gratuidad, no puede aislarse del esquema global que regía la vida social española ni de la concepción liberal del Estado, o de las relaciones de oferta y demanda que dominaban las empresas educativas. Hasta 1900 no se crea en España un Ministerio de Educación Pública y Bellas Artes que no conseguirá incluir dentro de los Presupuestos del Estado el sueldo de maestros y profesores de enseñanza primaria (178), lo cual resulta hasta tal punto incomprensible si se tiene en cuenta que en 1870, alrededor del 60 % de la población era analfabeta (179). La intervención del Estado en la educación era considerada (por la Iglesia y centros confesionales) como un ataque a la libertad de enseñanza y como una intromisión en la esfera de libertad de los ciudadanos.

Los rasgos predominantes en la construcción de un Estado liberal no ayudaban a la organización de una estructura educativa estatal que regulara la desastrosa situación en que se encontraba el nivel de alfabetización de los españoles. La reivindicación del papel del Estado en la educación se le atribuye al pensamiento liberal como medida neutralizante de la dominación antiliberal y antimoderna ejercida por las Ordenes religiosas y centros de la Iglesia.

Interesa, pues, poner de manifiesto cómo la encarnizada lucha histórica entre los derechos de la Iglesia y los del Estado en la educación se centran en el carácter ideológico-católico del contenido de la enseñanza y en la hegemonía de la enseñanza libre, como se autodenominan los centros confesionales en su relación con los del Estado. La Iglesia no ha sentido una preocupación por la extensión de la enseñanza a los menos privilegiados de la sociedad española. Al contrario, cuando aparece en la mente del pensamiento progresista español la implantación de una Instrucción Pública, la Iglesia dirigirá sus esfuerzos a la educación de las élites de la sociedad española (180).

Los fundamentos en los que hoy se basan algunos defensores de la enseñanza privada critican al Estado su abstención en la ordenación y desarrollo de la enseñanza y el abandono de la enseñanza pública, mientras que las órdenes religiosas se han dedicado tradicionalmente a la formación y educación de los niños españoles. El argumento se vuelve contra ellos con sólo una leve profundización en el desarrollo y evolución de la enseñanza en nuestro país. Efectivamente la Iglesia ha dominado la enseñanza, pero ha descuidado la educación de una gran parte de la población española, impidiendo al mismo tiempo que el Estado pudiera organizar una estructura sólida de carácter público y gratuito, que se inicia con la dedicación de una partida de los Presupuestos del Estado a la Educación en 1909 (181).

En 1931 se consagra a nivel constitucional la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, reservando al Estado como atribución esencial la prestación de la cultura «mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada», y remitiendo a una futura ley las condiciones en que los particulares podían abrir centros docentes distintos a los estatales. Sí se consagra, sin censuras ni sujeciones previas la libertad de cátedra, la libertad religiosa y de expresión permitiendo a «las Iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos» (182). La II República representa en España el primer intento de constituir un Estado Social consagrando la intervención del mismo en la educación, promocionando la escuela pública y haciendo realidad el principio proclamado en 1857 por la Ley Moyano.

El problema de la gratuidad y democratización de la enseñanza ha sido una constante histórica de la ideología liberal progresista que ha tenido que ceder sus posibilidades reales de implantación en favor del mantenimiento de otros principios como la libertad de enseñanza, en un sentido genérico, cuyo contenido esencial se extiende a la infinita capacidad del docente de pensar y expresar sus ideas sin trabas ni condicionamientos externos. La tolerancia religiosa, la separación de Iglesia y Estado en todas las facetas de la sociedad y, especialmente, en la enseñanza, han coexistido con la profunda preocupación que el problema de la cultura del pueblo español inspiraba a un gran número de ilustrados de nuestra tierra. Es en la II República cuando la solución constitucional a los problemas educativos se enfrenta abierta y directamente con el tema, adoptando —como es opinión casi unánime de la doctrina—, una postura políticamente desafortunada, pero muy avanzada y progresista para los tiempos que corrían (183): el carácter público y gratuito de la enseñanza primaria, la unificación de todas las instituciones educativas, el carácter laico de la enseñanza, la libertad de cátedra y las libertades de la persona humana respecto a su conciencia y sus creencias, la aconfesionalidad estatal...

Sin embargo, la utilización de las débiles estructuras estatales para regular y controlar la educación, prohibiendo al mismo tiempo la enseñanza privada a las órdenes religiosas, va a intensificar la diferencia entre la enseñanza pública y laica por una parte y la enseñanza privada y religiosa por otra, consolidando la identificación histórica entre enseñanza de la religión y pensamiento e ideología tradicional y conservadora.

El intervencionismo estatal iniciado en la década de los cincuenta llega a su máximo desarrollo con la regulación de la Ley General de Educación en 1970 en la que expresamente se alude a la educación como «servicio público fundamental» (184) incrementándose la participación del Estado en la regulación de un sistema educativo integrado por una deficiente red de centros públicos y una enseñanza privada predominantemente de carácter confesional. La consagración de la enseñanza obligatoriamente gratuita inició un movimiento de subvenciones hacia los centros privados para hacer posible su supervivencia en una sociedad pluralista en la que los centros religiosos ya no podían mantenerse con los precios que la elevación del coste de

la enseñanza del profesorado de carácter seglar, les obligaba a exigir, sin respetar en este proceso el artículo 96 de la Ley General de Educación que establecía un sistema de concertos entre el Estado y los centros privados. En 1980 el erario público sufragaba los estudios de un 90 % de los alumnos de la enseñanza privada en la EGB (185).

A pesar de la Disposición Adicional Segunda por la que el Gobierno se obligaba a atender prioritariamente la gratuidad de los centros estatales, durante diez años los responsables educativos del Estado han venido concentrando sus esfuerzos en aliviar el peso económico que soportaban las familias que envían a sus hijos a los centros privados en lugar de atender a otros sectores muy deficitarios en educación (186).

La evolución sufrida por los Estados europeos después de la II Guerra Mundial respecto a la intervención del sector público en la regulación de las relaciones privadas es recogida por la Ley General de Educación en el sector educativo considerando la enseñanza como servicio público fundamental (187) y estableciendo un marco jurídico para desarrollar en la década de los setenta una educación primaria gratuita de carácter público y concertado. La regulación que la Ley General de Educación establece sobre centros concertados sirve de precedente jurídico para el análisis y la interpretación de la actual configuración constitucional de nuestro sistema educativo.

En 1975 se inicia en España la transición política hacia la democracia que culminará con la elaboración de un texto constitucional en el que el tratamiento de los problemas relativos a la educación pondrá de manifiesto el carácter político y religioso que aún sigue presente en los modelos educativos que se enfrentan en la sociedad española de finales del siglo XX. Estos modelos serán fundamentalmente los defendidos por la Unión de Centro Democrático, heredera del pensamiento conservador y moderado, y el Partido Socialista Obrero Español, que asimilará básicamente los postulados educativos mantenidos por el socialismo histórico y plasmados en la Constitución de 1931: enseñanza pública, unificación de la enseñanza y laicismo como método filosófico de contenido neutral (188).

Y, aunque el precedente histórico no tenga un carácter determinante en la configuración de los conceptos jurídicos plasmados por el constituyente de 1978, sí nos resulta especialmente útil para la labor de análisis e interpretación de algunos derechos fundamentales y libertades públicas que nacen en una etapa histórica muy determinada, con unas connotaciones políticas y religiosas especialmente intensas. Porque lo que ha sido planteado como constante tensión entre estatismo y libertad (189) dentro de la educación en España es el resultado de la lucha del Estado moderno por deslindar sus competencias temporales de las competencias espirituales de la Iglesia.

Por lo tanto, el planteamiento que enfrenta a la enseñanza privada en oposición a la estatal o, a la libertad de enseñanza frente al monopolio del Estado, es una consecuencia del poder residual de carácter temporal que el Estado Moderno no ha podido sustraer de los do-

minios de la Iglesia. El problema afecta, pues, a la propia construcción del Estado liberal en un primer momento, como Estado secularizado que asume sus competencias temporales en el campo de la educación, interviniendo y regulando el incipiente sistema de enseñanza y al contenido de algunos conceptos jurídicos como la libertad de enseñanza reducido a la creación de centros docentes —como enseñanza «libre»— frente al monopolio oficial del Estado. En un segundo momento, la extensión y democratización de la enseñanza que implica el Estado Social afectará directamente al contenido liberal de esta libertad que reclamará como postulado básico para su realización efectiva la gratuidad de la enseñanza financiada por el Estado. Y, en nuestra opinión, la gratuidad no es una conquista de las clases desposeídas de nuestra tierra, sino un instrumento necesario para la supervivencia del sistema capitalista. Por ello, cuando realmente le es necesaria al sistema político es cuando se toman verdaderas medidas para su implantación. Y aunque estas consideraciones históricas no vinculen a los derechos y libertades que se derivan de la Constitución de 1978 sí nos pueden ser de gran importancia para reconsiderar y replantear algunas ideas sobre estos temas excesivamente impregnados de intereses políticos e ideológicos así como para interpretar, con fundamentos históricos, artículos y preceptos recogidos por el sistema educativo constitucional español.

SEGUNDA PARTE
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y
DERECHOS FUNDAMENTALES DEL
SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL

CAPITULO SEGUNDO EL CONSENSO CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL

1. EL CONSENSO CONSTITU- CIONAL: UN COMPROMISO POLITICO DEL ARTICULO 27

Entre los diversos instrumentos que nos proporciona el derecho para la interpretación de sus términos jurídicos, el precedente histórico ha sido utilizado en el capítulo anterior como fundamento necesario para replantear el significado y la comprensión de algunos conceptos integrados en el sistema educativo que configura la Constitución de 1978. Quizás estos precedentes no nos sirvan más que para reflexionar sobre el origen y la razón de ser de algunos derechos y libertades fundamentales, ya que su eficacia y legitimidad se las proporciona el propio texto constitucional, quizás no demuestren cómo el carácter religioso que ha caracterizado el planteamiento escuela privada-confesional frente a monopolio estatal —o estatalización laica de la enseñanza— sigue presente aún en los idearios y modelos educativos de las fuerzas y grupos políticos que han visto nacer la Constitución de 1978 (1).

El marco jurídico vigente de carácter educativo durante la transición política española viene establecido por la Ley General de Educación que, junto a la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, y a los denominados Pactos de la Moncloa, firmados en noviembre de 1977, representan la referencia más inmediata para analizar los problemas que el legislador constituyente de 1978 tuvo que afrontar para finalizar con éxito la elaboración de una compleja y minuciosa regulación constitucional en materia educativa. Junto a estos instrumentos normativos, el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre enseñanza y asuntos culturales firmado el 4 de diciembre de 1979, definirá la posición de ambos —Iglesia y Estado— sobre la enseñanza religiosa en nuestro país (2).

Para realizar un análisis de los diferentes derechos educativos (3) recogidos por nuestra Constitución vigente, nos resulta imprescindible recordar los principios establecidos por la Ley General de Educación por lo que a gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza se refiere, pero ni en la Ley de 4 de agosto de 1970, ni en los Pactos de la Moncloa se hará referencia a la libertad de enseñanza (4). El problema que se planteaba era el de la financiación estatal a los centros privados para hacer posible el principio de la enseñanza «obligatoriamente gratuita», con lo que la extensión indiscriminada e incontrolada de las subvenciones condujo a la firma de un Acuerdo sobre Medidas económicas, el día 3 de noviembre de 1977, adoptado por los partidos políticos con representación parlamentaria (5), en cuyo apartado sobre política educativa se establecían tres grandes puntos: 1. Democratización de la enseñanza. 2. Gratuidad progresiva de la enseñanza y 3. Incorporación de las lenguas propias de los diferentes territorios a los niveles educativos obligatorios (6). Respecto a los centros estatales, se preveía una profunda expansión de la gratuidad mediante in-

versiones, mejora de la calidad de la enseñanza y de la retribución del profesorado y la participación de los padres de alumnos y del profesorado en el control del funcionamiento y condiciones de estos centros.

Respecto a los centros no estatales el Acuerdo de noviembre de 1977, planteaba la necesidad de revisar profundamente el sistema de financiación pública, elaborando un estatuto de los centros subvencionados que posibilitara la participación de padres de alumnos y profesores en los centros en cuestión, y asegurando el control de la utilización de los fondos públicos recibidos (7).

La firma de estos acuerdos ponía de manifiesto, al menos, la necesidad de regular de alguna forma el trasvase de fondos públicos a los centros privados, así como la delimitación de las características de los centros subvencionados concediendo un papel primordial a la participación de padres y profesores. El tema es especialmente significativo por el tratamiento que hace de los centros subvencionados, ya que uno de los puntos más conflictivos del período constituyente fue la consideración de la libertad de enseñanza y el derecho a la educación concebidos desde la gratuidad de la enseñanza. Lo que ha sido considerado por un gran número de estudiosos como tensión entre la igualdad y la libertad dentro de la enseñanza (8) puede ser solucionado en la normativa constitucional a través de una política educativa de desarrollo de centros públicos coexistiendo con una adecuada financiación a los centros privados para hacer realidad el principio consagrado en el artículo 27, párrafo 1.º, la libertad de enseñanza. El problema que se plantea, pues, en la segunda parte de este trabajo es la definición del marco jurídico en relación con las libertades y derechos garantizados por el sistema educativo español —con lo que haremos de extender nuestro análisis a otros preceptos recogidos por el texto constitucional—.

No es posible comprender la complejidad y minuciosidad del artículo 27 de la Constitución Española (9) si no tenemos en cuenta por una parte, nuestra conflictiva historia escolar, impregnada de condicionantes religiosos y políticos, y por otra, la adopción de un fuerte compromiso entre las fuerzas políticas mayoritarias (UCD y PSOE) que se inicia con la redacción del artículo relativo a la enseñanza, aunque a partir de ese momento será utilizado como técnica de solución de otros temas igualmente conflictivos. Nos estamos refiriendo a lo que se ha denominado «consenso» como técnica jurídica utilizada durante todo el proceso constituyente. El abandono de la Ponencia Constitucional del socialista Peces-Barba por su desacuerdo con la regulación que se pretendía dar a la enseñanza es el comienzo del «consenso constitucional», lo cual produjo un repliegue de los ideales preconstituyentes hacia una solución extraparlamentaria (10).

Por esta razón, y antes de profundizar en el estudio del contenido de las diferentes libertades y derechos garantizados por el sistema educativo constitucional, es preciso detener el razonamiento en la técnica del consenso como causa directa y determinante de algunos defectos y críticas que ya se le han hecho al texto constitucional, junto a una serie de elogios y alabanzas por ser la Constitución que ha conseguido establecer un «pacto escolar» en España (11).

El consenso como técnica de compromiso entre los dos partidos mayoritarios ya mencionados, Unión de Centro Democrático y el Partido Socialista Obrero Español, se inicia con la retirada del ponente socialista Peces-Barba de los trabajos constitucionales por su desacuerdo con el tratamiento dado al artículo sobre la enseñanza (12). A partir de este momento las grandes decisiones políticas sobre los temas más conflictivos serán objeto de acuerdos extraparlamentarios privando de este modo a los representantes del pueblo español presentes en el Congreso de los Diputados y en el Senado de la adopción de las grandes decisiones constitucionales (13).

La fórmula adoptada para el artículo 27 será la manifestación más genuina del mencionado consenso. Los partidos quedarán concertados, dándose por firme e inmodificable la fórmula consensuada (14). Se puede, pues, afirmar que la redacción del artículo 27 de la Constitución de 1978 es el resultado de las concesiones respectivas realizadas por las dos mayoritarias formaciones políticas que, cediendo en algunos de sus planteamientos ideológicos, posibilitaron la redacción de un artículo que recoge dos modelos educativos diferentes, cuando no contrapuestos (15).

Pero el análisis político del consenso quedaría incompleto si no hiciéramos referencia a la actuación conjunta que, en defensa de una idea muy determinada de la libertad de enseñanza, manifiestan tanto Unión de Centro Democrático como los representantes de los colegios religiosos y asociaciones católicas de padres de alumnos (16). El compromiso político entre el pensamiento conservador y las instituciones eclesíásticas, que analizábamos en la parte histórica de este trabajo, aparece una vez más durante el proceso de elaboración del texto constitucional de 1978, influyendo decisivamente en la redacción de determinados preceptos educativos. Junto al consenso entre los dos grandes partidos políticos no se puede desconocer la «presión difusa» ejercida por los sectores católicos más conservadores, incluyendo junto a la Iglesia-Institución, a las Asociaciones de Padres de alumnos y a las de centros religiosos (17).

Manifestaciones de esta «presión difusa» son las sucesivas cartas y documentos que los presidentes de distintas asociaciones enviaban a los senadores en los distintos pasos del proceso constituyente. La finalidad de estas cartas era la de influir en las decisiones que sobre el sistema educativo español se estaban discutiendo para garantizar tres grandes intereses de estas asociaciones: la consagración de la libertad de enseñanza como libertad para establecer centros docentes y su contrapartida el derecho de elección de los padres, la financiación de los centros privados por parte de los poderes públicos y en tercer lugar, el establecimiento del ideario educativo de estos centros con un carácter fijo e inmutable (18).

El concepto de libertad de enseñanza, —de perfiles históricos diminutos y confusos—, es reducido a un serie de características que benefician claramente los intereses de los colegios religiosos y de la Iglesia Católica. La idea progresista de la libertad de expresión del pensamiento no es enarbolada como contenido de esta libertad de ense-

ñanza (19). La utilización de categorías jurídico-formales —como la libertad de enseñanza— y la atribución de unas características específicas a las mismas es la manifestación del comportamiento de la Iglesia en aquellos Estados que, al menos formalmente, no se declaran confesionales.

Desde que se inicia el proceso de secularización social en España, su actitud ha seguido una pauta homogénea, según el carácter confesional o no confesional del Estado español, reivindicando la libertad de enseñanza, como derecho a crear centros docentes, sólo en aquellas coyunturas políticas en que el catolicismo no era implantado como religión oficial del Estado. El análisis del franquismo es un buen ejemplo de esta actitud política. Estas reflexiones políticas no impiden, sin embargo, que de la interpretación del texto constitucional de 1978 se pueda derivar el derecho a establecer y dirigir centros docentes como proyección específica del principio de libertad de enseñanza consagrado en el párrafo primero del artículo 27, cuestión que será analizada en su momento.

Cuando hablamos del compromiso político como técnica de redacción jurídica no se pueden olvidar estas acciones de los grupos más conservadores del catolicismo español aliados, una vez más, con los partidos políticos de derechas. Unión de Centro Democrático reclamará para una sociedad pluralista y democrática el pluralismo escolar —que hace posible la variedad de opciones legítimas en la elección del tipo de enseñanza y del centro educativo— pero que no debe confundirse con una obligada pluralidad ideológica dentro de cada centro (20). El consenso como técnica de compromiso político no se puede reducir a los pactos acordados entre las dos grandes fuerzas políticas. La postura de la Iglesia Católica en relación con la Constitución fue muy dura (21), y no puede ser desconocida a la hora de hacer un análisis político del proceso de elaboración del texto constitucional, ya que las discrepancias ideológicas no sólo se aprecian en la redacción del artículo 27, sino también con motivo de la mención expresa que el artículo 16 realiza de esta institución, lo cual tenía un significado político muy claro: el mantenimiento de unos centros de enseñanza, de actuación económica e influencia ideológica decisivos para la Iglesia y los grupos políticos y sociales ligados a la misma (22).

No creemos, por tanto, que el consenso fuese el resultado exclusivo del compromiso entre dos programas políticos, ya que los planteamientos del grupo representante del pensamiento conservador, UCD, y las reivindicaciones eclesásticas coincidían en los aspectos más fundamentales. Estos aspectos son los ya mencionados de financiación estatal de los colegios de pago (23) y el mantenimiento de un pluralismo de escuelas frente al pluralismo en las escuelas planteado por los grupos de izquierda y algunos sindicatos de enseñanza y Colegios de Doctores y Licenciados (24) lo que, en definitiva, traducido en términos jurídicos, significa el respeto por el ideario educativo de los centros privados como manifestación del derecho de los padres a elegir centro docente y, por consiguiente, derecho a crear estos centros inspirados en un proyecto educativo propio. La finalidad del lobby de los colegios de pago, como los define MARTIN RETORTILLO, es

el mantenimiento de su «status quo», ayudados en esta ocasión con las subvenciones procedentes de los fondos públicos.

Sin entrar ahora en considerar la legitimidad que les proporciona la defensa de unos intereses muy concretos, ya que el artículo 27 puede ser una de las muestras más representativas del consenso de intereses alcanzado durante todo el proceso de elaboración constitucional (25), sí es importante destacar, cómo frente a planteamientos históricos sustentados por el socialismo español —defendiendo básicamente la escuela pública, aunque también debe ser citada la facilidad con que el PSOE aceptó la inclusión del art. 27.9, para potenciar así el precepto consagrado en el párrafo 7 del mismo artículo—, las posturas mantenidas por UCD se muestran claramente identificadas con las ideas expresadas por los sectores católicos, asociaciones de padres, centros de enseñanza e Iglesia-Institución— papel subsidiario del Estado en la enseñanza y fomento y financiación de la enseñanza privada (26)—, aunque en el largo camino constituyente, ambos grupos hayan tenido que abandonar algunas de estas posiciones de partida. Sin embargo, esta precisión nos parece interesante a la hora de hacer una valoración política del consenso. Sin prejuzgar el comportamiento de estas fuerzas católicas, no podemos realizar un análisis de los pactos y acuerdos políticos extraparlamentarios sin tener en cuenta estas presiones procedentes de los grupos y asociaciones educativas más poderosas. Por tanto, no fueron los debates parlamentarios los que sensibilizaron a la opinión pública, sino la presión de estos grupos sociales en defensa de un determinado modelo educativo lo que hizo peligrar gravemente los acuerdos constitucionales de los partidos mayoritarios. En este sentido, el 6 de diciembre de 1977 se organiza una manifestación en Madrid convocada por la Federación Católica de Asociación de Padres de Alumnos. El 8 de marzo G. Peces-Barba se retira de la ponencia constitucional (27).

En la pugna de intereses que se esconde detrás de una norma jurídica puede ser decisiva la influencia y el poder ejercidos por los grupos que defienden unos intereses muy concretos. En el consenso constitucional español, junto a planteamientos ideológicos defendidos por los representantes de la izquierda española, se han manifestado también intereses defendidos por poderosas organización educativas y grupos de presión católicos. No ha existido un lobby que defendiera las posiciones de los que carecen de medios culturales, económicos y sociales para organizarse e influir en la toma de decisiones constitucionales. Por eso resulta sorprendente que el argumento jurídico utilizado por los centros religiosos y las Asociaciones de padres católicos para defender la libertad de enseñanza sea el derecho de los padres a elegir centro docente, (y que para hacerlo real y efectivo en condiciones de igualdad, sea imprescindible la financiación pública), ya que un sector muy numeroso de la población española no podrá hacer efectivo su derecho a elegir, o bien, su capacidad de elección está muy limitada por la falta de cultura y de información (28), o por la necesidad económica que obliga a los padres a sumar los salarios procedentes de los salarios de los hijos.

Estas consideraciones previas son, a nuestro juicio, importantes para interpretar el problema del consenso en sus justos términos. Ha

2. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL CONSENSO CONSTITUCIONAL

consensuado quien efectivamente ha tenido cauces e instrumentos políticos para poder hacerlo. El resultado de este proceso es un conjunto de normas de carácter educativo, con una valoración doctrinal muy diferente según la correlación de fuerzas políticas en el Parlamento (29). Las consecuencias y los efectos jurídicos de estas normas consensuadas serán objeto de estudio en los próximos epígrafes.

La valoración de los acuerdos extraparlamentarios por parte de la doctrina, así como las consecuencias políticas que se pueden derivar de los mismos, se mueve entre la crítica sin contemplaciones, en algunos casos cargada de connotaciones ideológicas (30), y el elogio matizado con algunas reservas ensalzando, a pesar de la prolijidad —atípica en un texto constitucional— el artículo 27 como un texto coherente, preciso y sistemático (31).

La ambigüedad del artículo 27 ha sido considerada por gran parte de la doctrina como la consecuencia jurídica más inmediata de la técnica política del consenso, lo cual va en detrimento de la interpretación y definición real del contenido de los derechos y libertades consagrados en el artículo 27, que puede ser modificado de forma importante en función de la concepción de la enseñanza asumida por el legislador ordinario (32).

Pero la política de acuerdos extraparlamentarios y de mutuas concesiones sólo podía conducir a la redacción de un precepto que ni fuera del agrado de todos ni, por otra parte, supusiera un rechazo total del mismo. No debía haber ni vencidos ni vencedores en esta contienda escolar (33). Las explicaciones a la ambigüedad del texto y al consenso como procedimiento de elaboración de una Constitución democrática se basan en la necesidad de finalizar la transición política iniciada con la muerte de Franco, y aún entonces muy débilmente consolidada. No se podía establecer la Constitución de un partido, o de unos partidos contra la de otros. La Constitución debía reflejar el propósito de todos de poner en marcha una democracia todavía muy frágil. Por esta razón, la ambigüedad llevaba consigo necesariamente la aparición de conflictos jurídicos y políticos pero podía también incitar a mantener el consenso en la resolución de los grandes problemas que la Constitución dejaba abiertos (34).

La propia supervivencia de un sistema democrático recién estrenado obligaba a las fuerzas políticas con representación parlamentaria a adoptar las grandes decisiones constitucionales a través de acuerdos extraparlamentarios en detrimento, incluso, de la transparencia y claridad constitucional —ventajas difíciles de plasmar en los textos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, ya que son resultado de los diferentes y contrapuestos intereses sociales que se manifiestan en las Asambleas Constituyentes—.

Otra de las consecuencias jurídicas resultante de estos compromisos extraparlamentarios es la remisión que el legislador constituyente hace al legislador ordinario sobre la determinación del alcance y contenido de algunos derechos fundamentales y libertades públicas

respecto a los cuales no ha sido posible llegar a ningún tipo de acuerdo. Un ejemplo de esta deslegalización constitucional son los párrafos 7, 9 y 10 del artículo 27 (35). Dependerá, pues, de las diferentes mayorías parlamentarias la determinación del grado de participación de profesores, padres y alumnos en la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos, las ayudas económicas de los poderes públicos a los centros privados, así como los requisitos para poder recibir tales fondos públicos. Además, la falta de límites con que se ha formulado la reserva legal —de carácter orgánico— otorga casi un cheque en blanco al legislador ordinario que será quien, en última instancia, determine la aplicación y el alcance de los principios constitucionales sobre la enseñanza (36).

La Constitución de 1978 resulta ser un marco abierto en el que tienen cabida diferentes opciones políticas e ideológicas, dependiendo su predominio de las fuerzas políticas con representación parlamentaria. El pluralismo que se deriva de esta posibilidad enriquece, sin lugar a dudas, nuestra incipiente democracia, pero, al mismo tiempo, dificulta la concreción y la claridad de algunos conceptos constitucionales, como son los derechos y libertades reconocidos en el artículo 27 fundamentalmente, y en el artículo 20.1.c), relativo a la libertad de cátedra. Por esta razón, ha sido el Tribunal Constitucional el órgano que, con motivo del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares (LOECE), ha definido el alcance y el contenido de estos derechos constitucionales.

Esta imprecisión constitucional se vuelve a poner de manifiesto en relación con el artículo 53 párrafo primero, cuando el legislador constituyente dirige un mandato al legislador ordinario para desarrollar los *derechos fundamentales y las libertades consagradas en el Capítulo 2.º del Título I*, obligándole, en todo caso, a respetar su contenido esencial (37). En nuestra opinión, plantea una clara incongruencia la obligación de respetar un contenido esencial que no se define, que es sumamente ambigüo, y resultado de un enfrentamiento de intereses que necesariamente puede implicar la colisión entre ellos y, en algunos supuestos, la exclusión de los contrarios. El estudio de la problemática que plantea la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de un precepto como el del contenido esencial de un derecho, será objeto de un detallado estudio cuando analicemos el tema del contenido y los límites de los derechos fundamentales de carácter educativo consagrados en el artículo 27.

Otra de las consecuencias jurídicas de los acuerdos políticos preconstitucionales derivados del consenso político, es la dificultad que al intérprete del derecho se le plantea al no poder acudir a las discusiones parlamentarias como fuente de indagación de la voluntad constituyente. Las discusiones previas a la adopción de las grandes decisiones políticas habían sido ya tomadas fuera del Parlamento, por lo que, el estudio de los debates constitucionales como fuente de interpretación jurídica no podrá aportar muchas informaciones valiosas, a no ser la de constatar continuamente la presencia del acuerdo preconstitucional, y las aportaciones técnicas de gran interés realizadas sobre todo con ocasión de las deliberaciones en el Senado (38).

El estudioso del derecho deberá profundizar más en la interpretación lógico-sistemática del artículo 27, sin perder en ningún momento de vista las particulares características de elaboración de la Constitución de 1978, lo cual implica que, dentro de las posibilidades que permite el marco constitucional, el legislador constituyente ha establecido un sistema abierto en el que se pueden integrar distintos modelos educativos según el grado de consenso alcanzado por las fuerzas políticas parlamentarias.

Sin embargo, la recepción constitucional de dos modelos educativos diferentes, los de Unión de Centro Democrático —y grupos de presión afines—, y el Partido Socialista Obrero Español (39) implica, en nuestra opinión, la adopción de políticas educativas profundamente diferentes según el grado de apoyo parlamentario del equipo gubernamental (40). Desde un punto de vista jurídico, esta consecuencia se puede traducir, si no se efectúa una interpretación equilibrada y armónica de los derechos fundamentales, en la efectividad real de algunos derechos consagrados en el artículo 27 en detrimento de otros derechos, también recogidos por el mismo precepto constitucional. Con lo que el mandato constitucional al legislador de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales puede crear difíciles problemas de solución jurídica. En otras palabras, el consenso político del artículo 27 puede obligar al legislador ordinario a realizar una política educativa de prelación de unos derechos sobre otros. El problema jurídico planteado al intérprete del derecho, al legislador, y a la jurisprudencia, es el de buscar criterios y fundamentos jurídico-constitucionales con los que resolver el problema, a nuestro modo de ver, más importante planteado por el consenso constitucional: los límites y conflictos entre derechos y libertades de similar rango constitucional.

Sólo nos queda, para terminar con el tema del consenso constitucional, hacer una breve referencia a los derechos y libertades del artículo 27 que han sido objeto preferente del compromiso político.

Los apartados 5.º —participación de los sectores afectados en la programación general de la enseñanza—, y séptimo —control de padres, profesores y alumnos, en la gestión de los centros subvencionados— son claramente una concesión del partido centrista que posibilita constitucionalmente la cogestión democrática de la enseñanza. Por su parte, el Partido Socialista ha cedido en los apartados primero —reconocimiento de la libertad de enseñanza—, cuarto, —consagración expresa de la libertad de creación de centros— y noveno —reconocimiento constitucional de las ayudas públicas a los centros privados— (41). Unión de Centro Democrático queda, de este modo, satisfecha al ver proclamada, con carácter constitucional, la libertad de enseñanza, la iniciativa empresarial y las subvenciones a los centros privados, pero, al mismo tiempo, permite la posibilidad de realizar un futuro proyecto socialista, al aceptar la participación democrática en la planificación de la enseñanza, la gestión democrática de los centros públicos —y subvencionados—, y la inspección y homologación por parte del Estado, de todos los centros educativos (42).

3. EL CONSENSO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA EDUCATIVO

Sin embargo, es necesario poner de manifiesto, al margen de las mencionadas transacciones ideológicas y de intereses, que el primer acuerdo sobre educación se adopta en la sesión del 8 de septiembre de 1977 aceptándose un texto transaccional presentado por el Sr. Roca que, al parecer, dejó bastante satisfechos a los demás grupos, pues, la izquierda únicamente expresó sus reservas por la no inclusión de la autonomía universitaria, y la derecha, por el carácter restrictivo que, a su juicio, tenía el término «escuelas» (43).

El borrador del texto constitucional fue publicado por la prensa el 25 de noviembre de 1977 sobresaliendo del mismo algunas características especialmente significativas. En primer lugar, no se establecía el reconocimiento constitucional de la libertad de enseñanza. El párrafo del —entonces— artículo 31 se limitaba a reconocer el derecho a la educación. La libertad de enseñanza quedaba, sin embargo, protegida con la mención que el párrafo cuarto del citado artículo realizaba sobre la «libertad de crear escuelas dentro del respeto a los principios constitucionales», enunciado que, a nuestro juicio, expresa mejor el contenido de este derecho individual en su dimensión de libertad para crear escuelas, sin condicionamientos ideológicos externos y, respetando siempre los valores constitucionales.

El párrafo segundo del artículo 31 del citado borrador constitucional reservaba a los poderes públicos la misión de garantizar el «acceso», en condiciones de igualdad, a la enseñanza mediante una programación general de la educación —más correcto, en este punto, enseñanza— y de las instituciones docentes de todos los niveles. Y quizás esta competencia atribuida a los poderes públicos para garantizar el acceso a la enseñanza, en condiciones de igualdad, hubiera sido una expresión más coherente porque, el contenido del derecho a la educación sólo puede efectivamente realizarse organizando un sistema educativo que posibilite realmente el acceso, en condiciones de igualdad, de todos los niños en edad escolar, a los centros de enseñanza.

El carácter preceptivo que se deriva del actual párrafo noveno del artículo 27, respecto a las ayudas con fondos públicos a los centros privados, era, sin embargo, establecido como mera posibilidad en el Anteproyecto de 8 de septiembre de 1977, reservada a los poderes públicos los cuales —decía el artículo 31.6— «homologarán y podrán ayudar eficazmente a las escuelas que reúnan los requisitos que la ley establezca» (44). Y hasta la redacción definitiva del artículo 27 fue Unión de Centro Democrático quien, a causa de la presión ejercida por los centros de enseñanza y asociaciones católicas, abandonó los acuerdos adoptados en este primer consenso educativo plasmado en el Anteproyecto de 5 de enero de 1978.

Este Anteproyecto, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el 5 de enero de 1978, es un texto mucho más denso y complejo, transaccional también y muy parecido al que definitivamente fue aprobado (45). Tampoco se reconocía en este nuevo Anteproyecto el principio de la libertad de enseñanza, aunque sí aparecía ya regulada la obligación de los poderes públicos de ayudar a los centros docentes

que cumplieran los requisitos previstos por la ley —artículo 28.9—. También se mencionaba la participación democrática en la programación de la enseñanza —párrafo 5.º— y la intervención de profesores, padres y alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos —párrafo 7.º— (46). No obstante los representantes de UCD abandonaron los acuerdos tan difícilmente alcanzados y sus votos forzaron una redacción mucho más favorable a los intereses de la enseñanza privada, lo que motivó el abandono de la Ponencia del representante socialista(47).

Esta redacción resultó mucho más favorable para las escuelas católicas, «ya que lo que estaba en el fondo de toda esta polémica era la posibilidad de fundar centros con ideario» (48) y se observa fundamentalmente en la redacción de los párrafos 5 y 6 del artículo 26 presentado por la Ponencia Constitucional con la firma explicativa del ponente socialista (49), preceptos que consolidan el pensamiento de la jerarquía católica sobre el carácter subsidiario del Estado en materia educativa (50) y la facultad de los titulares de los centros privados de «dirigir» los centros por ellos creados. El artículo 26.5 redactado por la ponencia establecía: «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 y promoción de centros docentes», mientras que el párrafo 5.º reconocía a las personas físicas y jurídicas «la libertad de establecer y dirigir centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales» (51), aspectos que no aparecían recogidos en el Anteproyecto de 5 de enero de 1978. En estos puntos UCD desconoció los acuerdos logrados en enero de 1978, recogiendo las aspiraciones de los sectores defensores de la enseñanza privada. El nuevo texto fue rechazado por el PSOE, sin duda ante el temor de que limitase el sentido del número 7 del mismo artículo que introducía la participación democrática en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (52).

Aunque quizás desde un punto de vista exclusivamente jurídico exista una consolidada doctrina sobre la inseparable relación entre «establecer» y «dirigir» centros docentes, —relación que estudiaremos más adelante—, importa especialmente subrayar las particularidades de un proceso constituyente presidido por el consenso político y constantemente perturbado por la presión ejercida por centros, asociaciones y jerarquía católica. Porque el cambio de actitud adoptado por los representantes de UCD se debió a la presión política de los grupos citados cuya finalidad era el mantenimiento de su situación privilegiada y la consolidación constitucional de sus intereses (53). Esta continua presión dirigida al establecimiento de un sistema educativo que favoreciese los planteamientos de cierto sector de la enseñanza, contrasta con la posición favorable hacia la enseñanza privada de los partidos laicos, porque el reconocimiento de la iniciativa privada en materia de enseñanza no encontró oposición en ningún grupo parlamentario y aparecía en el proyecto constitucional desde el primer borrador (54).

Tampoco existió una actitud contraria a la consagración de la libertad de enseñanza (55) en un sentido amplio aunque sus marca-

das connotaciones político-religiosas ocasionaron su ausencia de los primeros borradores constitucionales, no sólo por sus implicaciones políticas, sino también por la falta de nitidez doctrinal de este concepto. La libertad de enseñanza se presentaba como un concepto impreciso con diversas y polémicas interpretaciones, utilizadas históricamente con pretensiones políticas (56).

Por eso, cuando en marzo de 1978 se llega al segundo —y definitivo— consenso, y se acuerda la inclusión de la libertad de enseñanza como principio genérico que preside nuestro sistema educativo (junto al derecho de todos a la educación) «se trataba de satisfacer a los sectores que habían resumido en el principio de libertad de enseñanza todo un proyecto educativo en defensa de la escuela privada» (57). De ahí, que sea condición previa para analizar el contenido de los derechos reconocidos en el sistema educativo español, la consideración de la manipulación política de que ha sido objeto un concepto jurídico como la libertad de enseñanza, manipulación que se remonta históricamente, como ya hemos analizado, a aquellas coyunturas políticas en que la secularización del Estado podía poner en peligro la hegemonía ideológica ejercida por los centros de la Iglesia.

Para nada se alude en este proyecto educativo, basado en la escuela privada, a la libertad de cátedra del docente o a la libertad de expresión dentro de los centros docentes. Tampoco se hace especial hincapié en la participación de los padres, en la organización y gestión de los centros de enseñanza, siendo muy significativo que sea precisamente una Asociación de Padres la que se relega a sí misma a jugar un papel secundario en la gestión de los centros (58).

Todas estas consideraciones nos llevan a concluir, antes de entrar en el análisis jurídico del artículo 27, que el problema de la libertad de enseñanza está impregnado de connotaciones políticas y religiosas, herencia de la, aún no resuelta, secularización de la sociedad española (59), y que los principios jurídicos mantenidos por los partidarios mayoritarios han de ser interpretados desde esta perspectiva religioso-política, porque en el aspecto político, la libertad de enseñanza se ha convertido en la alternativa al proyecto educativo enunciado por los partidos laicos, una alternativa que fundamentalmente consiste en: «libertad de creación de centros docentes, con especial insistencia en el derecho a dirigirlos; derecho de los padres a elegir el tipo de educación que han de recibir sus hijos, lo que supone la libre elección de escuela, financiación pública de los centros privados y, por último, rechazo del pluralismo ideológico dentro del centro educativo» (60).

No se puede deducir, pues, que los partidos de izquierda, o laicos, algunos sindicatos de la enseñanza y colegios de Doctores y Licenciados (61) sean contrarios a la libertad de enseñanza porque su modelo educativo vaya dirigido principalmente a potenciar la escuela pública, garantizar la libertad de cátedra de todos los docentes y fomentar el pluralismo ideológico dentro de cada centro docente como presupuesto de una enseñanza crítica y tolerante. Se trata de proyectos educativos diferentes que conceden un carácter preferente a los distintos derechos que forman parte de este principio general que es la libertad de enseñanza, según sea su modelo de sociedad, pero lo

que no se puede admitir de ningún modo es que los partidos de la derecha y centros de la Iglesia se proclamen defensores de una libertad de enseñanza de la que en ningún momento histórico han sido defensores, con excepción de aquéllos en los que peligraba su situación hegemónica; que el contenido de esta libertad sea reducido a los derechos que estos grupos políticos defienden olvidando los presupuestos históricos que motivaron su aparición y que a los partidos de izquierda se les clasifique como contrarios al establecimiento de la libertad de enseñanza.

Si los planteamientos históricos de estos partidos incidían básicamente en el fortalecimiento de una escuela pública unificada, ello no es impedimento para que, durante el proceso constituyente y, merced a la técnica consensual, hayan aceptado desde un primer momento, tanto la existencia de una iniciativa privada en materia educativa como la formación religiosa y moral dentro de las escuelas y la ayuda pública a los centros privados (62).

De igual forma y como ya hemos señalado, el rechazo a introducir un concepto como la libertad de enseñanza —de contornos y contenidos imprecisos— en el texto del primer borrador constitucional, no significa que los partidos laicos, o no confesionales, o de izquierda (63) no sean partidarios de establecer un sistema educativo en el que el pluralismo y la libertad sean algunos de sus principales soportes. Al contrario, la ausencia de este principio se debe, en realidad, al abuso y a la manipulación político-religiosa de que ha sido objeto durante el pasado siglo XIX y a la dificultad de precisar el contenido esencial de esta libertad pública.

Los problemas originados con la ruptura del consenso por parte de UCD, terminarían, pues, con la introducción del concepto de libertad de enseñanza en la Comisión Constitucional del Congreso junto al derecho de todos a la educación (64). Este concepto de libertad de enseñanza venía a sustituir las exigencias del pensamiento conservador-católico de ver reflejado en el texto escrito la posibilidad de «establecer y dirigir centros docentes» del artículo 26.6 del Informe de la Ponencia y compensaba simultáneamente la supresión del carácter subsidiario del Estado en materia educativa introducido a través del artículo 26.5 del citado informe (65). La libertad de enseñanza es, pues, el cauce jurídico que permitirá a los centros y asociaciones católicas reclamar sus exigencias constitucionales en materia de derechos educativos. Su constante utilización política ha conducido a una consuetudinaria identificación entre tal principio y la enseñanza privada.

Nuestra posición, tal y como hemos tratado de demostrar en el estudio histórico de estos temas, no acepta esta concepción reducida o estricta del concepto de libertad de enseñanza, ni desde un punto de vista jurídico, ni desde el punto de vista político. La regulación constitucional del sistema educativo español plantea numerosos problemas de interpretación, no sólo sobre el objeto y el contenido de los derechos en él consagrados, sino también por la necesidad de establecer criterios de prelación entre ellos cuando el legislador ordinario deba realizar una política educativa que vaya dirigida a la efectividad real de los derechos reconocidos por la Constitución (66).

CAPITULO TERCERO PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL: LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y PLENA ESCOLARIZACION

1. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA. DEFINICION CONSTITU- CIONAL

El contenido de este epígrafe está orientado fundamentalmente a establecer el marco jurídico constitucional que regula el sistema educativo español inaugurado a partir de 1978. Junto a las aportaciones personales efectuadas durante los debates constituyentes, de escaso valor interpretativo según un sector de nuestra doctrina, las decisiones del Tribunal Constitucional respecto a los derechos fundamentales garantizados dentro del sistema educativo español (1), constituyen la definición primaria del contenido y alcance de tales derechos y libertades habiéndose consolidado ya una jurisprudencia constitucional que nos revela los dos modelos educativos planteados durante el consenso constitucional (2). En este sentido, tanto la sentencia sobre la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, de 13 de febrero de 1981, como la sentencia sobre la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (elaborada por una mayoría absoluta de signo socialista) de 27 de junio de 1985, nos proporcionan los presupuestos indispensables para realizar una interpretación de los derechos y libertades consagrados dentro de nuestro sistema educativo. De ahí, que, junto a una interpretación literal del artículo 27 de la Constitución y a su comprensión dentro de la sistematicidad genérica de todo el texto (3), sean las decisiones del Tribunal Constitucional las que definan y delimiten el alcance y la finalidad de los derechos y libertades garantizados en el ordenamiento educativo español.

Como se habrá podido apreciar a lo largo de este trabajo, cuando hablamos de los derechos y libertades que la Constitución garantiza en el campo de la educación, casi siempre utilizamos la expresión «derechos y libertades garantizados por el sistema educativo español», en lugar de hacer una referencia directa al artículo 27. Y es que, desde nuestro punto de vista, la regulación que el constituyente español de 1978 ha realizado de los derechos que se refieren a la educación puede hallarse en otros preceptos del texto fundamental, además del citado artículo 27. Así por ejemplo, los artículos 20.1.c; 43.3., 44 ó 49 completan a nuestro juicio la relación de libertades educativas del ciudadano consagradas en el contenido del artículo 27, aunque con una naturaleza jurídica diferente (4). El fomento de la educación sanitaria, física y del deporte, el derecho de todos a la cultura, o el apoyo a la investigación científica y técnica, en beneficio del interés general, son también competencias atribuidas a los poderes públicos, que guardan una estrecha relación con los temas educativos.

La política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos —enunciado del

artículo 49— si cabe perfectamente dentro del derecho a la educación garantizado por el artículo 27 (5), como auténtico derecho fundamental y no como principio orientador de la política económica y social del Gobierno. Sobre todo si el derecho a la educación se pretende satisfacer, como así parece deducirse del texto constitucional, en condiciones de igualdad.

Por ello, y dentro de esta interpretación sistemática que orienta nuestro trabajo, será esencial para delimitar el contenido de algunos derechos consagrados en el artículo 27 completar su definición con los principios recogidos en otros capítulos del texto constitucional. El derecho a la educación de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos debe considerarse en el mismo plano de igualdad o desigualdad —según veremos en el próximo capítulo— que el de los demás posibles titulares del derecho insistiendo en la relación que se plantea entre el ejercicio de estos derechos y la igualdad sustancial y efectiva garantizada y propugnada por el párrafo 2.º del artículo 9.º.

Una vez hecha esta aclaración, es preciso realizar un recorrido por los diferentes derechos y libertades garantizados a los ciudadanos españoles por el ordenamiento educativo, con la finalidad de despejar las posibles ambigüedades y contradicciones que la técnica del consenso —y el contenido mismo de las materias— haya podido introducir en la definición y el alcance de los mismos con la pretensión de esclarecer, en la medida en que ello pueda ser posible, el contenido y la naturaleza de los derechos incorporados a nuestro sistema educativo, y las diferencias entre ellos.

Para iniciar este recorrido creemos que sería interesante subrayar cuáles son, a nuestro modo de ver, los dos grandes principios que inspiran el sistema educativo establecido por la Constitución de 1978. Cuando el inciso segundo del artículo 27.1 expresa el reconocimiento de la libertad de enseñanza, la Constitución está afirmando que el derecho de todos a la educación se ha de realizar dentro de un sistema educativo plural, regido por la libertad; es, pues, el principio que constituye la proyección en materia educativa de dos de los «valores superiores» de nuestro ordenamiento jurídico: la libertad y el pluralismo (artículo 1.1. CE) (6).

Creemos que estas son las dos grandes orientaciones que el constituyente de 1978 ha establecido para la configuración del sistema de enseñanza en nuestro país: el derecho de todos a la educación ha de realizarse en un sistema educativo plural, regido por la libertad. El sistema educativo que se configure —que deberá regirse, en todo caso por el pluralismo y la libertad—, tendrá que ir orientado a realizar efectivamente —y en condiciones de igualdad— el derecho de todos a la educación —inciso 1.º del artículo 27—.

Sin embargo, la efectiva realización de ambas orientaciones puede originar en la práctica problemas de colisión entre los diferentes derechos que emanan de cada uno de estos principios y, por consiguiente, de prelación y criterios de prioridad entre los mismos. El problema de fondo sería, según una numerosa doctrina, la conciliación entre

dos grandes principios, recogidos actualmente por la Constitución vigente: la libertad y la igualdad (artículo 1.1), principios desarrollados dentro del sistema educativo por la libertad de enseñanza y el derecho de todos a la educación.

Aún reconociendo la existencia difícilmente reconciliable de estos dos grandes principios, no podemos coincidir con la identificación que es corriente hacer entre la libertad de enseñanza y el valor de la libertad, por una parte, y la igualdad y el derecho de todos a la educación, por otra. Si la historia escolar española es el resultado de la secularización social y de la asunción por parte del Estado de sus competencias temporales, controlando el monopolio de hecho —y de derecho— ejercido por los centros de la Iglesia sobre la enseñanza, no podemos compartir la idea de que la libertad sólo puede ser realizada en un sistema dominado por la enseñanza privada o libre, mientras que la organización estatal de un sistema educativo, implique necesariamente la ausencia de la libertad de enseñanza para hacer posible la igualdad de todos los ciudadanos. La historia de la educación en nuestro país ha sido la historia de una tremenda desigualdad de oportunidades dentro de una equívoca, a nuestro juicio, libertad de enseñanza, en el sentido de enseñanza privada dominada por los centros de la Iglesia. Los intentos más serios de potenciar la igualdad a través del poder público fueron radicalmente rechazados por los defensores de la libertad de enseñanza de la Iglesia (7).

Por ello, cuando el artículo 27 de la Constitución Española introduce un precepto dedicado a la instrucción con la garantía del derecho de todos a la educación en un sistema de libertad y pluralismo, está sentando, en nuestra opinión, los criterios básicos de interpretación del conjunto del sistema escolar. El legislador constituyente ha querido ante todo garantizar el derecho a la educación en un sistema educativo libre y pluralista, lo cual implica, la inexistencia de un monopolio estatal docente y en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado (8). La Constitución de 1978 ha establecido, pues, el equilibrio político entre la libertad de enseñanza y la igualdad de todas las personas ante la educación, aunque, desde nuestro punto de vista, y como trataremos de demostrar, el contenido de ambos preceptos no tiene una equivalencia perfecta con los valores de la igualdad y la libertad.

El artículo de la Constitución reservado al tema de la educación podía haberse reducido a estas dos grandes directrices: el derecho a la educación y la libertad de enseñanza (9), ya que los distintos derechos educativos que se reconocen a lo largo del articulado constitucional, bien pueden considerarse como derivaciones de ambos principios generales, o bien puede tratarse de derechos autónomos cuya naturaleza no deriva de otros principios constitucionales (10). Sin embargo, el pacto político que dio lugar a la elaboración de un texto consensuado, originó la minuciosa y extensa relación de derechos y libertades que hoy aparecen recogidos en el artículo 27, y que obedecen más a la reciprocidad de intereses políticos satisfechos que a la existencia de derechos educativos propios de la libertad de enseñanza o del derecho a la educación (11), con las consecuencias jurídicas,

políticas y económicas que una relación constitucional tan exhaustiva de derechos y libertades educativas puede suponer como vinculación directa al legislador ordinario. Lo que parece evidente es que el artículo 27 refleja un equilibrio de fuerzas que aparece en permanente tensión pero que permite su desarrollo por orientaciones ideológicas divergentes (12) como pueden ser las expuestas por los grupos de centro-derecha con la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares y la vigente Ley Orgánica del Derecho a la Educación, obra exhaustiva de orientación socialista.

La consecuencia directa del consenso constitucional ha sido la de establecer un sistema abierto en el que, respetando las reglas del juego fijadas por la Constitución, caben tanto los modelos educativos defendidos por los grupos situados a la derecha del mapa político como los puntos más significativos de un programa político de izquierdas, según el desarrollo legislativo incida más en algunos preceptos que en otros.

Por consiguiente, va a ser de gran importancia poner de manifiesto cómo del análisis del artículo 27 de la Constitución Española se desprende que el principal obstáculo con el que se van a encontrar tanto el intérprete del derecho como el legislador ordinario, es el mantenimiento de ese equilibrio consensuado entre los diferentes bienes jurídicos protegidos por el sistema educativo constitucional. Por eso, el objetivo más inmediato dentro de este epígrafe es la definición y comprensión de lo que significan los dos grandes principios que regulan la educación en nuestro país. Esto es, el análisis del derecho a la educación y la libertad de enseñanza, que constituyen la norma de cobertura o el fundamento básico del ordenamiento educativo español.

En primer lugar y, antes de adentrarnos en el análisis y desarrollo de estos dos grandes principios, no podemos dejar de subrayar cómo los problemas conceptuales en torno a la definición jurídico-constitucional del derecho a la educación no han sido tratados con el mismo detenimiento que las cuestiones referente a la definición y los límites de la libertad de enseñanza. El derecho a la educación, como derecho de contenido social, y por tanto, necesitado de la acción del Estado para su realización no tiene muchos años de existencia (13) en relación con la incorporación jurídico-constitucional de la libertad de enseñanza (14). Las equívocas conceptualizaciones de esta libertad política unidas a la juventud de un derecho a la educación todavía parcialmente desarrollado han canalizado tanto los debates constituyentes como la preocupación de la mayor parte de la doctrina —con algunas excepciones (15)— hacia el estudio del significado y eficacia jurídicas de la libertad de enseñanza así como de los derechos que derivan inmediatamente de ella, relegando a una mera declaración genérica el derecho de todos a la educación sin especificar lo que podríamos denominar como contenido básico o mínimo del derecho a la educación (16).

Tanto los pactos extraparlamentarios como las discusiones en el seno de las cámaras aparecen centrados fundamentalmente sobre la

polémica escuela privada frente a escuela pública y en cómo potenciar una u otra a través de la inclusión de los diferentes preceptos constitucionales. Así, el PSOE admite la posibilidad de ayudar con fondos públicos a los centros privados si se reserva un apartado para la participación de padres, profesores y alumnos en la gestión de estos centros, lo cual podría conducir en un futuro a la transformación de la escuela privada en pública. La no resuelta polémica histórica ha llevado a nuestros constituyentes a centrar el problema en el reforzamiento constitucional de la escuela privada, o de la escuela pública, si bien, esa misma historia nos enseña que el acceso de todos a la educación y la democratización de la enseñanza sólo va a ser posible gracias a la ayuda del Estado.

La consecuencia jurídica inmediata de este enfrentamiento es la inclusión de una serie de derechos educativos, en algunos casos como contenido de la libertad de enseñanza y, en otros, como presupuesto previo del ejercicio del derecho a la educación (17). El derecho a la formación religiosa y moral de los hijos es considerado por un sector muy mayoritario de la doctrina —coincidiendo básicamente con las propuestas de los grupos políticos más conservadores y con las manifestaciones de la jerarquía católica—, junto a la elección del tipo de educación, como uno de los contenidos esenciales de la libertad de enseñanza, *mientras que para un sector más reducido —con el cual compartimos nuestra opinión—* piensa que se trata de derechos autónomos, consecuencia del deber de tutela y protección que los padres están obligados a prestar a sus hijos, o en su caso, de la libertad religiosa; o también podrían ser manifestaciones de la representación de los padres en el derecho a la educación de sus hijos (18). En todo caso, existe una gran indefinición doctrinal en esta materia junto a una escasa generosidad en la interpretación de algunos términos conceptuales. Los grupos citados, ardientes defensores de la libertad de enseñanza, van a canalizar el enunciado formal del derecho a la educación a través de la efectividad real de la elección de centro docente por parte de los padres. La gratuidad de la enseñanza, la educación religiosa, la igualdad ante la prestación educativa, etc... son realizadas a través de la libertad de enseñanza, cuando, desde nuestro punto de vista, se trata en algunos casos de derechos autónomos o libertades públicas específicas, o bien de la interpretación partidista de algunos valores superiores consagrados por la Constitución (art. 1.1). De lo que se trata es, por tanto, de aclarar en la medida de nuestras posibilidades, el significado de los derechos y libertades garantizados por el constituyente en el ordenamiento educativo español, y atribuirles a cada uno sus respectivos contenidos.

De una primera lectura del texto constitucional puede deducirse que el esqueleto del sistema educativo español se halla consagrado en los preceptos del artículo 27, aunque otros derechos constitucionales, con idéntica naturaleza jurídica, aparezcan en otros artículos, como por ejemplo, la libertad de cátedra recogida en el artículo 20.1.c., o, en otros casos, como serían los derechos recogidos en el Capítulo de los Principios Rectores de la Política Económica y Social, el constituyente les haya concedido una diferente —menor— protección jurídica. ¿Cuáles son los bienes jurídicos que el legislador constituyente

ha protegido bajo el enunciado de la libertad de enseñanza y el derecho a la educación?

2. CONCEPCION DESCRIPTIVA Y FUNCIONAL. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL

Del estudio de los debates constitucionales así como de la opinión de la mayor parte de la doctrina se pueden diferenciar dos acepciones diferentes del concepto constitucional de libertad de enseñanza: una primera que podríamos denominar descriptiva, dentro de la cual tendrían cabida la mayor parte de los derechos educativos recogidos por el artículo 27 (19) —y especialmente algunos de ellos— y una segunda interpretación que podríamos llamar organizativa o funcional, que vendría a resaltar el significado de principio genérico que inspira todo el ordenamiento educativo español como norma de organización fundamental, pero el cual no debe ser reducido a ninguno de los derechos educativos garantizados por el artículo 27. Esta interpretación funcional implicaría desde un punto de vista negativo, la ausencia de cualquier clase de monopolio como criterio inspirador de nuestro sistema educativo, y desde un punto de vista positivo, la realización de dos de los valores superiores de la Constitución: el pluralismo y la libertad (20). Respecto al contenido del derecho a la educación, como ya señalábamos, ni los debates constitucionales ni la aportación de la mayor parte de la doctrina contribuyen a la elaboración jurídico-constitucional de este derecho.

El móvil principal de los representantes políticos al elaborar la Constitución era, bien garantizar de forma adecuada la libertad de enseñanza como derecho a elegir centro docente o derecho a crearlo, o bien potenciar la escuela pública en detrimento de la escuela privada de carácter confesional. Frente a una exhaustiva relación de derechos como contenido propio de la libertad de enseñanza (21), la preocupación de los defensores de la escuela pública se centraba no sólo en garantizar un número de plazas escolares suficientes para todos los niños de nuestro país, sino también, en el problema de los desequilibrios en la distribución de los recursos públicos para garantizar efectivamente el derecho formal a la educación. Este problema de la distribución de los fondos públicos mediatiza directamente el contenido de la libertad de enseñanza sostenido por el centro-derecha —catolicismo español.

El contenido de este derecho de todos a la educación está por elaborar y definir constitucionalmente ante las continuas interferencias y equívocos que se provocan entre su contenido y el de la libertad de enseñanza. Porque puede interpretarse que la meta de la escolarización total debe realizarse dentro de una pluralidad de escuelas «que ampare el derecho de los padres a elegir, entre las distintas opciones, el tipo de educación que desean para sus hijos» (22). El enfrentamiento ideológico que ha presidido todo el proceso constituyente se ha dejado traslucir en la escasa elaboración constitucional de algunos de sus derechos frente al minucioso y ambiguo desarrollo de algunos otros, y se han dejado en la sombra otros aspectos esenciales para garantizar el acceso de todos a la educación, pero no en su dimensión formal, sino en cuanto elemento importante de transformación y progreso de la sociedad española (23). Una de las cuestiones pendientes

es, precisamente, desarrollar e interpretar este derecho de todos a la educación garantizado incluso ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo (24), y delimitar su contenido así como el de la libertad de enseñanza ante la confusa y equívoca definición de ambos que tanto nuestra tradición histórica como las luchas políticas e ideológicas del proceso constitucional han incrementado.

Por ello, y para clarificar el panorama doctrinal, hemos considerado muy conveniente establecer estas dos diferentes concepciones del término libertad de enseñanza que resumen la compleja gama de significados con los que nos vamos a encontrar en este largo recorrido, y la necesidad metodológica de proceder a continuas clasificaciones y diferenciaciones. El caso más claro sería el de la distinción entre libertad de enseñanza y libertad de cátedra, libertades claramente separadas en el actual marco constitucional, —aunque gozan de características muy semejantes— que, no podemos dejar de analizar ya que nuestra idea de ambas es notoriamente diferente de la sustentada por una abrumadora mayoría doctrinal. Otra de las dificultades que nos plantea la delimitación de estos conceptos jurídicos es la de su identificación, y por consiguiente la redundancia de preceptos constitucionales, con algunos derechos consagrados en el propio artículo 27, como será la libertad de crear centros docentes y la libertad de enseñanza, similitud a la que, como ya hemos indicado se llega con bastante frecuencia (25).

La libertad de enseñanza garantizada en el párrafo 1.º del artículo 27 de la Constitución es, como ya hemos señalado, el resultado del consenso constitucional —el concepto no aparecía ni en el borrador del texto constitucional publicado en la prensa el 25 de noviembre de 1977, ni en el Anteproyecto constitucional, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 5 de enero de 1978— y el principal instrumento para consagrar con rango constitucional la enseñanza no estatal (26), pero prescindiendo de los condicionamientos y las presiones políticas, la interpretación jurídica de esta libertad pública se mueve, con posiciones intermedias, entre las dos grandes concepciones ya mencionadas.

1. La concepción descriptiva de la libertad de enseñanza

Esta concepción, con la que coincidimos en algunos de sus postulados, pero no en el planteamiento de partida, es la que considera como contenido básico de este principio una serie de derechos desarrollados por el propio texto constitucional en otros apartados: la libertad de creación de centros docentes con especial insistencia en el derecho a dirigirlos, el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que han de recibir sus hijos —lo que supone la libre elección de escuela— la financiación pública de los centros privados y, por último, el rechazo del pluralismo ideológico dentro del centro educativo (27).

La multiplicidad de significados derivados del principio de libertad de enseñanza se agudiza en otros autores cuando tratan de diferenciar entre libertad de enseñanza, libertad de cátedra y libertad de expresión docente. El principio de libertad de enseñanza es proyecta-

do, entonces, sobre la totalidad de los diversos actores en el proyecto educativo, la creación, dirección y orientación de centros educativos; los derechos de los alumnos y padres a la educación, a la elección del tipo de educación y a la participación; los derechos de los profesores a la libertad de expresión docente a la libertad de cátedra y a la participación en la gestión de los centros (28). La necesidad de aclarar el significado de un principio de larga tradición histórica en la legislación española deriva no sólo de la profusión y multiplicidad de derechos que pueden tener su origen en este principio, sino también de la atribución de estos mismos derechos como contenido propio del derecho a la educación.

Como posición intermedia entre esta postura y la concepción funcional de la libertad de enseñanza se podría citar la que diferencia entre libertad externa de la enseñanza (frente al Estado) y libertad interna que pluraliza y da cabida a todos los ideales sociales dentro de la misma institución (29), o en otras palabras, la, al parecer irresoluble, diferencia entre pluralismo en las escuelas —defendido por los grupos de izquierda en los debates constitucionales— y pluralismo de escuelas del que son partidarios la mayor parte de la doctrina, el pensamiento católico conservador y la jerarquía oficial de la Iglesia española (30), cuya consecuencia inmediata sería la posibilidad de crear centros docentes dotados de un proyecto educativo propio o ideario educativo del centro, expresión acuñada por la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares (31).

El Tribunal Constitucional en la sentencia de 13 de febrero de 1981 sobre la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares efectúa una interpretación del concepto de libertad de enseñanza que podríamos incluir dentro de esta definición descriptiva. De los argumentos defendidos por esta sentencia se puede configurar un concepto de libertad de enseñanza que derivaría en las siguientes manifestaciones:

1. El derecho a crear instituciones educativas, como manifestación primaria de la libertad de enseñanza, cuyo reconocimiento implica la inexistencia de un monopolio estatal docente y la garantía de un pluralismo educativo institucionalizado.
2. La libertad de cátedra de los enseñantes, equívocamente denominada por el legislador ordinario «libertad de enseñanza» en el artículo 15 de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares.
3. El derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos, reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución (32).

Sin embargo, tampoco el Tribunal Constitucional nos resuelve con esta sentencia el problema de la multiplicidad y confusión de significados entre los diferentes derechos y libertades garantizados por nuestro sistema educativo, porque una expresión clave como es la de la libertad de enseñanza no tiene el mismo significado en el artículo 27.1 de la Constitución y en el artículo 15 de la LOECE, el cual subordina su ejercicio «al respeto a la Constitución, a las leyes, al reglamento de régimen interior, y, en su caso, al ideario educativo propio del centro (33).

La identificación entre una de las manifestaciones concretas de la libertad de enseñanza —la libertad de expresión de los enseñantes— y el propio principio, tampoco es aclarada por la resolución del Tribunal Constitucional que, ante la pretensión de los recurrentes contra la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares de dictar una «sentencia interpretativa» en el motivo primero de la sentencia, el Tribunal declara que no es un órgano legislador y «sólo cabe solicitar de él pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución (34), con lo cual el carácter polisémico de las libertades educativas tampoco ha sido definido por el Tribunal Constitucional español».

2.2. La concepción funcional de la libertad de enseñanza

Incide principalmente en el carácter de principio general de libertad opuesto a cualquier tipo de monopolio dentro del sistema educativo español, basándose en dos valores superiores garantizados por el ordenamiento constitucional: la libertad y el pluralismo (35). Esta concepción funcional de la libertad de enseñanza tendría, pues, un aspecto positivo, la realización de los valores de libertad y pluralismo (art. 1.1) y un aspecto negativo que sería la prohibición del Monopolio como forma de estructurar el sistema educativo español.

En este sentido, la naturaleza de la libertad de enseñanza se nos muestra sumamente compleja ya que, «no consiste únicamente en la libertad de abrir escuelas», que formulado así aisladamente, sólo garantiza tal derecho a quien realmente tiene poder de abrirlas y de seleccionar a su público, sino que se manifiesta como una «malla de derechos y libertades» las cuales se estructuran dentro de un equilibrio dinámico y se integran unas sobre otras para producir un resultado global de libertad (36). Pero no se puede interpretar restrictivamente de modo tal que se identifique la libertad de enseñanza con el derecho de las personas físicas y jurídicas a abrir escuelas particulares, porque ni nuestra tradición histórica, ni actualmente el derecho comparado, llegan a esta conclusión (37).

Bien es verdad, que la mayor parte de la doctrina, con algunas excepciones, derivan de la libertad de enseñanza el conglomerado de derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento educativo español, la fundación de centros particulares, la libertad del enseñante (como libertad de cátedra o libertad de expresión docente), el derecho de los padres a elegir el centro más adecuado para sus hijos, la financiación de la enseñanza gratuita para garantizar en condiciones de igualdad el derecho de los padres, etc..., pero en nuestra opinión, que coincide sustancialmente con esta segunda acepción de la libertad de enseñanza, se trata de derechos educativos autónomos cuya naturaleza jurídica no puede identificarse, ni actualmente ni históricamente, con la libertad de enseñanza, aunque, efectivamente se encuentran protegidos por esta norma de cobertura que preside el marco educativo español (38).

Es decir, una Constitución como la española de 1978 que establece como marco previo de la enseñanza en España el derecho de

todos a la educación en una estructura educativa pluralista y libre, está excluyendo el monopolio como forma de organizar la enseñanza en nuestro país, pero está configurando una nueva concepción de la libertad de enseñanza que ni es la libertad individual del enseñante que era, en nuestra opinión —el sentido originario de la libertad de enseñanza— ni es el derecho de los particulares a abrir establecimientos de enseñanza diferentes a los estatales, sino un principio estructural del sistema educativo y un derecho que tiene una dimensión de garantía institucional (39), cuyo contenido obligará al legislador ordinario, en su desarrollo constitucional a garantizar la libertad y el pluralismo educativo. Este pluralismo y la ausencia de monopolio es la consecuencia inmediata de la consideración de la libertad de enseñanza como una garantía institucional. No se puede, pues, concebir como derecho fundamental en su originario sentido liberal, pero sí significa ante todo una protección constitucional contra la supresión legislativa (40).

El desarrollo legislativo del sistema educativo se encuentra, por tanto, vinculado por algunas garantías constitucionales que el legislador ordinario deberá tener en cuenta si no se quiere encontrar fuera del marco constitucional. El pluralismo educativo es la garantía institucional que no podrá ser suprimida por la legislación ordinaria. No se trata de un derecho fundamental atribuido al individuo como sujeto de un Estado de derecho, sino de un principio estructurador que el legislador ordinario deberá respetar para situarse dentro de las reglas del juego. Es el principio básico de organización de todo el sistema educativo. El derecho a la educación deberá desarrollarse, en todo caso, en un sistema educativo pluralista y libre, sin monopolio jurídico alguno (41).

El problema que plantea la definición de la libertad de enseñanza en estos términos, es la dificultad de articular el pluralismo social (42) existente en nuestra sociedad y, más aún, cuando el legislador constituyente ha elevado al rango constitucional los diferentes derechos educativos recogidos en el artículo 27 —fundamentalmente—. Es decir, el problema al cual ya hacíamos referencia en páginas anteriores, de la articulación o, mejor dicho, de los criterios apropiados para articular los distintos bienes jurídicos que han sido configurados por el legislador constituyente con igual rango constitucional. De este modo, la garantía institucional del pluralismo educativo representa para unos un sistema plural, con dualidad de centros y, por tanto, de proyectos educativos intraplurales —los públicos— y otros coherentes y homogéneos —los privados—, si hacen uso de su derecho al ideario (43), pero también puede ser otra la interpretación del pluralismo educativo, como es la que establece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 7 de diciembre de 1978, que «en razón al peso del Estado moderno, deberá realizarse sobre todo por medio de la enseñanza pública» (44).

Desde nuestro punto de vista, la realización efectiva del pluralismo educativo no puede establecerse al margen de un análisis sociológico de la situación actual y en el supuesto de monopolio de hecho de la enseñanza privada con centros ideológicamente homogéneos y

financiados con fondos públicos, hay que interpretar que en defensa del derecho fundamental de los padres, los titulares de esos centros privados no podrán establecer en ellos ideario educativo, pues de lo contrario quedaría completamente desvirtuado el derecho de los padres discrepantes con el hipotético ideario (45). El problema planteado nos reconduce de nuevo al tema de qué criterios utilizar para conciliar los diferentes bienes jurídicos protegidos —en el caso de que éstos puedan llegar a colisionar entre sí— y al empleo de la interpretación sistemática y teleológica de la Constitución como instrumento de análisis jurídico. La garantía institucional del pluralismo educativo permite, sin ninguna duda, la dualidad de centros de enseñanza como *cauce para organizar el sistema educativo español, pero la realización efectiva* (artículo 9.2.) del derecho de todos a la educación tendrá que ser articulada con las preferencias personales de los padres y titulares de centros de enseñanza. También el pluralismo educativo puede ser canalizado a través de los centros privados, y el mejor ejemplo histórico de ello nos lo proporciona la Institución Libre de Enseñanza. No creemos que la libertad de enseñanza —como garantía institucional— vincule al legislador en la forma en que ha de realizar el pluralismo educativo sino en el establecimiento de una directriz mucho más genérica: la prohibición del monopolio educativo, sea del signo que sea.

3. LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y LIBERTAD DE CÁTEDRA

La configuración de la libertad de enseñanza (art. 27.1) como garantía institucional nos plantea el problema de la delimitación de conceptos jurídicos que históricamente han coincidido, pero que la actual Constitución de 1978 diferencia muy claramente. Nos estamos refiriendo a la relación entre la libertad de enseñanza y la libertad de cátedra. Si como acabamos de exponer la libertad de enseñanza es la garantía institucional que sirve de soporte a todo el ordenamiento educativo español, en cuya estructura son dos los principios inspiradores por excelencia, —libertad y pluralismo—, en qué medida este pluralismo educativo afecta a la libertad de cátedra como libertad individual del enseñante o qué consecuencias jurídicas derivan —respecto a la libertad de cátedra— de la consideración de la libertad de enseñanza como una garantía institucional.

La doctrina no es unánime respecto a la naturaleza actual de la libertad de cátedra, porque, tampoco es un nuevo derecho individual de los docentes que *quepa identificar sin más con la libertad de expresión docente*. Para un sector es una garantía institucional que define la estructura del proceso educativo (46), mientras que otro sector doctrinal sólo considera como garantía institucional la libertad de enseñanza (27.1) y la autonomía universitaria (47). Las consecuencias jurídicas para el estatuto del profesorado variarán según el centro público o privado en que desempeñe su función el docente singular y, a nuestro juicio, según su consideración o no como garantía institucional.

El Tribunal Constitucional en su sentencia de 13 de febrero de 1981 realiza esta diferenciación entre los centros públicos y los privados pero no hace ninguna referencia a la libertad de cátedra como garantía ins-

titucional; se trata —se argumenta en el motivo 1.º de la sentencia—, «de una libertad frente al Estado o, más generalmente, frente a los poderes públicos, cuyo contenido se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente en primer término, y el nivel educativo al que tal puesto docente corresponde» (48). La libertad de cátedra no es concebida, pues, como una garantía institucional, sino como una libertad individual ejercida frente a los poderes públicos. En los centros públicos de cualquier grado o nivel, la libertad de cátedra es, en este sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o doctrina oficiales. (49).

El contenido positivo de la libertad de cátedra, es decir, la libre orientación ideológica de la enseñanza, se ve condicionado en los niveles educativos inferiores tanto por el grado de formación de los alumnos como por la elaboración de los Planes de estudio por la autoridad competente, aunque el Tribunal Constitucional no duda en atribuir tal libertad pública a «todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora» (50), opinión que puede inducir a algunas confusiones, y que ha obligado a algún sector de nuestra doctrina a diferenciar entre libertad de cátedra, cuyos titulares serían los catedráticos de Universidad, de otras expresiones que podrían perfilarse de alguna manera la libertad de expresión en la enseñanza como «libertad de docencia e investigación» o, simplemente, «libertad de expresión docente» (51).

Junto a una configuración de la libertad de cátedra como libertad individual atribuida al docente singular para expresar sin trabas su pensamiento en el centro escolar, la libertad de cátedra puede ser, también, una garantía institucional, es decir, «un derecho marcadamente público, cuyo contenido está orientado de modo directo en beneficio de la sociedad y en este caso, en defensa concretamente de la libertad de la ciencia. Es este aspecto institucional de la libertad de cátedra el que la configura no sólo como un derecho individual de libertad frente a los poderes públicos, sino como un bien jurídico cuya protección será exigible a los poderes públicos aún cuando la enseñanza se ejerza en centros privados (52).

La doble dimensión de la libertad de cátedra como derecho de carácter individual de todos los enseñantes y como garantía institucional orientada en defensa de la libertad de la ciencia también es aceptada por un sector de la doctrina española, atribuyendo un carácter preferente a la dimensión social sobre la personal. En este sentido se puede interpretar antes como una garantía institucional de la sociedad en general, y del profesor y los alumnos en concreto, que un derecho subjetivo del enseñante» (53).

Lo que no parece ofrecer ninguna duda respecto a la naturaleza jurídica de la libertad de cátedra es su configuración constitucional como un derecho público subjetivo, ya que el artículo 53.2 de la Constitución Española confiere a los ciudadanos la posibilidad de desarrollar la libertad de cátedra como un auténtico derecho subjetivo ejerci-

table frente a los poderes públicos (54). Menos unanimidad existe en su configuración como garantía institucional.

En nuestra opinión, la libertad de cátedra, como libertad originaria de carácter individual frente al poder público, también ha sufrido una evolución desde su recepción jurídica por la Constitución de 1931. Si en aquellas fechas, la libertad de cátedra era atribuida a todos los profesores —funcionarios públicos— como manifestación genuina de la libertad de enseñanza frente a los poderes públicos, la aplicación del pensamiento institucional y la concepción del Estado actual como Estado de la cultura y el progreso han contribuido a configurar un concepto de libertad de cátedra que trasciende su configuración como derecho público subjetivo. Esta evolución es puesta de manifiesto durante los debates constitucionales por la presentación de una enmienda del Grupo Comunista, en la que se pretendía sustituir la libertad de cátedra por la «libertad de expresión docente» (55). La conservación del término es defendida por el grupo socialista, porque se trata de un concepto que está absolutamente consagrado y porque es omni-compreensivo (56).

La libertad de cátedra consagrada en el artículo 20.1.c. del texto constitucional —y por consiguiente susceptible de ser recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, por una violación procedente de los poderes públicos— ha sido mantenida como un derecho público subjetivo que protege al libertad de todos los profesores y docentes por sus marcadas connotaciones liberales y políticas y por su larga tradición como concepto jurídico que nació para defender la esfera de autonomía del profesor ante las posibles arbitrariedades de los distintos Gobiernos.

Ya hemos insistido, en repetidas ocasiones, que, en nuestra opinión, la libertad de cátedra tiene un significado originario similar al de la libertad de enseñanza y que sólo en la Constitución de 1978, debido a su ubicación en artículos diferentes, parecen adquirir significados diversos. El precepto consagrado en el artículo 20.1.c. es el derecho público subjetivo que se le atribuye a los docentes en un Estado de cultura, en el cual uno de los principios fundamentales es la libertad de enseñanza —concebida como garantía institucional—, y otro desde una perspectiva social, el principio de plena escolarización.

Quizás hubiera sido más conveniente introducir una redacción semejante a las que se recogen en las Constituciones Alemanas o Italianas (57), consagrando la libertad del arte y de la ciencia así como su enseñanza, definición más acorde con un Estado de cultura en el que los derechos individuales, y, en concreto, la libertad de cátedra, sirven no sólo a los intereses del investigador o profesor particular, sino a la libertad de información del alumno y al desarrollo de la sociedad entera. El titular de la libertad de cátedra no puede prevalerse de su situación para adoctrinar o hacer proselitismo sobre sus alumnos, porque su derecho subjetivo existe, precisamente, como consecuencia de otros intereses igualmente importantes, los intereses de los alumnos y los de la sociedad en general. Por ello, hay quien ha señalado también, que su lugar hubiera sido en el artículo 27, como uno más

de los derechos reconocidos en aquél y bajo la cobertura de la libertad de enseñanza como garantía institucional, de cuyas características también participa (58). El fundamento de la libertad de cátedra no se encuentra en los intereses particulares de un determinado investigador, protegidos mediante la creación de un derecho subjetivo, sino únicamente en la misma esencia de la investigación (59).

Hubiera sido más conveniente, pues, olvidando incluso problemas políticos y conceptuales, hacer una declaración a favor de la libertad de la ciencia y de la investigación —así como de su enseñanza— como definición genérica de libertad y pluralismo dentro de un Estado de la cultura con las consecuencias de una garantía institucional, y con las repercusiones de toda índole que tal consideración hubiera ocasionado (60). Sin embargo, y merced al consenso constitucional, era preciso hacer una exhaustiva declaración de derechos, especialmente respecto a la nueva configuración del sistema educativo. En defensa del texto constitucional, pues, hay que afirmar que, a pesar de la relación de las diferentes libertades públicas y derechos fundamentales, esta excesiva minuciosidad ha permitido, quizás, avanzar y consolidar la moderna democracia española.

Desde otra perspectiva, el alcance y los efectos jurídicos de la libertad de cátedra varían según el centro —público o privado, universitario o no— en el que el profesor desempeñe sus funciones, como así lo ha declarado ya el Tribunal Constitucional. Sobre las consecuencias jurídicas de la libertad de enseñanza como garantía institucional hablaremos más adelante porque, a nuestro modo de ver, es la construcción jurídica que nos puede permitir analizar el problema de los límites de los derechos fundamentales y la eficacia de los mismos entre particulares.

Cuando hablábamos de la libertad de enseñanza en su aspecto funcional insistíamos especialmente en señalar su contenido negativo, es decir, la prohibición de cualquier clase de monopolio en el sistema educativo caracterizado por la libertad y el pluralismo. Pero el encabezamiento del artículo 27 aparece presidido también por el reconocimiento del derecho a la educación. Aunque no es objeto de este trabajo analizar el contenido y los efectos de este reconocimiento constitucional, sí es importante detenernos en su definición, por la actual confusión doctrinal que existe entre su contenido y el que se atribuye a la libertad de enseñanza (61), y porque la delimitación de su alcance y contenido es una cuestión previa y necesaria para la resolución del conflicto entre bienes jurídicos y derechos fundamentales de similar rango normativo. Desde otra perspectiva, el problema del derecho de todos a la educación reconocido en el artículo 27.1, nos lleva directamente a realizar una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución de 1978 (62).

Respecto al primer punto, ya hemos mencionado la confusión doctrinal que existe entre lo que se considera como contenido propio de la libertad de enseñanza, y aquellas otras características que definen

4. EL PRINCIPIO DE PLENA ESCOLARIZACIÓN Y EL ESTADO DE LA CULTURA. DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACION

el contenido del derecho a la educación. Entre los derechos que configuran la libertad de enseñanza se citan los siguientes: derecho a recibir instrucción, libertad de cátedra, derecho a elegir entre los distintos centros docentes, creación y régimen de estos mismos centros, mientras que estos mismos derechos, incluyendo algunos más como el derecho de los padres a que sus hijos reciban instrucción religiosa, son también considerados como el contenido básico del derecho a la educación (63). Por lo tanto, pensamos que es una labor inexcusable delimitar el contenido del derecho a la educación por sí mismo, y en relación con la libertad de enseñanza como garantía institucional que protege el pluralismo educativo y rechaza el monopolio como sistema de organizar la enseñanza. Porque son muchas las voces que identifican el derecho a la educación con la realización del valor de la igualdad y sin embargo, tal pretensión parecía incompatible con el principio de libertad de enseñanza en su acepción de derecho a crear centros docentes, o, en otras palabras, «frente a la tendencia a la publicación de la enseñanza se ha opuesto siempre el principio de libertad; la pugna de estos dos principios —estatalidad y libertad— es una constante de nuestra legislación histórica» (64). Pero en nuestra opinión es una constante interpretada de forma partidista y simplificada ya que, durante los cuarenta años de régimen franquista —como hemos analizado— se produce la etapa de mayor apogeo de la enseñanza privada por la implantación obligatoria de la confesionalidad católica dentro del Estado español.

Si de nuestra interpretación histórica no podemos deducir que la libertad de enseñanza sea sinónimo de enseñanza privada o confesional, tampoco podemos calificar como un sistema educativo regido por la libertad aquél en el cual el Estado no asume sus competencias en el campo de la educación; ni en sentido contrario, una estructura educativa caracterizada por una fuerte intervención estatal tampoco tiene por qué excluir por principio, la libertad y el pluralismo.

Bien es verdad que nuestra más reciente historia política y constitucional no corrobora esta afirmación, como lo demuestra el caso de la Constitución de la II República española con la prohibición de ejercer la enseñanza a las Ordenes religiosas. Para la interpretación de estos acontecimientos nos remitimos al estudio del primer capítulo de esta tesis, en el que el problema político-religioso de la enseñanza ha influido de tal manera en su evolución que ha mediatizado la definición y calificación de diferentes conceptos jurídicos.

Tal vez, si estemos de acuerdo en señalar que la Constitución de 1978 es un intento de conciliar y equilibrar principios tradicionalmente enfrentados y que «por primera vez la libertad en la transmisión del saber y la efectividad en el acceso a la recepción han sido integrados dialécticamente en un intento de conciliación de los principios constitucionales de libertad e igualdad» (65), porque la Constitución en sí misma es el resultado de ideologías contrapuestas, y junto a una fuerte intervención estatal, se consagra una exhaustiva correlación de derechos y libertades del individuo; pero lo que no podemos admitir en modo alguno es que un sistema educativo que preconice la escuela pública con pretensiones de posibilitar el acceso igualitario de todos

los individuos sea por definición contrapuesto a la libertad de enseñanza. Ni los datos de nuestra historia constitucional, ni el estudio de los sistemas educativos europeos nos llevan a admitir este tipo de conclusiones. Y, una vez hechas estas aclaraciones vamos a desarrollar el principio de plena escolarización, atendiendo principalmente al derecho a la educación y a su relación con la libertad de enseñanza.

Independientemente de la interpretación que aquí podamos realizar sobre este segundo principio que, a nuestro juicio, inspira el ordenamiento educativo español, la enumeración de los efectos jurídicos y el alcance del derecho de todos a la educación —en su relación con la libertad de enseñanza—, será analizada también con el resto de los derechos educativos recogidos en el artículo 27 de la Constitución, desde el punto de vista de los límites y conflictos entre los diferentes derechos fundamentales de carácter constitucional, aunque como venimos señalando ya en repetidas ocasiones, el esqueleto y la estructura de nuestro sistema educativo viene definido por la realización del derecho de todos a la educación en un ordenamiento educativo caracterizado por el pluralismo y la ausencia de monopolio. ¿Qué ha querido decir el legislador constituyente cuando señala que el derecho de todos a la educación (27.1) ha de realizarse en un sistema de libertad de enseñanza (27.1)?

El concepto de libertad de enseñanza, introducido como decíamos en páginas atrás, para satisfacer las pretensiones e intereses de la enseñanza no estatal con unas características, a nuestro modo de ver, bastante reduccionistas y simplistas, sólo puede ser interpretado en nuestro sistema educativo actual como la imposibilidad de establecer un monopolio estatal. La libertad de enseñanza recogida en el 27.1 si bien beneficia a la enseñanza privada desde un punto de vista político, ello no determina el sentido y la finalidad de un principio que constituye uno de los pilares de la estructura educativa constitucional. El derecho a la educación ha de realizarse, pues, dentro de una organización pluralista, libre y no monopolística y dentro de un marco jurídico que ha de contar con los principios y valores recogidos por la Constitución como un todo unitario.

Para la definición y delimitación de este derecho de poco nos sirven los debates parlamentarios y las intervenciones de los diferentes representantes políticos, ya que la abusiva y desmesurada preocupación porque la libertad de enseñanza —en el sentido de enseñanza no estatal, o privada— quedara lo suficientemente garantizada, perjudicó una posible clarificación de lo que el legislador constituyente entendía por derecho a la educación.

Las dos posturas que aparecen más definidas a lo largo de la elaboración del texto constitucional son, por un lado, la que condiciona el derecho a la educación a la elección por parte de los padres del tipo de educación que desean para sus hijos, y, por lo tanto, la elección del centro de enseñanza que mejor se adapte a sus convicciones: el derecho a la educación sería básicamente el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que prefieren para sus hijos. Mientras que para la otra postura, la preocupación por el derecho a la edu-

cación está íntimamente relacionada con el fortalecimiento de una escuela pública que, en condiciones de igualdad, garantice no sólo un reconocimiento formal del derecho sino su realización efectiva y práctica tendente a la transformación progresiva de la sociedad (66). Pero, al contrario de lo que ocurre con la libertad de enseñanza que adolece de una minuciosa y detallada correlación de derechos y facultades, respecto al derecho a la educación no se observan diferentes interpretaciones sobre cuál pueda ser su alcance y contenido.

La causa principal de que esto sea así radica en la evidente desigualdad de oportunidades que ha existido secularmente en el acceso a la educación y en la privilegiada situación de las capas económicamente más fuertes de nuestra sociedad que siempre han tenido acceso a los centros de enseñanza. De ahí que el peso de la tradición histórica española fuertemente condicionada por problema de carácter político, religioso y económico, haya servido de móvil para luchar por una Constitución que fortaleciera la escuela pública a través de la cual se realizara efectivamente la igualdad en el acceso a la educación. Porque la única posibilidad de conseguir una sociedad más igualitaria en el campo de la educación es la potenciación de la escuela pública, la intervención del Estado en las relaciones sociales con la finalidad de distribuir más igualitariamente los fondos públicos en beneficio de los más necesitados (67). La escuela privada no ha contribuido a nivelar las oportunidades de todos los españoles en el acceso a la educación sino que muy al contrario, siempre ha sido configurada como la enseñanza a la que acudía la élite de la sociedad española.

Por eso, la tensión entre enseñanza pública y privada presente en todos y cada uno de los debates parlamentarios y extraparlamentarios, ha impedido la discusión jurídica sobre el contenido de este derecho fundamental, y detrás del enfrentamiento libertad de enseñanza —derecho a la educación, se ocultaba la polémica enseñanza laica— enseñanza confesional y escuela pública frente a escuela privada (68).

La elaboración doctrinal de este derecho a la educación es, pues, una necesidad urgente con vistas a la seguridad y certeza jurídicas, así como para garantizar una efectividad real de los derechos a todos los ciudadanos. Y para realizar esta diferenciación entre libertad de enseñanza y el derecho a la educación es un requisito previo e indispensable *interpretar la primera como una garantía institucional y acentuar el contenido social del derecho a la educación con los efectos jurídicos que ello conlleva*, que ha de ser satisfecho en un sistema educativo en el que el Estado tenga un papel de corrector y planificador de la oferta educativa, sin que ello implique menoscabo alguno para la libertad de enseñanza.

El derecho a la educación tiene un reconocido carácter social y su recepción como derecho constitucional se produce por primera vez en la Constitución de 1978, aunque se pueden encontrar precedentes incluso en la Constitución de 1812, a nivel nacional, y en la Constitución jacobina de 1793, a nivel europeo (69). Y es que el problema del derecho a la educación está íntimamente relacionado con el de la es-

cuela pública y la extensión de la instrucción y la enseñanza a todas las capas sociales de un país. En España, se hablaba ya de la gratuidad de la enseñanza en el Informe Quintana, en 1814 (70), subrayando la importancia del nivel de instrucción de los ciudadanos como requisito previo para el ejercicio de los derechos individuales, aunque en los textos del siglo XIX sólo apareciese recogida la libertad para fundar centros docentes (71).

Pero antes de entrar en el análisis de las características de este derecho social, queremos dejar bien claro nuestra postura contraria a canalizar el derecho a la educación a través de la elección por parte de los padres del tipo de educación que prefieren para sus hijos, aunque tal derecho esté reconocido por nuestro ordenamiento educativo en virtud del artículo 10.2 del texto constitucional (72), al que más adelante haremos especial referencia. En primer lugar porque se trata de un concepto eminentemente ideológico que pretende consagrar con un tratamiento idéntico al de los centros públicos la enseñanza privada, realizando el principio de pluralismo interno de centros como instrumento más adecuado para garantizar una enseñanza ideológicamente homogénea, finalidades que, en nuestra opinión, guardan relación con intereses de los padres pero no de los niños. Y, en segundo lugar, porque el derecho a elegir el tipo de educación, y por lo tanto el centro docente que mejor se adapte a las convicciones de los padres sería, precisamente un derecho educativo autónomo que corresponde a los padres, o bien una manifestación del deber de tutela y protección al que están obligados los padres, y, como una expresión fundamental de este deber, está la educación tanto física como espiritual de los hijos (73).

En este sentido, el derecho a elegir el tipo de educación y el centro docente reconocido en nuestro sistema educativo gracias a la introducción en el Senado del artículo 10.2 es, o bien un derecho educativo paterno cuyos titulares son los padres, o bien, una manifestación del deber general exigido a los padres por el Código Civil, de educar y alimentar a los hijos pero, en ningún caso, nos parece que sea el contenido del derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1; que, en virtud del principio de libertad de enseñanza se permita la elección del centro docente no significa que constitucionalmente se derive una obligación indiscriminada y sin ningún tipo de controles de subvencionar a los centros privados, para garantizar el derecho a la educación interpretado en este sentido. Porque esta interpretación olvida uno de los aspectos más importantes de este derecho, y es que el objeto sobre el que recae la protección y los beneficios constitucionales es el educando. El continuo punto de referencia del entero sistema educativo es el educando (74).

Si bien el ejercicio de este derecho ha de ser realizado por los padres durante los primeros años de vida del niño (75), ésta no es razón para desviar el derecho a la educación de su verdadero objeto y de una elaboración doctrinal orientada fundamentalmente a delimitar el alcance y los efectos jurídicos de un derecho que, si cabe denominarlo como tal, va dirigido a proteger un bien jurídico muy concreto y determinado: el acceso de todos los individuos a una plaza escolar (o

el principio de plena escolarización). Vamos, pues, a señalar las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales realizadas respecto al contenido de este derecho a la educación, recogido como norma fundamental reforzada en el artículo 27.1 de la Constitución española (76).

En este sentido la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982, en el caso *Campbell and Cosans* contra Gran Bretaña establece:

«Así hoy sabemos que, según el Tribunal, el derecho a la educación no posibilita a pedir al Estado la creación de un determinado sistema de enseñanza, sino que significa sólo el derecho de acceso a los puestos escolares existentes...» (77).

El problema que nos puede plantear la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, —desde la aprobación del artículo 10.2 de la Constitución utilizada como criterio de interpretación de los derechos fundamentales—, es cómo se garantiza este acceso a los puestos escolares existentes, si potenciando la enseñanza privada o creando y promocionando centros públicos, y en qué condiciones se va a desarrollar la educación, en el hipotético caso, no real, de que todos los individuos tuvieran acceso en condiciones de igualdad (artículo 14) a los puestos escolares disponibles. Se trata, en nuestra opinión, de un problema de conflicto y prelación entre bienes jurídicos protegidos por el legislador constituyente, con el mismo rango normativo y la misma eficacia jurídica.

La disyuntiva entre la escuela pública o privada nos remite directamente a la naturaleza jurídica de un derecho de carácter social, pero colocado en el Título I, Capítulo 2.º, Sección 1.ª de la Constitución, junto a la mayor parte de las libertades públicas y derechos individuales. No es unánime la doctrina sobre esta naturaleza del derecho a la educación como derecho público subjetivo. Para algunos el artículo 27 abandona las concepciones clásicas que incluyen la educación entre los temas asistenciales asumidos por la Administración, para pasar a configurarla como una prestación constitucionalmente establecida y directamente exigible; el derecho a la educación sería pues, un derecho público subjetivo de prestación exigible frente a los poderes públicos, sin que ello prejuzgue el modelo educativo general, ni menoscabe necesariamente el principio de libertad de enseñanza (78). Sin embargo, otro sector doctrinal critica la ubicación del derecho a la educación junto a las típicas libertades públicas y derechos individuales (79). Esta cuestión no es, pese a lo que pudiera creerse a primera vista, un problema sin importancia sino que puede ocasionar consecuencias normativas en cuanto a la reserva de Ley Orgánica a que se refiere el artículo 81.1 y en lo relativo a su protección ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2 y 161).

Efectivamente, no podemos hablar de libertades públicas en su sentido originario, es decir, frente al poder público, cuando nos referimos a la naturaleza y a la estructura del derecho a la educación, porque según su estructura lógica y jurídica, se encuentra en contraposición con los derechos fundamentales y de libertad típicamente indivi-

duales (80). Sería un derecho atípico que por su propia estructura no debía haber sido ubicado por el legislador constituyente español junto a tradicionales derechos fundamentales cuya definición y alcance como libertades individuales, protectoras de la esfera de autonomía privada frente al Estado, permite una clasificación lógica conjunta.

Sin embargo, y a pesar de esta atípica clasificación conjunta de derechos individuales junto a los denominados derechos sociales en una misma Sección del texto constitucional, creemos que se puede encontrar alguna razón para averiguar por qué el derecho a la educación ha sido instalado en la parte constitucional que goza de mayor protección y mayores garantías jurídicas. La razón creemos encontrarla en la definición y el papel que corresponde al Estado de la Cultura (81) en la organización del sistema educativo español. La tradicional pugna histórica entre el papel subsidiario del Estado dentro de la enseñanza frente al carácter primario de la iniciativa privada, se ha visto superada por la configuración y la importancia que el constituyente de 1978 ha concedido al Estado de nuestros días. Ya no tiene sentido, pues, seguir potenciando desde una perspectiva jurídico-constitucional, la posición subsidiaria del Estado, puesto que le son reconocidas amplias iniciativas en materias económica y educativa (82).

La intervención más profunda del Estado en la educación, la creación de centros, no se hace depender de la falta de iniciativa privada como pretendería la posición de la subsidiariedad, sino del desarrollo efectivo del derecho a la educación. El Estado es, por tanto, un sujeto activo de la educación, el sujeto primordial, pues además de crear centros, programa la enseñanza, lo que implica la fijación del esquema del proceso educativo y de las enseñanzas a impartir teniendo en cuenta ahora las competencias de las CC.AA. sobre la materia (83). Aunque somos conscientes de las dificultades que se plantean para delimitar tanto el contenido como la naturaleza jurídica de este derecho —derecho que por otra parte no aparece consagrado en el país que modernamente «elabora y construye la teoría y práctica de los derechos fundamentales» (84)— si podemos afirmar que el constituyente español ha configurado un sistema educativo en el que se reserva un papel fundamental al Estado cuyo objetivo es conseguir ese derecho de acceso a los puestos escolares en virtud del principio de plena escolarización.

El cuidado efectivo y la realidad del derecho a la educación es por tanto misión del Estado, en el sentido de establecer las condiciones estructurales necesarias para que se pueda producir el acceso de todos los individuos a los puestos escolares existentes, bien a través de la iniciativa privada o bien a través de los centros públicos creados y sostenidos por los poderes públicos. Desde este punto de vista, todos los ciudadanos (85) pueden exigir del poder público, quizás no un puesto de enseñanza individualmente considerado —si nos atenemos a la lógica de las libertades individuales—, pero sí el establecimiento de una estructura educativa y la adopción de una política económica que permita garantizar al mayor número de personas un puesto escolar digno. La intervención del Estado en la sociedad, recogida entre otros conceptos constitucionales por la cláusula del Estado Social, con

todas las críticas que su inclusión constitucional merezca, que las analizaremos en su momento, obliga, desde nuestro punto de vista, a los poderes públicos a realizar una política educativa tendente a garantizar el acceso de todos los individuos a la educación dentro de un pluralismo institucional que, como ya ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha de canalizar fundamentalmente a través de la escuela pública (86). Lo cual, no es obstáculo como ocurre en la mayor parte de los países europeos para permitir la iniciativa privada en materia de educación que puede adoptar diversas formas de financiación, según el grado de desarrollo económico.

El problema de la naturaleza jurídica del derecho a la educación reside, pues, en su clasificación, bien como un derecho de crédito frente a los poderes públicos, bien como una norma meramente programática de la cual no se puede derivar, en ningún caso, un derecho subjetivo en favor del individuo. El tema nos parece muy complejo, y rebasa, sin lugar a dudas, el análisis jurídico. El derecho a la educación que, en opinión de algún autor, nace antes como un derecho de la sociedad que como un derecho del individuo, aunque en la actualidad debe ser entendido como cualquier otro derecho (87), ha de ser relacionado, si queremos comprender el por qué de su consideración como derecho fundamental, aunque sea atípico, con el papel y la evolución del Estado desde el siglo XIX hasta nuestros días.

El desarrollo de la enseñanza pública y la valoración de la educación como cauce indispensable para el desarrollo y el progreso económico y social de los pueblos, así como para conseguir el soporte político imprescindible de la democracia, conlleva paulatinamente a su consideración como un bien jurídico fundamental digno de protección, incluso a nivel de norma constitucional como ocurre en el caso español (88).

La educación pasó de ser un instrumento para educar a las élites del país, o un bien de lujo accesible exclusivamente a las clases más fuertes económicamente, a ser el vehículo necesario tanto para la supervivencia y desarrollo de los estados como para la realización personal de sus individuos. La educación es, desde un punto de vista estructural, un bien necesario, una inversión económica imprescindible y, por tanto, un bien jurídico necesitado de protección por parte de los ordenamientos jurídicos de los estados. Desde un punto de vista individual, la educación, es hoy en día, un requisito imprescindible para la entrada en el mercado de trabajo, presupuesto ineludible para la adquisición de un determinado status económico y social. Actualmente existe una íntima correlación entre el derecho a la educación y el derecho al trabajo, y por otro lado, entre la política económica y la política educativa de los estados intervencionistas actuales. La educación se considera no como un bien de consumo, sino más bien como una inversión, ya que el sistema educativo produce los recursos humanos necesarios para el crecimiento de la economía; por ello la educación debe adaptarse a las necesidades del desarrollo económico procurando no formar personal que no tenga posibilidades de incorporarse al mercado de trabajo (89).

El planteamiento del problema de la naturaleza jurídica del derecho a la educación debe realizarse pues en los siguientes términos: la educación de los ciudadanos se articula de forma inseparable con la actual configuración del Estado de nuestros días, es decir, no podemos entender como derecho a la educación, «la pretensión del individuo a una oferta educativa ajustada a sus motivaciones personales» (90), pero tampoco se reduce, en nuestra opinión, a un mero principio programático que sólo vincula a los poderes públicos en el sentido de orientar la política educativa. Se trata de un derecho a recibir determinadas prestaciones estatales con un carácter limitado dentro de un complejo sistema de equilibrio entre los diferentes derechos fundamentales. (De nuevo entramos ante el problema que ya planteábamos páginas atrás, de los límites de los derechos fundamentales y del conflicto y prelación entre diferentes derechos concurrentes que será objeto de análisis en el próximo capítulo). O quizás hubiera sido más adecuado y menos conflictivo haberse limitado a señalar la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza básica.

Pero el problema no se reduce a una situación de concurrencias entre diferentes derechos de similar rango jurídico, sino que es preciso incardinar su resolución dentro del actual Estado prestador de servicios de nuestros días. Porque, no sólo respecto a la educación, sino en relación a la mayor parte de los derechos fundamentales, el Estado es el principal canalizador para la realización y garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por muy importante que sea para la configuración de los derechos fundamentales la defensa frente a injerencias estatales en la esfera individual, hoy día, son otros aspectos de los derechos fundamentales los que cobran especial relevancia y, en particular, dentro del sector educativo. La realización de los derechos fundamentales a través de los servicios prestados por el Estado es un problema específico del sector educativo (91).

Cuando la educación se ha convertido en un bien jurídico de la mayor transcendencia para la vida de los individuos y cuando al mismo tiempo la realización efectiva de niveles dignos de educación se halla en manos del Estado de la Cultura de nuestros días, es de suma importancia elaborar un concepto del derecho a la educación que ni deje en palabras huecas la enunciación formal de un principio genérico, ni, por otra parte, genere expectativas ilimitadas de satisfacción irrealizables para todos y cada uno de los individuos de un Estado. Por ello cuanto más intensamente se dedica el Estado moderno a procurar la seguridad social y la promoción cultural de los ciudadanos, tanto más intensamente hace acto de presencia, junto al postulado originario de la salvaguarda de la libertad, la exigencia complementaria de garantía fundamental del disfrute de los servicios prestados por el Estado (92). Cuando la educación se ha convertido en un bien jurídico de la máxima transcendencia para la realización, entre otros, del derecho al trabajo, por la mayor cualificación profesional que puede adquirirse en el mercado educativo, es inexcusable delimitar el alcance de un derecho garantizado a nivel constitucional que puede ser exigido incluso ante el Tribunal Constitucional. Pero ¿qué es lo que puede exigir un ciudadano ante el Tribunal Constitucional para que le sea reconocido su derecho a la educación? ¿Un puesto escolar de carác-

ter público? ¿El puesto escolar que se adapte a las convicciones filosóficas y religiosas de los padres? ¿La creación de los centros docentes necesarios para evitar el *númerus clausus*? ¿Una política de becas que permita a los padres elegir el centro docente deseado? El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado, aunque de forma genérica, sobre el tema de la subvención de las libertades públicas y sobre el problema de la eficacia práctica de la cláusula del Estado Social, así como sobre la incidencia del principio de Igualdad en la actuación de los poderes públicos, en sentencias que serán objeto de estudio detallado en próximos capítulos, pero en las dos sentencias que resuelven, hasta el momento, los problemas en torno a la estructura educativa establecida tanto en la LOECE como en la LODE, el centro de atención se ha desplazado hacia problemas de carácter ideológico-confesional, hacia el tema del ideario y la subvención de los centros privados de enseñanza, en definitiva hacia la resolución de lo que se plantea como el contenido básico de la libertad de enseñanza.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha interpretado el contenido del derecho de todos a la educación que aparece enunciado formalmente en el apartado 1.º del artículo 27, y ha quedado sin resolver el problema sustancial de la enseñanza que reside, no tanto en el puro reconocimiento formal del derecho de toda persona a la educación, como en establecer los medios adecuados para ello. La financiación efectiva de un sistema educativo es lo que podrá dar la medida de la posibilidad de ejercer este derecho fundamental transformándolo en algo realmente operativo (93).

Y aquí reside, en nuestra opinión, el problema central de la naturaleza jurídica del derecho a la educación que, si bien puede interpretarse como la pretensión del individuo a una oferta educativa ajustada a sus motivaciones personales, no podrá ser por su propia naturaleza ilimitada, sino proporcionalmente condicionada a lo que el individuo pueda reclamar de la sociedad. Ello habrá de ser enjuiciado, en primer lugar, por el legislador quien ha de contemplar, en su manejo del presupuesto, otros intereses de la comunidad y tener en cuenta las exigencias del equilibrio económico general (94). O, en otras palabras, el derecho a la educación, es un mandato legislador dirigido a realizar una política educativa apropiada para realizar efectivamente los derechos fundamentales (95).

El derecho a la educación no puede ser interpretado como la pretensión del individuo de acceder libremente al puesto escolar que sea de su agrado en las condiciones que prefiera, obligando a las instancias públicas a la creación de los puestos docentes que sean reclamados por los individuos. Pero sí puede ser interpretado desde otra perspectiva que es la siguiente: el mandato constitucional del artículo 27.1, dirigido al legislador y a todos los poderes públicos (9.1), condiciona, a nuestro modo de ver, la política educativa de los estados, en el sentido que ya mencionábamos, es decir, su estructura educativa tiene que ir orientada a garantizar en la medida de lo posible, un puesto escolar a todos y cada uno de los ciudadanos, estableciendo un orden de prioridades en los presupuestos de tal forma que permita el acceso a los puestos escolares existentes y la creación de nuevos centros

allí donde la necesidad sea apremiante y razonablemente urgente. Al Estado le incumbe el deber jurídico de facilitar instituciones educativas suficientes en consonancia con el nivel general de los tiempos (96).

Quizás hubiera sido más realista hablar sólo del derecho de todo niño a recibir gratuitamente una enseñanza primaria suficiente en las escuelas, tal como se reconoce en la Constitución Suiza (97), en lugar de garantizar un genérico derecho social a la educación que puede dar lugar a enormes problemas de interpretación jurídica, ya que se trata de un derecho cuya realización depende básicamente de las prestaciones estatales y, en definitiva, de la elaboración de los presupuestos por el legislador ordinario.

En este sentido el artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ha recibido diversas interpretaciones siendo considerado por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos como «el derecho a servirse, en principio, de los medios de instrucción existentes en un momento determinado» (98), es decir, «las partes contratantes no reconocen un derecho a la educación que les obligue a mantener a su costa o subvencionar un sistema de enseñanza de una forma o en una escala determinadas, pero de ello no cabe deducir, sin embargo, que el Estado carezca de toda obligación positiva para asegurar el respeto a este derecho. El Estado que crease algún centro no podría, al regular el acceso al mismo, adoptar medidas discriminatorias, según el artículo 14» (99) (el cual reconoce el principio de no discriminación en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio).

El voto particular colectivo a la sentencia del Tribunal Europeo de 23 de julio de 1968 acepta la interpretación mayoritaria del derecho a la educación como derecho de acceso a los puestos escolares existentes, pero perfila con más detalle las dificultades que conlleva la interpretación de un derecho fundamental de carácter intervencionista, en un contexto social y político en el que se trata de limitar al máximo las intervenciones estatales en la esfera de autonomía y libertad de los ciudadanos. En los trabajos preparatorios del Convenio, señala el voto particular, se demuestra claramente que no estaba en el ánimo de nadie que el artículo 2 pudiese establecer el derecho a una prestación positiva del Estado; muy al contrario, la intención básica era proteger al individuo contra las interferencias del Estado (100).

La interpretación marcadamente liberal del derecho a la educación que se deduce de este voto particular de carácter colectivo es importante si tenemos en cuenta la situación política en que se encontraba Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Los países europeos, en el momento en que se adoptó el Convenio de Roma, no querían que se volviera a repetir la pesadilla del empleo por parte de los Gobiernos de todo tipo de medios y presiones para nazificar a la juventud, especialmente a través de las escuelas y organizaciones juveniles. Había que evitar la supresión de la libertad y garantizar y proteger el derecho a la educación. Pero el derecho de acceso a las instituciones educativas existentes en los Estados miembros no se abordó en el Convenio y no era, en el espíritu del Convenio, un derecho

humano de carácter fundamental. El voto particular a la sentencia del TEDH del 23 de julio de 1968 interpreta el derecho a la educación como derecho de elección, aparecía enumerado como un derecho familiar y definido como el derecho de los padres a elegir el tipo de enseñanza que debe ser dada a sus hijos (101).

Parece, pues, que en el espíritu del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, no conciliaba bien un derecho fundamental a la educación en el sentido del derecho a recibir determinadas prestaciones estatales. La preocupación de las partes contratantes iba dirigida más bien a garantizar «la libertad al individuo para elegir la educación que quiera sin interferencias del Estado» (102), que era la opinión mantenida por el juez Terje Wold. El derecho a la enseñanza recogido en el artículo 2 del Protocolo Adicional a la Convención no impone ninguna obligación positiva al Estado ni significa, por tanto, el reconocimiento de un derecho de acceso a los centros de enseñanza en un momento dado. Este derecho no puede ir más allá de la simple libertad individual de elegir, sin injerencias del Estado, la educación que se desea, y como tal, se trata de un derecho absoluto que no puede ser limitado (103).

Sin embargo, las transformaciones sociales, políticas, económicas y culturales desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días nos conducen a realizar una interpretación de los términos del Protocolo Adicional a la Convención Europea, según el actual contexto social y político. Si a ello unimos la recepción por parte de nuestra Constitución de 1978 de la cláusula del Estado Social, podremos integrar el contenido del derecho a la educación recogido por el artículo 27.1 en un marco jurídico-político diferente a aquel en que se redactaron los preceptos del convenio europeo, sin que ello prejuzgue la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de técnicas para garantizar la esfera de autonomía privada de los individuos.

El papel preponderante que actualmente desempeña el Estado en el sector educativo nos obliga a replantear el tema del contenido de un derecho redactado con carácter negativo por el Protocolo Adicional a la Convención Europea. No se trata, a nuestro modo de ver, de que el Estado monopolice servicios que debían ser satisfechos por la oferta privada interfiriendo, así, en la libertad de los particulares, sino que la propia transformación del Estado de fines de siglo XX, denominado constitucionalmente Estado Social, va a desempeñar el papel de redistribuidor del bien de la educación entre todas las capas sociales con unas directrices que también vienen señaladas en la propia Constitución de 1978: la igualdad de todos los españoles en el acceso a los puestos escolares existentes. En nuestro Estado de la Cultura la educación no sólo es contemplada desde la perspectiva de la no interferencia del propio Estado en la libertad de los individuos, sino también y fundamentalmente en su aspecto social, es decir, en el sentido de la redistribución igualitaria de un bien social, imprescindible y de primera necesidad, que, dejado al libre juego de la oferta y la demanda no puede conseguir los fines que, en nuestra opinión, persigue en última instancia, todo proceso educativo: la entrada en el mercado de trabajo.

Por eso y aunque el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos se haya pronunciado ya en cuanto al alcance y contenido del derecho a la educación, como el derecho a servirse de las instituciones educativas existentes, quizás en un Estado Social de Derecho, en cuyo ordenamiento jurídico se han introducido técnicas de protección tales como las garantías institucionales, se pueda ampliar el alcance del derecho a la educación como derecho fundamental (104).

Junto a la libertad de elegir entre las diferentes ofertas de un sistema educativo como el nuestro, presidido por una garantía institucional de no monopolio y pluralismo educacional, se puede hablar, pues, de un derecho a la educación que consiste fundamentalmente en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acceso en condiciones de igualdad a los puestos escolares existentes, contenido que será analizado posteriormente al hablar de la Igualdad como valor o principio orientador en la garantía de los derechos fundamentales.

Si, como hemos señalado, el ejercicio del derecho a la educación es una condición previa de la entrada en el mercado de trabajo, también será contenido mínimo del derecho a la educación «el derecho a obtener beneficios de la enseñanza disfrutada, en especial el derecho a recibir un reconocimiento oficial por los estudios realizados de acuerdo con las disposiciones vigentes en cada Estado» (105). No se trata, pues, de que cada ciudadano pueda exigir al Estado la educación que estime más conveniente en atención a sus preferencias lingüísticas, religiosas o filosóficas (106), ni de un derecho de crédito del particular frente al poder público exigiendo subvenciones de diferentes clases o niveles. Tampoco se trata como señala KARL SPIELBÜCHLER de «la mera prohibición de discriminación, es decir, una simple especificación del principio de igualdad, sino que actúa en el sistema educativo como fuerza impulsora para el establecimiento de la igualdad de oportunidades para todos en materia educativa» (107).

Esta posibilidad de acceder a los puestos escolares existentes ha de venir precedida, a nuestros juicios, por una política educativa que tienda a redistribuir desigualmente el acceso a los puestos escolares existentes. Si la Constitución es una norma jurídica que vincula a todos los poderes públicos, el legislador ordinario será, en cada caso y en cada Estado en concreto, quien determine la política educativa, las prestaciones estatales y, por consiguiente, el contenido del derecho a la educación (108). Pero estimamos que, realizando una interpretación sistemática del artículo 9.1 y del 27.1, y acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se puede derivar un mandato constitucional al legislador ordinario, en el sentido de orientar su política educativa a facilitar el acceso en condiciones de igualdad a los puestos escolares existentes a todos los ciudadanos, aunque para ello tenga que restringir las subvenciones a centros de enseñanza que pueden subsistir con sus clientelas tradicionales, o limitar el número de plazas disponibles en los centros públicos o subvencionados atendiendo a las necesidades económicas.

Porque en este punto la opinión es unánime: ni del párrafo primero, ni del segundo del artículo 2 del Protocolo Adicional se puede deri-

var una obligación de los Estados firmantes de subvencionar diferentes centros de enseñanza porque el «pluralismo educativo es, ante todo, un pluralismo en la escuela» (109) y los recursos limitados de un Estado no pueden subvencionar todos y cada uno de los proyectos educativos que sean del agrado de los padres. Una necesidad prioritaria es la digna y real escolarización de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad. Es muy importante, en este sentido, el Real Decreto sobre Educación Compensatoria de 27 de abril de 1983, en cuyo Preámbulo se puede leer: «La desigualdad ante el sistema educativo en que se encuentran determinadas personas por razón de su capacidad económica, nivel social o lugar de residencia, exige que la política educativa tenga una proyección compensatoria e integradora. Si bien tal proyección debe constituir una referencia permanente de dicha política, difícilmente se evitará la reproducción de la referida desigualdad si no se presta una atención preferente a los grupos e individuos cuyas condiciones de inferioridad son especialmente acusadas respecto a las posibilidades que el sistema escolar general ofrece» (110).

Creemos, por tanto, que en la programación general de la enseñanza que la Constitución atribuye, con la participación efectiva de los sectores afectados, a los poderes públicos, se debería tener en cuenta que, el derecho de todos a la educación no significa la exigencia indiscriminada de prestaciones estatales, pero sí el disfrute, en condiciones de igualdad, de un bien constitucional como la educación que hoy en día es ofrecido casi mayoritariamente por el Estado; y por tanto, el legislador está constitucionalmente vinculado a transformar la estructura educativa posibilitando un acceso real a las instituciones de enseñanza, en condiciones, también de igualdad real.

Porque dentro de los sujetos de ese abstracto y conflictivo derecho a la educación están incluidos de forma prioritaria todos «los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos» (111). Porque si el Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas ocasiones que la igualdad hay que entenderla como el tratamiento desigual para las situaciones desiguales (112), es de carácter preceptivo la utilización de los fondos públicos para beneficiar a este sector de la población española que sufre siglos de marginación y desconsideración humana. El problema, al que ya hemos hecho referencia, es precisamente, de prelación de derechos y de distribución de los escasos recursos económicos atendiendo a criterios de justicia e igualdad, y respecto a la materia que nos ocupa, va a afectar directamente al tema de la subvención a los centros privados de enseñanza y —según un sector doctrinal— al ejercicio efectivo y real de la libertad de enseñanza. Esta cuestión, sumamente grave, a nuestro juicio, por la manipulación ideológica que encierra, será objeto de análisis detallado cuando entremos en el problema de la gratuidad de la enseñanza.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, desarrolla el artículo 49 de la Constitución, y establece unos principios generales que son desarrollados por el Real Decreto

2639/1982, de 15 de octubre, de Ordenación de la Educación Especial y por el Real Decreto 334/1985, de 6 de marzo cuyo artículo 1.º dispone:

«El derecho de todos los ciudadanos a la educación se hará efectivo con respecto a las personas afectadas por disminuciones físicas o sensoriales o por inadaptaciones a través, cuando sea preciso, de la Educación Especial que, como parte integrante del sistema educativo, se regula en el presente Real Decreto» (113).

Por ello, y a pesar de que el artículo constitucional dedicado a la protección de disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos está situado en el Capítulo III, reservado a los Principios Rectores de la Política Social y Económica y, por tanto no goza de una protección jurídica reforzada, sí forma parte de nuestro sistema educativo y por consiguiente compete al poder público la realización de las inversiones adecuadas para permitir, en condiciones de desigualdad razonable u objetiva (114), el acceso de este sector marginado a los puestos de enseñanza, estableciendo en esta política educativa una distribución racional de los recursos económicos que tenga en cuenta estas consideraciones. La cuestión no es solamente económica, sino que alcanza el problema de los límites y conflictos entre los derechos fundamentales, y con mayor complejidad si esos derechos están recogidos en el mismo precepto constitucional.

Cuando el legislador constituyente establece en el artículo 53 que los derechos y libertades fundamentales han de ser desarrollados por ley que «en todo caso ha de respetar su contenido esencial» (115), está dirigiendo un mandato al legislador ordinario para que defina y delimite qué se entiende por derecho a la educación, cuál es la naturaleza jurídica de este derecho o los intereses jurídicamente protegidos a través de él (116), y cuál es esa parte del derecho a la educación que el legislador, en todo caso, debe respetar.

Sin embargo, y a diferencia del planteamiento que realizábamos respecto a la libertad de enseñanza —entendida como garantía institucional del pluralismo educativo y la ausencia de monopolio— la naturaleza y el contenido del derecho a la educación no están claramente definidos en el texto constitucional, bien por la inclusión de un derecho social como es la educación junto a las clásicas libertades políticas, cuya naturaleza obedece a postulados lógicos diferentes, bien por la confusión con otros derechos relacionados con el tema de la educación pero que, a nuestro juicio, son derechos educativos autónomos o manifestaciones de la libertad de enseñanza.

Desde nuestro punto de vista, del derecho a la educación recogido en el artículo 27.1 de nuestra norma fundamental se podrían derivar las siguientes consecuencias jurídicas:

1. El artículo (párrafo 1.º) de la Constitución recoge un principio de plena escolarización que consiste fundamentalmente en la obligación de los poderes públicos de permitir el acceso, en condiciones de igualdad, a todos los puestos escolares existentes. Sería pues, un man-

dato al legislador ordinario, que ha de orientar su política educativa hacia la realización efectiva del principio de plena escolarización en condiciones de igualdad.

2. Este principio de plena escolarización no debe entenderse en un sentido meramente formalista sino que, por el contrario, debe ser interpretado atendiendo a los preceptos constitucionales que tienden a que los derechos fundamentales y las libertades públicas sean «reales y efectivas».

Por ello en el próximo capítulo vamos a analizar los principios constitucionales que, a nuestro juicio, afectan básicamente al desarrollo real y efectivo de los derechos fundamentales así como a profundizar en el sentido que la Constitución ha atribuido al principio de igualdad. Vamos, pues, a interpretar el contenido del artículo 14, reservado a la Igualdad jurídica, el precepto consagrado en el artículo 9.2 —al que es ya usual denominar «Igualdad Sustancial»— y el papel que a los poderes públicos se le atribuye en virtud de la cláusula del Estado Social (artículo 1.1 CE).

CAPITULO CUARTO PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LA IGUALDAD Y SISTEMA EDUCATIVO

LA IGUALDAD ANTE LA LEY. JURISPRUDEN- CIA CONSTI- TUCIONAL

La relación entre la igualdad y el derecho a la educación fue puesta de manifiesto durante la elaboración del texto constitucional con la presentación de varias enmiendas a la redacción del precepto consagrado en el primer apartado del artículo 27 (1). Esta consideración así como la necesidad de subvencionar la enseñanza privada —para dar así efectividad al derecho de los padres a elegir el centro docente «en condiciones de igualdad»— son dos ocasiones para relacionar el ejercicio de los derechos fundamentales y la realización del principio de igualdad. Es, por tanto, objeto de este capítulo el intento de definir e interpretar lo que el legislador constituyente ha objetivado como principio de igualdad, bien como Igualdad formal ante la ley (artículo 14), como Igualdad sustancial (artículo 9.2) o como mandato dirigido a los poderes públicos para hacer realidad la constitución de un Estado Social en nuestro país (artículo 1.1).

En este sentido, y como ya señalábamos en el capítulo anterior, el principio de Igualdad ante el acceso a las instituciones educativas existentes actúa como límite frente al legislador ordinario, el cual deberá configurar su política educativa atendiendo preferentemente a algunos principios constitucionales, como son todas las manifestaciones que en el texto se refieren en una u otra medida al principio de Igualdad. Aunque no existe unanimidad sobre la consideración de la igualdad como derecho subjetivo, a pesar de que el Tribunal Constitucional así lo haya establecido en algunas de sus sentencias (2), un sector de nuestra doctrina ha definido a la igualdad como «una regla para la producción de derechos y deberes que se resume en la imposición de imperativos de consistencia lógica en la normación» (3) o bien «un modo objetivo de ser de la ley prescrito por una norma constitucional (artículo 14), que tiene las características de una directriz por lo menos tan genérica como los principios del capítulo III» (4). Ya sea esta directriz genérica, o un principio estructural del ordenamiento jurídico (5), lo cierto es que el principio de igualdad ante la ley, a pesar de su indudable importancia, va a ser difícilmente realizado en su operatividad y eficacia jurídicas. Porque esta garantía del trato igual que en su momento quedó fijada en la nota de la generalidad de la ley, hoy se considera sustituida por los mandatos de no discriminación y de esta manera una garantía como la generalidad —difícilmente exigible hoy en todo caso— habría dejado su lugar a la realización en cada caso de las oportunas «diferenciaciones normativas» (6), aunque como señala acertadamente F. LAPORTA, «con frecuencia suele asociarse la igualdad con la generalidad de las normas confundiendo peligrosamente, un problema lógico —la no contradicción de las normas— con un problema ético-político (7).

Estas diferenciaciones normativas —como interpretación actualizada del principio de igualdad ante la ley— son resultado de la regulación de situaciones diversas, que en virtud del principio de igualdad, permiten respetar una cierta proporcionalidad y exigen garantizar un mínimo de justicia en la legislación o, al menos, tienden a excluir casos de manifiesta injusticia (8). Cuando, no sólo la doctrina sino también los Tribunales de Justicia, el propio Tribunal Constitucional, e incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acude a criterios como la «proporcionalidad» o la «desigualdad razonable u objetiva» de los diferentes supuestos de hecho, es que el juicio lógico de subsumción en la norma ha sido transcendido por un «juicio de razonabilidad» (9) que acepta la dificultad de interpretar los preceptos de la Constitución de 1978 ante la presencia de un marco jurídico-normativo que permite la posibilidad de diferentes, y aún contrapuestas, alternativas políticas, y la función del Tribunal Constitucional sería, precisamente, fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas (10).

Estos límites, dentro de los cuales pueden tener asiento diferentes opciones políticas es el límite de lo razonable, no de lo técnicamente apropiado. El Tribunal Constitucional acepta unilateralmente una autolimitación en el grado de conocimiento del precepto constitucional. El límite último al que puede llegar esta autolimitación lo constituye «la razonabilidad de la medida cuyo examen se realiza. Fuera de este ámbito todo es inconstitucional» (11). Bajo este «juicio de razonabilidad» el Tribunal Constitucional ha prohibido «la discriminación, la desigualdad de tratamiento legal cuando es injustificado por no ser razonable» y ha interpretado que el principio de igualdad ante la ley «no prohíbe que el legislador contemple un tratamiento diverso para situaciones distintas, que puede venir exigido por un Estado Social y Democrático de Derecho para alcanzar la efectividad de los valores que la Constitución consagra» (12).

El Tribunal Constitucional, basándose en las sentencias de 23 de julio de 1963 y 27 de octubre de 1975 dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que se produce una discriminación cuando una «distinción de trato carece de una justificación “objetiva y razonable”» afirmando que la existencia de tal justificación debe apreciarse «en relación razonable de proporcionalidad» entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (13).

Llegados a este punto, el problema que, a nuestro modo de ver, se plantea en relación con las posibles «diferenciaciones normativas» que permite la igualdad ante la ley del artículo 14 —con base en la existencia de una desigualdad fáctica de carácter objetivo o razonable, lo cual provoca un tratamiento legal diferenciado— es el problema que suscita la dificultad de descubrir cuál es el contenido de esa razonabilidad abstracta, objetiva de cualquier medida, o si, en todo caso, no estamos en presencia de un lenguaje jurídico tras el que subyacen consideraciones ideológicas o políticas.

La complejidad inherente al problema de la desigualdad se pone de manifiesto en la solución que el Tribunal Constitucional ofrece en

diferentes pronunciamientos, como el de la sentencia de 3 de agosto de 1983 que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad referente al artículo 28 b) del Decreto 1166/1960 de 23 de mayo, Ley Especial para el Municipio de Barcelona, según la cual el concurso para acceder a la plaza de interventor de Fondos de dicho Municipio está limitado a las personas con edad inferior a los sesenta años (14). El voto mayoritario admite la constitucionalidad de la norma. Un voto particular de cinco magistrados postula la solución contraria: «No basta con que la opción elegida por el legislador presente una justificación razonable, porque si así fuere, la regla del artículo 14 se confundiría con la prohibición de la arbitrariedad del artículo 9.3» (15).

El voto particular continúa explicando cómo del artículo 14 de la Constitución se puede derivar «un principio general del derecho, de suerte de cualquier excepción a él tiene que ser sometida a una estricta interpretación restrictiva, ya que no se trata de justificar la razón de ser de la norma para hacer posible la desigualdad sino de justificar la ruptura de la igualdad y ello sólo es posible para tutelar bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que tengan carácter superior a los que resultan sacrificados (16).

En el caso concreto que nos ocupa parece ser la eficacia de la Administración, recogida en el artículo 103 de la Constitución, el bien jurídico protegido con carácter preferente frente a la Igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, principio recogido en el Título I de la Constitución y sujeto a especiales y reforzadas garantías de protección jurídica (17). Y es aquí, precisamente, donde radica la dificultad del «juicio de razonabilidad» como «modalización en el conocimiento del tipo constitucional» (18), es decir, en la «posibilidad de mantener un concepto de razonabilidad que no esconda un juicio subyacente respecto a la «corrección» valorativa de la medida» (19).

Efectivamente en este supuesto de hecho caracterizado por una diferencia en la edad, el legislador ha valorado con carácter preferente —así lo ha aceptado el Tribunal Constitucional—, la eficacia de la Administración frente a otro principio jurídico como es la Igualdad. Pero veamos en el siguiente caso la justificación que da el Tribunal Constitucional a este otro supuesto de desigualdad razonable. El problema se plantea en torno al artículo 170 de la Ley de Procedimiento Laboral, el cual exige al empresario para recurrir en casación la consignación previa del importe de la condena incrementada en un 20 % frente a la exención total de carga para el trabajador.

El recurso planteado ante el Tribunal Constitucional se basa en una violación del artículo 14 de la Constitución así como del artículo 24 que consagra la garantía de una tutela judicial efectiva y el derecho a no sufrir indefensión. Se trata en este caso de una desigualdad jurídica reconocida como tal por la jurisprudencia con argumentos fundados en una desigualdad real motivada por la diferente posición jurídica de los distintos protagonistas de la relación laboral. La argumentación del Tribunal incide en el carácter «razonable» de esta desigualdad formal y en la adecuada proporción entre la desigualdad material existente y la finalidad perseguida, basándose en la consagra-

ción de la igualdad sustancial recogida en el párrafo 2.º del artículo 9, ya que con esta disposición —que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas— se está «superando el limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando una significación del principio de igualdad acorde con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho (20). Dentro del marco de posibilidades abiertas por nuestra Constitución, el Tribunal admite como «razonable» una desigualdad formal en beneficio de la categoría de los trabajadores, como medida «adecuada y proporcional» para conseguir una igualdad «real» de todos los ciudadanos garantizada por el artículo 9.2.

No es inconstitucional, por tanto, que el legislador ordinario efectúe una diferenciación normativa (21) en detrimento de la generalidad de la ley, cuando esa diferenciación tiene la finalidad de lograr una igualdad más real de todos los individuos, aunque siempre será difícil que el intérprete de la norma pueda encontrar los criterios adecuados para diferenciar entre la formalista simetría abstracta y la mera preferencia política (22). El Tribunal acude, pues, entre otros preceptos constitucionales, al artículo 9.2 y a la cláusula del Estado Social recogida en el artículo 1.º, como criterios de interpretación de un precepto que garantiza la igualdad jurídica ante la ley.

Sin embargo, es preciso advertir que, aunque el Tribunal Constitucional haya interpretado en varias ocasiones el artículo 14 en íntima conexión con el precepto recogido en el artículo 9.2 y con la cláusula del Estado Social, ello no significa que el principio de Igualdad ante la ley pueda llegar a convertirse en un «control de equidad —de oportunidad, en definitiva— libre de toda determinación cierta conforme a criterios jurídicos» (23).

El que la Constitución apueste por una transformación de las condiciones reales de libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra no significa una quiebra del principio de Igualdad ante la ley, en el sentido de interpretar aquella en relación con el grado de desigualdad existente en la sociedad civil, dejando al subjetivismo del juez la apreciación del grado de desigualdad necesario para justificar una desigualdad jurídico-formal.

Cuando decimos que «el legislador puede verse obligado a diferenciar entre los ciudadanos» estamos reconociendo que dentro del principio de Igualdad ante la ley caben diferenciaciones normativas que impiden el sacrificio material de situaciones jurídicas individualizadas (24) y que pueden ser establecidas por el legislador atendiendo a criterios que la propia Constitución incorpora y que ya han sido definidos por el Tribunal Constitucional: el Estado Social y el artículo 9.2 sobre la Igualdad sustancial, pero, en ningún caso, se puede hablar de igualdad como uniformidad, similitud o identidad de tratamiento (25). En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 42/1982, de 5 de julio supera la concepción tradicional del Estado de Derecho con el mero aseguramiento formal de los derechos fundamentales y aplica la noción de Estado Social como instrumento en manos del Es-

tado para la organización de las estructuras que permitan la efectividad de los derechos fundamentales (26).

De esta idea de Estado Social, se pueden derivar, a nuestro modo de ver, algunas directrices constitucionales respecto a la organización, —en nuestro caso concreto del sistema educativo— que permitan que el desarrollo de los derechos fundamentales pueda ser considerado de forma efectiva y real para todos. Si, como ya hemos señalado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (27) ha establecido un contenido genérico respecto al derecho a la educación —igualdad en el acceso a los puestos escolares existentes— ¿puede el legislador ordinario sentirse vinculado, en su discrecionalidad, a realizar una política educativa orientada por la cláusula del Estado Social y el principio de la igualdad sustancial? Porque lo que está fuera de toda duda es que, actualmente en España, si existe una posición de partida igualitaria ante los puestos escolares, es una igualdad meramente formal como ha sido puesto de manifiesto en los debates constitucionales y en los debates parlamentarios que precedieron a la elaboración de la *Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares* (28) y una diferenciación escandalosa entre los puestos escolares a los que pueden acceder los niños españoles.

Efectivamente el Tribunal Constitucional no puede, en sus razonamientos, entrar a realizar pruebas sobre los hechos concretos que se le planteen —en el caso de los recursos de amparo— o analizar las situaciones de hecho en las que se encuentran los individuos para corregir las posibles desigualdades fácticas. Pero lo que sí es posible dentro del marco de coincidencias que la Constitución Española del consenso ha establecido, es que el legislador ordinario promueva una política educativa que establezca diferenciaciones normativas fundamentando objetivamente su contenido en los mandatos constitucionales recogidos en los artículos 1.1 y 9.2: el Estado Social y la Igualdad Sustancial respectivamente.

Si el titular de un derecho fundamental a la educación no puede acudir a un Tribunal de Justicia ni al Tribunal Constitucional para la creación de un puesto escolar, porque, «el Estado no tiene obligación de proporcionar todas las plazas escolares exigidas» (29) sí puede, sin embargo, exigir a los poderes públicos la adopción de una política educativa que organice y estructure el sistema de enseñanza desde unas pautas de actuación muy concretas: las derivadas del Estado Social y la Igualdad sustancial.

Estas consecuencias jurídico-constitucionales derivadas de una interpretación sistemática y teleológica del texto constitucional no afectan a la Igualdad jurídica del artículo 14 y no presumen ninguna clase de violación de la libertad de los particulares —porque nuestro sistema educativo está presidido por una garantía institucional básica que es la libertad de enseñanza, o en otras palabras del pluralismo y la ausencia de monopolio de cualquier tipo— pero sí inciden radicalmente en la que denominábamos interpretación restrictiva de la libertad de enseñanza (30), en la distribución de los recursos disponibles y en el tema, ya tantas veces mencionado de los límites y los conflictos entre diferentes bienes jurídicos.

En este punto, pues, es donde se produce la integración entre los dos grandes principios que encabezan el artículo reservado preferentemente al tema de la educación: la libertad de enseñanza, como garantía institucional que, en todo caso, ha de ser respetada por el legislador ordinario, el cual en su política educativa debe atender prioritariamente a la realización del derecho a la educación en el sentido aquí expresado: 1. Como igualdad en el acceso a los puestos escolares existentes; 2. Como estructuración del sistema educativo que permita hacer realidad este principio atendiendo a los criterios del Estado Social y la Igualdad sustancial, en los supuestos de conflictos entre diferentes bienes jurídicos.

En nuestro caso, en concreto, el conflicto entre los diferentes bienes constitucionales se produciría entre el artículo 27.9 de la Constitución a través del cual «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca», resolviendo de esta forma el tema de la subvención a la enseñanza privada, y los párrafos 1 y 4 del mismo artículo 27: «todos tienen derecho a la educación» y «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita», ya que el legislador se va a encontrar con un problema de distribución de los fondos públicos entre situaciones que no se hallan en un plano de igualdad. Por ejemplo, el artículo 20 párrafo 1.º de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación señala:

«Una programación adecuada de los puestos escolares gratuitos, en los ámbitos territoriales correspondientes, garantizará tanto la «efectividad del derecho a la educación como la posibilidad de escoger centro docente» (31).

Este precepto que intenta desarrollar a través de una programación general de la enseñanza tanto la «efectividad del derecho a la educación como la posibilidad de escoger centro docente, entre los puestos escolares gratuitos», es un ejemplo claro del problema que se le plantea al legislador ordinario al desarrollar el artículo 27, como resultado más representativo del consenso constitucional. Ya que el legislador va a tener que emplear toda su imaginación para elaborar una ley que armonice y equilibre los diferentes derechos fundamentales que el marco de coincidencias políticas, que es la Constitución, permite. O dicho de otra manera, la distribución de los recursos públicos en el terreno de la educación tiene que dar prioridad a la efectividad del derecho a la educación que se realizará de forma gratuita en los centros públicos o sostenidos con fondos públicos y permitirá, en su programación general de la enseñanza, que los padres puedan escoger el centro docente de su preferencia pero con algunas salvedades importantes y, por eso mismo, fuertemente polémicas:

1. En la España de hoy, aquí y ahora, la libertad de elegir el centro docente es una facultad que muy pocos individuos pueden ejercer, tal y como lo expresa de forma contundente Francisco Tomás y Valiente en su voto particular a la Sentencia de 13 de febrero de 1981 sobre la LOECE (32). Existe una gran desigualdad —al menos dentro de ciertos enclaves urbanos— en la distribución de los centros públicos y privados, siendo éstos últimos mayoritarios e inspirados en una deter-

minada orientación religiosa. Al mismo tiempo, en los pueblos y zonas rurales la variedad de ofertas educativas es de tal forma limitada que la posibilidad real de ejercer el derecho a elegir el centro docente, o de que los hijos reciban la enseñanza moral y religiosa que desean los padres se puede quedar en el mero enunciado formal del derecho porque no existen condiciones estructurales para realizarlo.

Como decíamos en páginas atrás, es de todo punto impensable que los poderes públicos tengan obligación de crear centros docentes para realizar el derecho a la educación en todos los lugares de nuestra geografía, pero en el mismo sentido el derecho a elegir el centro docente se encuentra limitado no sólo por la escasez de recursos económicos, sino por factores de carácter jurídico como la «efectividad real del derecho a la educación» y porque como ya ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «el pluralismo educativo ha de realizarse sobre todo por medio de la enseñanza pública» (33), por lo que no se puede afirmar la violación ni de la libertad de enseñanza ni del derecho educativo de los padres a elegir centro docente porque ambos derechos se encuentran protegidos por la garantía institucional que, desarrollada en el artículo 27.3 de la Constitución, obliga a los poderes públicos a organizar la enseñanza pública de tal forma que se respete la conciencia religiosa de los padres.

2. La libertad de enseñanza no es un concepto que se pueda identificar con el derecho que asiste a los padres a «escoger el centro docente». Dentro del pluralismo educativo y la ausencia de monopolio, la posibilidad de escoger centro es una facultad que el sistema educativo proporciona a los padres, o bien un «derecho educativo paterno» como lo denomina el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (34) por lo que la política educativa que dé prioridad en la distribución de sus recursos económicos a la efectividad real del derecho a la educación es una política que encaja perfectamente dentro de las reglas del juego que establece la Constitución y, en nuestra opinión, es una consecuencia inmediata tanto de la cláusula del Estado Social como de la Igualdad sustancial.

Y en tercer lugar, el Estado Social y la Igualdad sustancial serían los preceptos constitucionales por excelencia para interpretar los derechos fundamentales y las libertades públicas en el sentido ya definido por el Tribunal Constitucional, y respecto al tema de la educación por el papel preponderante que el sector público desempeña en la oferta educativa, lo cual nos obliga a realizar un breve paréntesis para analizar las consecuencias jurídicas que se derivan de la consideración de la cláusula de Estado Social en el artículo 1.1. de la Constitución respecto a la efectividad del derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

Cuando hablamos del peso del Estado moderno en la organización de los sistemas educativos actuales y cuando defendemos que tanto el pluralismo como la libertad son dos valores superiores que pueden ser realizados en el marco de la escuela pública, no estamos con ello defendiendo una intromisión del Estado en la esfera de autonomía privada de los ciudadanos ni una subordinación del papel de los padres en la educación de sus hijos respecto a la Administración. Tampoco estamos rechazando la iniciativa privada como cauce apropiado para desarrollar proyectos educativos diferentes. Lo que sí queremos demostrar a lo largo de este trabajo, es que durante toda nuestra historia —en nuestro caso desde principios del siglo XIX— no todos los españoles se han encontrado en las mismas condiciones objetivas para conseguir un bienestar cultural y económico al que todos aspiramos. En nuestra opinión, y aparte de otras causas peculiares a nuestra evolución política, ha sido la educación uno de los aspectos en los que más se aprecia esta diferente posición de partida entre los españoles con mayores medios económicos y aquellos otros que no tenían posibilidades de acceder a los centros de enseñanza y que bien por su escasez, o bien por la desastrosa situación en que los centros públicos se encontraban no les ha sido posible acceder a un nivel adecuado de cualificación profesional y cultural para conseguir una promoción social y económica.

La libertad en la oferta y la demanda educativa no permitía acceder a todos los españoles en condiciones de igualdad a los puestos escolares. La intervención del Estado en la estructura educativa es una conquista que se logra por primera vez a nivel constitucional en la II República Española, pero es una lucha mantenida durante todo el siglo XIX teñida de condicionamientos ideológicos que pretenden mantener la posición de subsidiariedad del Estado, para no perjudicar así la hegemonía ejercida por los centros privados, predominantemente de carácter católico.

La transformación de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil (36) a partir de la Segunda Guerra Mundial permite la intervención del poder público en la regulación de las relaciones sociales para corregir la insuficiencia de las declaraciones formales de los derechos y libertades ciudadanas, potenciando la igualdad de los individuos que no es posible conseguir con el juego libre de la oferta y la demanda. Aquí es donde se inserta nuestra reivindicación del Estado como agente propulsor de una igualdad en la oferta educativa. La escuela pública y la gratuidad de la enseñanza pueden convertirse en el cauce apropiado para conciliar los valores de la libertad y la igualdad (37), porque el desarrollo de una escuela pública gestionada por los interesados (artículo 27.5 y 27.7 de la CE) (38), en la que se garantiza la libertad de cátedra a todos los profesores no supone un menoscabo, como tendremos ocasión de analizar, ni de la libertad o el pluralismo como valores superiores (art. 1.1), ni de la libertad de enseñanza como concreción particularizada de estos valores.

Por ello, representa una oportunidad histórica la organización y programación del sistema educativo por parte del poder público, junto a la participación democrática de todos los sectores afectados. Los

poderes públicos pueden vigilar que el desarrollo del derecho a la educación sea efectivamente realizado, bien a través de los centros públicos, centros privados de carácter subvencionado, e incluso a través de los centros exclusivamente de carácter privado.

Sin embargo, los problemas que plantea la definición del Estado Social han sido analizados ya en numerosas ocasiones y sobre su realización se han escrito innumerables páginas intentando precisar su contenido. No podemos detenernos en realizar un exhaustivo estudio sobre el problema que plantea la naturaleza jurídica del Estado Social, pero sí consideramos imprescindible detenernos en su validez como elemento de interpretación de todo el texto constitucional (39) y, fundamentalmente, de los derechos y libertades públicas.

La introducción en nuestro sistema constitucional de una cláusula como la del Estado Social, recogida en el párrafo 1.º del artículo 1.º de la Constitución Española plantea desde una perspectiva estrictamente jurídica, una serie de problemas que podemos reducir a los siguientes: 1. *La fuerza vinculante de este precepto constitucional* y 2. Su significado como elemento de interpretación de todo el ordenamiento jurídico constitucional.

Respecto al primer punto, son ya muchas las manifestaciones, tanto doctrinales como jurisprudenciales, que insisten en considerar a todos los preceptos de la Constitución como auténticas normas jurídicas (40) y por tanto, también al contenido del artículo 1.º del texto constitucional. No obstante, la eficacia jurídica de las diferentes normas constitucionales puede variar sustancialmente según su ubicación en el texto dependiendo sobre todo de la posibilidad de derivar de las mismas consecuencias jurídicas de exigibilidad inmediata, es decir, derechos subjetivos individualizados y ejercitables por sus titulares (41).

Y en segundo lugar, aunque íntimamente relacionado con su carácter de norma jurídica, el Estado Social ha sido utilizado como estábamos analizando en páginas atrás, como criterio de interpretación de otros preceptos constitucionales, fundamentalmente los artículos 14 y 9.2 del texto constitucional, aunque su conexión con todas las materias constitucionales no deja lugar a dudas porque afecta a la constitución del propio Estado español (42).

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 86/1985 de 10 de julio, ha puesto de manifiesto esta aplicación de la cláusula del Estado Social como elemento de interpretación de las normas constitucionales y afirma, refiriéndose a la distribución del gasto público en materia de enseñanza, que:

«También el legislador habrá de atenerse en este punto a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución (artículos 1.1, 9.2 y 31.2 principalmente). De esta última advertencia, por lo tanto, no puede

en modo alguno reputarse inconstitucional el que el legislador del modo que considere más oportuno, en uso de su libertad de configuración atienda entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión...» (43).

La sentencia relaciona en este supuesto concreto el artículo 27.9 de la Constitución, reservado a la ayuda económica a los centros docentes según los requisitos establecidos por la ley, con «las condiciones sociales y económicas de los destinatarios últimos de la educación» basando sus conclusiones en los artículos 1.1, 9.2 y 31.2, el Estado Social y Democrático de Derecho, la Igualdad sustancial y el reparto equitativo del gasto público atendiendo a criterios de eficiencia y economía. El Tribunal Constitucional Español en las numerosas sentencias que ya se han pronunciado sobre el Estado Social, no se ha referido a este principio de forma retórica, sino que ha llegado incluso a señalar los límites a los que está vinculado el legislador, los cuales guardan una intensa relación con el principio de Igualdad. El Estado Social y el principio de Igualdad son los dos límites, por excelencia, a los que está sometido el legislador en la configuración de la legislación ordinaria, aunque —obligado es decirlo— la ambigüedad del contenido de estos preceptos va a hacer muy difícil obtener unas conclusiones claras y directas. Y si a ello añadimos la ausencia de una sanción constitucional ante el incumplimiento de estos postulados por parte de los poderes públicos, puede ser realmente difícil que en la práctica se desarrolle la eficacia transformadora y progresista, que de estos preceptos se deriva (44).

Llegados a este punto, es inevitable hacer una breve referencia al origen y los fines que en su momento perseguía la consideración «social» del Estado, produciéndose un claro acuerdo respecto a la íntima relación entre la supervivencia del sistema capitalista y la configuración del Estado como Estado Social. Esta necesidad de supervivencia del sistema capitalista, sobre todo a finales de la I Guerra Mundial, obliga a los países europeos a replantearse seriamente la convivencia social que había sido dejada al libre juego de la oferta y la demanda, reservando al Estado el papel de regulador y corregidor de los efectos disfuncionales producidos por la sociedad industrial competitiva. La corrección por el Estado de estos efectos disfuncionales «no sólo es una exigencia ética, sino también una necesidad histórica, pues hay que optar necesariamente entre la revolución o la reforma social» (45).

El Estado Social es, y ha sido, fundamentalmente un recurso entre otros posibles de que dispone el modo de producción capitalista para su organización jurídico-política (46) y para la supervivencia de un sistema que, dejado a su libre desarrollo, ha generado una estructura social que no se caracteriza por la solidaridad y la justicia.

Parece claro, pues, que el término «social» tiene un marcado origen de carácter progresista y transformador de la sociedad, aunque como señala A. GARRORENA MORALES, la utilización que de este

concepto se realiza después de la I Guerra Mundial y, sobre todo, después de esa profunda crisis del sistema capitalista que fue la Gran Depresión de 1929 —como superestructura estatal tras la que subyace una nueva forma de desarrollar el modo de producción capitalista, en el que el Estado aparece como instrumento primordial de regulación de la organización social—, ha llevado a negar a cierto sector de nuestra doctrina su consideración como elemento de transformación de la sociedad actual (47).

En este sentido, mientras para ELIAS DIAZ, el Estado Social es un paso más en la evolución del Estado de Derecho hacia el Estado Democrático de Derecho, que se caracteriza entre otros rasgos, por la presencia de un Estado intervencionista productor de servicios y bienes de uso (48), no parece que la realidad de una estructura económica nada modernizada, con servicios sociales claramente insuficientes y un elevado número de parados pueda hacer afirmar que efectivamente nos encontramos ante un auténtico Estado Social (49).

El intento de organización jurídico-política y de realización socio-económica en libertad y en igualdad con que se pretende calificar el Estado Democrático de Derecho (50) es, en nuestra opinión, una idea, una definición de un modelo social que no está cerrado, que no está completamente perfilado en sus características y que, como toda sociedad humana llevará en sí misma el germen de su evolución. Los valiosísimos e incomparables métodos de observación y análisis de la realidad proporcionados por el pensamiento marxista han dibujado en el horizonte político-social una organización humana caracterizada por valores como la solidaridad, la justicia, la igualdad... hacia la cual nos puede conducir la transformación de la sociedad neocapitalista. Pero el tránsito y la evolución hacia ese modelo teórico nos obliga a profundizar en la transformación real y efectiva de la sociedad neocapitalista, en la cual nos desenvolvemos, y también nos obliga al mantenimiento de unas estructuras jurídico-políticas basadas en la libertad y el pluralismo. La profundización del Estado Social y, la interpretación de la realidad atendiendo a lograr mayores cotas de igualdad, sin menoscabo alguno hacia el sistema político democrático, no significa que Estado Social y Estado Democrático sean términos opuestos, ya que la profundización del primero puede llevar a la realidad el modelo concebido por el segundo. No se puede descartar de antemano la posibilidad de conseguir, a través de la profundización de la actual democracia política, una democracia social «cuyas formas capitales son la democracia económica y la democracia empresarial» (51). Las consecuencias de una política económica-social orientada hacia una mejor distribución de los bienes escasos es una garantía de la estabilidad del sistema capitalista y de que su transformación hacia formas socialistas tendrá lugar sin bruscas transformaciones (52).

Por consiguiente, a pesar de que el Estado Social puede ser considerado como la superestructura política de la que se vale el capitalismo actualmente para su supervivencia, a pesar de que sigue teniendo como presupuesto básico una democracia política, puede, sin embargo, llevarnos a una democracia social más compleja y con una gran cantidad de problemas diferentes que abordar (53).

Uno de los problemas más complejos que, a nuestro modo de ver, se le plantean a este Estado intervencionista, regulador y corrector de los mecanismos sociales es, precisamente, la vía a través de la cual se pueden realizar materialmente los derechos y libertades proclamados formalmente en una democracia política. Es decir, el Estado Social, democrático y libre no niega los valores sustentados por el Estado democrático liberal sino que, como señala magistralmente M. GARCIA PELAYO, «pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no pueden realizarse el uno sin el otro» (54), y la igualdad no es sólo frente a la ley, sino que se debe extender en lo posible a las cargas y beneficios, y la participación debiera ampliarse a todos los bienes y servicios contribuyendo de esta forma a que la libertad no sea irreal por estar mediatizada por las dependencias económicas (55).

Porque si el Estado Social considera como una de sus metas el hacer más efectivos y reales las clásicas libertades formales garantizadas en un régimen democrático liberal, esto significa que a la hora de aplicar esta cláusula constitucional como criterio de interpretación jurídica se ha de tener en cuenta, no sólo el sentido social de los derechos fundamentales en cuanto a su realidad y eficacia práctica (56) sino también su validez como criterio para solucionar conflictos o colisiones entre diferentes derechos fundamentales protegidos a nivel de norma fundamental, como sería nuestro caso. La cláusula del Estado Social recogida en el artículo 1.1 de la Constitución de 1978 representa un criterio de interpretación primordial en el problema que analizaremos en el próximo capítulo: la jerarquía o el equilibrio entre diferentes bienes jurídicos constitucionales. Porque «los principios que informan el Estado Social no son primordialmente distribuir cada vez más, sino distribuir mejor y asegurar la vigencia de un sistema económico que, supuesta la escasez, la administre con eficacia y justicia y anteponga los intereses de la totalidad de la sociedad nacional sobre cualesquiera otros, aunque para ello sea necesario operar cambios profundos en su estructura» (57).

Como ya hemos señalado, el Tribunal Constitucional Español no ha interpretado la cláusula del Estado Social como una norma meramente programática, sino que en conexión con otros preceptos constitucionales como son el 14 y el 9.2 ha señalado que la «libertad del legislador en el principio de Igualdad puede e incluso debe exigirle para ser coherente con el principio del Estado Social y con las exigencias del artículo 9.2 diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento distinto (58) y en la sentencia de 8 de abril de 1981 relativa al derecho de huelga, ha señalado que «el derecho de huelga ha sido introducido en la Constitución Española como un elemento de realización de la democracia social y del principio de Igualdad» (59).

Va a ser, por tanto, en el desarrollo legislativo donde la cláusula del Estado Social puede manifestar su eficacia práctica (60) de tal forma que una interpretación sistemática de los artículos 1.1, 9.2, 14 y 31.2, el Estado Social y Democrático de Derecho, la Igualdad sustancial,

la Igualdad ante la ley y la distribución del gasto público —como requisito imprescindible para la efectividad práctica del Estado Social— puede configurar una organización de nuestro sistema educativo que busque principalmente una mejor distribución en condiciones de igualdad del bien de la educación, atendiendo a principios de solidaridad social.

El juez constitucional puede, incluso, censurar la pasividad del legislador en un concreto sector de esa legislación social (61), pero no puede obligar al legislador a producir una ley en cumplimiento del compromiso social del Estado. El Tribunal puede utilizar, por el contrario, como ya lo ha hecho en alguna sentencia, las llamadas «recomendaciones» (62) dirigidas al legislador para que oriente su política en el sentido de producir normas jurídicas que posibiliten una mejor redistribución de los diferentes bienes y prestaciones sociales.

Sin embargo, y llegados a este punto, es inevitable hacerse una serie de reflexiones. Y la pregunta inmediata que se nos plantea es no sólo si la finalidad del Estado Social es conseguir mayores cotas de igualdad dentro de la sociedad civil, ya que no existe un acuerdo unánime sobre cuál sea el contenido filosófico-jurídico reconocido a este valor superior por la Constitución de 1978 sino también la posibilidad de realizar efectivamente estas pretensiones igualitarias manteniendo las clásicas estructuras liberales.

El punto central de esta cuestión es que el Estado Social no crea una estructura institucional garantista de derechos sociales a la manera que el Estado Liberal la construyó para los derechos individuales lo cual puede implicar, en última instancia, su desconocimiento (63). Desde esta perspectiva, la intervención de los poderes públicos para la realización de los derechos sociales —y más en concreto, del derecho a la igualdad— en los mecanismos de libre mercado, implica necesariamente la existencia de un excedente social para redistribuir equitativamente, cuya administración proporcione los fondos necesarios para que el Estado pueda adquirir sus compromisos. Por lo tanto, mientras haya excedentes, no resultará difícil atender al ejercicio y garantía de los derechos económicos y sociales que tan solemnemente se proclaman, pero cuando tales excedentes comience a escasear, es de temer que estos derechos tiendan a convertirse en postulados meramente retóricos (64).

La eficacia jurídica de la cláusula del Estado Social —y de los derechos sociales que la realizan— sólo puede realmente ser articulada como elemento fundamental de interpretación del texto constitucional, en una permanente relación, estrecha y confusa, con el principio de igualdad. Quizás una interpretación menos equívoca pueda orientar su contenido hacia la generalización y extensión de los derechos fundamentales a sectores cada vez más amplios de la sociedad española. Lo cierto es, que la estructura jurídico-política del Estado Social no ha previsto los mecanismos y las instituciones necesarias para garantizar y salvaguardar los derechos sociales que tan solemnemente se proclaman en el texto constitucional, porque no se prevé —quizás ni siquiera sea posible— una sanción constitucional en caso de incum-

plimiento. O quizás, la crítica deba ir dirigida hacia la insuficiencia de las instituciones del Estado liberal para hacer realidad sus propios postulados en una sociedad radicalmente diferente a la que le dio origen (65).

Si aplicamos estas reflexiones al desarrollo del derecho a la educación podemos concluir que el legislador ordinario, con base en los principios del artículo 14 que le permiten establecer diferenciaciones normativas —siempre que no sean discriminatorias—, y con el fundamento que le proporciona la cláusula del Estado Social, en el sentido de redistribuir mejor para corregir los desequilibrios provocados por el libre juego de la oferta y la demanda, puede desarrollar una política educativa que realice efectivamente las libertades reconocidas en el texto constitucional y extender y generalizar el derecho a la educación, ejercido a niveles realmente irrisorios, por una gran parte de la población española sin menoscabo, y esto es verdaderamente relevante, de la libertad y el pluralismo.

No es nada nuevo afirmar, por otra parte, que existe una profunda desigualdad de partida ante la realización de los derechos fundamentales que sólo puede ser corregida por la acción compensadora del Estado atendiendo a las condiciones socio-económicas de los ciudadanos y grupos sociales. Porque la validez de un sistema político no se mide sólo por el enunciado de sus derechos fundamentales y la garantía de sus libertades públicas sino por la capacidad de ejercitar esos derechos y libertades, por las condiciones de vida que permiten elegir entre diferentes centros de enseñanza o diferentes modelos educativos y hemos de reconocer que esa capacidad de elección o de ejercitar los derechos reconocidos por la Constitución, sólo se desarrolla en unos sectores sociales muy determinados. Por eso el mecanismo de la igualdad de oportunidades como respuesta política proporcionada por el sistema liberal democrático debe ser revisado atendiendo, entre otros, a los siguientes postulados:

1. La desigualdad exige un «tratamiento desigual» y no una simple igualdad de oportunidades dada la gran diversidad de puntos de partida y las diferencias de motivación; 2. Porque ahora se aspira más que a una igualdad de oportunidades con equiparación en la salida, a una igualdad de resultados con efectos sobre la llegada, para lo que la política ha de introducir los necesarios factores de corrección (66).

A nuestro modo de ver, el problema de la distribución de los recursos disponibles, ya sean de carácter social, económico o cultural, resulta tan difícil de resolver, no sólo por la complejidad inherente a la nueva sociedad técnica e industrial en la que la oportunidad de una decisión en un sector en concreto puede afectar a la funcionalidad de otros sectores o del sistema político globalmente considerado (67), sino por el escaso grado de solidaridad y conciencia que reina en el seno de la sociedad española, lo cual ha sido puesto de manifiesto, sin ir más lejos, en el proceso de elaboración de la Constitución española de 1978 y en la defensa a ultranza de unos criterios y privilegios detentados por la enseñanza privada y los colegios de pago, a los que nos referíamos en el capítulo II. La solidaridad exige necesariamente

la limitación de unos derechos fundamentales por los derechos de los demás, y el Estado Social necesita cumplir, entre otros postulados, tres de la mayor importancia si pretende hacer realidad los principios y valores que lo inspiran:

1. Principio del ajuste social: Los derechos sociales de cada uno tienen como límite los derechos sociales de los demás y la aportación de los unos a mejorar la condición de los otros.

2. Obligaciones sociales de los individuos frente a la generalidad, que suponen la limitación jurídica de algunos de los derechos individuales clásicos, por ejemplo la transformación de la propiedad, de un derecho de disposición ilimitado en «un poder de disposición socialmente limitado» por la ley, sin necesidad de recurrir a la expropiación o socialización.

3. Obligación social del Estado frente a sus ciudadanos, lo que incluye el deber de asistencia social a males sociales o situaciones de menesterosidad específicos y la obligación de equiparar las condiciones de los participantes en el conflicto de intereses y mantener y restablecer la paz social a través de la mediación y el arbitraje» (68).

Una vez hechas estas consideraciones, y, antes de entrar en lo que será nuestro penúltimo capítulo, podemos afirmar que la articulación del principio del ajuste social como lo denomina M. GARCIA PE-LAYO, entre los diferentes derechos fundamentales constituye uno de los problemas fundamentales planteados en este trabajo, ya que, por lo que se refiere en concreto al desarrollo efectivo del derecho a la educación, «la aportación de los unos a mejorar la condición de los otros» será una cuestión de política educativa apoyada en una distribución de los recursos que establezca un orden de prioridades entre las necesidades educativas.

Es, en general, un problema de límites de todos y cada uno de los derechos fundamentales, y de los criterios interpretativos —de carácter constitucional— que se deben utilizar para la aplicación y desarrollo de tales derechos fundamentales y libertades públicas.

Por último, y dentro de los principios constitucionales consagrados a la igualdad, vamos a hacer una reflexión sobre el artículo 9.2 como precepto utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, generalmente en conexión con el artículo 14 y con la cláusula del Estado Social, para fundamentar sus decisiones y en algunos casos, para delimitar el alcance y la extensión de los derechos fundamentales.

Esta cláusula de interpretación general —traslación casi literal del artículo 3.2 de la Constitución italiana de 1947— proporciona «una base y una apoyatura legal decisiva para la progresiva consecución de una «sociedad democrática avanzada» e implica, a su vez, una concepción del Derecho válida para tal tarea no tanto de carácter negativo sancionador, sino de carácter positivo, promocional» (69). Es por tanto

3. LA IGUALDAD
SUSTANCIAL
DEL
ARTICULO 9.2

una copia casi literal del artículo 3.2 de la Constitución italiana de 1947, el cual se diferencia de nuestro precepto constitucional en el último inciso cuando se refiere a la competencia de los poderes públicos para remover los obstáculos que impiden o dificultan el ejercicio real de la libertad y la igualdad, y para facilitar la participación efectiva de «todos los trabajadores» en la organización política, económica y social del país (70).

Por lo que respecta a nuestro sistema constitucional, la ausencia de una mención expresa a la participación efectiva de los trabajadores en la organización política, social y económica del país, no priva al mandato contenido en el párrafo 2.º del artículo 9.º de su potencialidad transformadora progresiva, ya que la mayor parte de nuestra doctrina, con algunas excepciones, coincide en atribuirle ese carácter de cláusula por la que los poderes públicos están constitucionalmente habilitados para realizar cambios sociales y, más en concreto, para realizar en el seno de la sociedad civil el principio de igualdad (71). El Estado toma parte en la dirección de los procesos económicos de producción, distribución, de reparto de consumos, pero con fines generales de transformación y no de pura gestión del orden socio-económico existente (72).

A pesar de que nuestra Constitución no ha incorporado una alusión tan directa a la participación de los trabajadores —como clase social diferenciada dentro de la organización política, económica y social—, tanto del párrafo segundo del artículo 9 como realizando una interpretación conjunta con la cláusula del Estado Social, se puede hablar objetivamente de una eficacia transformadora y progresista para nivelar las desigualdades y hacer extensible el ejercicio de las libertades y los derechos fundamentales a la mayor parte de la población española. Lo cual no implica, como afirma A. PIZZORUSSO, un igualitarismo de corte radical sino la realización por el Estado del máximo posible de justicia social entendida en el doble sentido de garantía para todos de un standard mínimo de condiciones de vida en el plano moral y material (73).

Sin embargo, y a pesar de esta bien intencionada capacidad de transformación social que se deriva del párrafo 2.º del artículo 9.º, la dificultad de su operatividad jurídica plantea infinitas y complejas dudas sobre su equiparación a una mera «declaración de principios precisada de más apoyos normativos para merecer una directa aplicación» (74). El Tribunal Constitucional, ya ha aplicado en numerosas ocasiones esta cláusula de interpretación general referida generalmente al artículo 14 —a la Igualdad jurídica ante la ley— y conexiónada con el Estado Social, por lo que puede deducirse que el artículo 9.2 viene a desarrollar el mandato contenido en el artículo 1.1. que define a España en su constitución como un Estado Social (75).

El contenido de nuestro artículo 9.2. ha modificado, pues, el alcance de la igualdad formal del artículo 14, al establecer la igualdad sustancial por la que los poderes públicos se convierten en destinatarios de la norma imperativa, según la cual, les corresponde intervenir en la sociedad con la finalidad de realizar la libertad y la igualdad de

manera efectiva, para lo cual deberán adoptar las medidas pertinentes en orden a superar todos los obstáculos que se opongan o perturben la realidad del diseño constitucional (76).

Y aquí es donde reside, a nuestro juicio, el problema más importante en relación con la realización del valor de la igualdad. La intervención de los poderes públicos dentro de la sociedad, con la finalidad de extender y generalizar el desarrollo de los derechos y libertades, o bien, como estamos afirmando —aunque nos permitamos ciertas reservas— para conseguir una igualdad sustancial dentro de la sociedad civil, conlleva necesariamente la adopción de medidas económicas que, de alguna manera, pueden afectar, al desarrollo de otros derechos fundamentales. El planteamiento del tema, es, a nuestro modo de ver, el siguiente: ¿Cuál es el límite de los derechos fundamentales que, a su vez, permite realizar los derechos de los demás, sin incurrir en violación constitucional? O, dicho con otras palabras, ¿la remoción de los obstáculos que impiden una participación libre e igualitaria de todos los individuos y grupos sociales, implica necesariamente un ajuste social entre los derechos fundamentales, una redistribución de bienes y servicios inversa a las diferentes formas de propiedad privada y riqueza, con la finalidad de realizar unos niveles mínimos de dignidad humana y elevar el grado de seguridad económica de las clases menos favorecidas? (77).

El principio del Ajuste Social (78), es decir, «la aportación de los unos a mejorar la condición de los otros» es el requisito indispensable para acometer una mejor redistribución de las prestaciones sociales y, por tanto, una realización efectiva de la cláusula del Estado Social y del enunciado de la igualdad sustancial o real del artículo 9.2, así como para efectuar, en virtud de los precepto mencionados— junto a la igualdad jurídica del artículo 14— diferenciaciones normativas en el desarrollo legislativo, como así lo ha declarado por otra parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 10 de noviembre de 1981, con la finalidad de realizar la democracia social y el principio de igualdad que se hallan recogidos en nuestra Constitución (79).

Esta interpretación progresiva de las cláusulas constitucionales —la cual compartimos plenamente— que está en la línea de las actuales constituciones europeas con una marcada finalidad transformadora, es sin embargo, de difícil concreción respecto a sus consecuencias jurídico-constitucionales. Por ejemplo, una distribución de las subvenciones públicas en el campo de la educación destinada a compensar a aquellas zonas, grupos o individuos de una sociedad en peores condiciones económicas, privando de su recepción a otros sectores que —objetivamente— se pueden encontrar en mejores condiciones socio-económicas, ¿es una consunción de la consagración constitucional de estos preceptos que propugnan realizar la igualdad sustancial en el seno de la sociedad civil? ¿Sería inconstitucional la solución inversa? ¿Cuáles son las medidas a adoptar para remover esos —parece que conocidos— obstáculos que impiden la participación libre e igualitaria? De cualquier forma, y a modo de conclusiones provisionales, podemos afirmar que:

1. La introducción en nuestro sistema constitucional de la cláusula del Estado Social va a originar, entre otras consecuencias jurídicas, un ajuste social entre los diferentes derechos fundamentales (que necesita como condición previa una preparación de la sociedad española, tanto a nivel de autoridades como de ciudadanos).

2. Del principio de Igualdad ante la ley se puede derivar la posibilidad de establecer, por el legislador ordinario, «diferenciaciones normativas», siempre que no se delimite de modo irrazonable el círculo personal de afectados, y sin hacer discriminaciones (80).

3. La sujeción de los poderes públicos a la Constitución está fundamentalmente determinada por dos cláusulas de un valor interpretativo indiscutible: el Estado Social y la Igualdad sustancial (81).

No hay que olvidar, sin embargo, que nuestra Constitución es consenso, y que en ella caben diferentes alternativas, reduciéndose, en pocas palabras, a ser la Constitución del pluralismo. Tampoco queremos olvidar que sólo en una democracia racional, consensuada y libre (82) será posible un desarrollo fidedigno de nuestra Constitución, pero tampoco pretendemos eludir una interpretación de la misma que pueda hacer realidad los preceptos en ella consagrados.

Con ello queremos señalar que la consideración de norma jurídica que se le atribuye a toda la Constitución, incluye también a los artículos 1.1 y 9.2, y que la realización del Estado Social y la remoción de obstáculos que facilite la efectividad de la libertad y la igualdad, son normas con pretensión objetiva de ser cumplidas, pero que carecen de una sanción constitucional, ya que depende de las mayorías parlamentarias y están condicionada por el pluralismo garantizado en la Constitución. El cumplimiento de estos fines corresponde prioritariamente a los poderes públicos, a través de la legislación y la aplicación del Derecho, pero su indefinición en la propia Constitución se desprende de la regulación del artículo 53 cuando señala que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3.º informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; y sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (83). Este parece ser el capítulo reservado por el legislador constituyente a desarrollar el mandato contenido en el artículo 1.1, aunque algunos preceptos de indudable carácter social, como son los que se refieren al derecho a la educación, a la función social de la propiedad privada, al derecho al trabajo, y al carácter progresivo del sistema tributario, se hallen reconocidos en el capítulo 2.º, que vincula a todos los poderes públicos con una eficacia inmediata.

En nuestra opinión, no existe ninguna posibilidad constitucional que obligue al legislador, en particular, y a los poderes públicos en general, a desarrollar una política que realice el contenido de las cláusulas de los artículos 1.1. y 9.2, a no ser las ya mencionadas «recomendaciones al legislador» y las diferenciaciones normativas que permiten una interpretación extensiva del principio de Igualdad jurídica. Pero sí pensamos que es una condición previa para el asentamiento y la

estabilidad de nuestro sistema constitucional el funcionamiento correcto de las instituciones políticas y la defensa de la Constitución en el sentido profundo expresado por sus preceptos (84). La salud y la estabilidad del sistema constitucional dependen, en gran medida, de un funcionamiento correcto de las instituciones y de una conciencia constitucional comprometida y honesta. Porque la misma complejidad inherente a la sociedad en que vivimos es aplicable al problema del ajuste social y al problema de los límites de los derechos fundamentales de un Estado Social de Derecho.

Así pues, no se puede afirmar de manera rotunda que la Constitución de 1978 haya optado por una transformación social y económica profunda, en el sentido expuesto por los mencionados preceptos constitucionales, quizás debido a la presencia en su articulado —merced al consenso constitucional, merced a la evidencia de la realidad— de otras cláusulas que, igualmente desarrollan normas jurídicas cuya aplicación puede impedir la realización efectiva de tales mandatos constitucionales.

Al mismo tiempo, la ambigüedad del contenido de los citados preceptos hace muy difícil establecer unas consecuencias claras y directas, entre ellas, una firme orientación para realizar las «diferencias normativas» o, la ausencia de sanciones constitucionales ante el incumplimiento de estos postulados por parte de los poderes públicos. Parece existir, pues, un claro desfase entre la finalidad transformadora que se desprende de la Constitución de 1978 y las instituciones jurídicas consagradas para llevarla eficaz y realmente, a buen término.

CAPITULO QUINTO LOS LIMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARACTER EDUCATIVO

1. EL PROBLEMA DEL «CONTENIDO ESENCIAL» DE LOS DERECHOS FUNDAMEN- TALES

Cuando en capítulos anteriores hacíamos referencia a la libertad de enseñanza como una garantía institucional que protegía especialmente la ausencia del monopolio y, por consiguiente, amparaba la existencia de un pluralismo dentro de nuestro sistema educativo, planteábamos el problema del conflicto que se produce, o puede producirse, entre los diferentes derechos fundamentales garantizados por la Constitución en el sector educativo. En concreto, hablábamos del problema de los límites entre los derechos fundamentales y de los criterios proporcionados, bien por el legislador constituyente, bien por nuestra jurisprudencia, para armonizar o jerarquizar, según los casos, los bienes jurídicos en presencia.

La consideración de la libertad de enseñanza como garantía institucional va a ser uno de los criterios utilizados para solucionar la posible colisión entre los derechos fundamentales; es decir, cuando analicemos el conflicto entre el artículo 27.6 que consagra la libertad de creación de centros docentes, como expresión fundamental del pluralismo educativo externo y la libertad de cátedra, como manifestación de la libertad de enseñanza dentro de los centros, será este principio estructurador de nuestro sistema educativo el que nos sirva como criterio de interpretación para solucionar la ponderación entre los diferentes derechos en cuestión.

Por el contrario, cuando se trate de solucionar un conflicto que afecte directamente a la concepción social de la enseñanza como sería el caso del 27.4, en el que se consagra el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza, y el 27.9 en el que se establece la ayuda con fondos públicos a los centros docentes, o incluso cuando se produzca un conflicto entre los dos grandes principios que inspiran el sistema educativo, —si se interpreta que la libertad de enseñanza constitucionaliza la enseñanza privada—, entonces acudiríamos al principio de la «plena escolarización» desarrollado en el 27.1, como criterio preferente para solucionar un conflicto entre derechos fundamentales de carácter educativo con un acentuado aspecto social.

La primera cuestión que es preciso resolver, antes de entrar en el análisis de los derechos contenidos en el artículo 27, es el problema que afecta a los límites de los derechos fundamentales, cuestión que ha sido puesta de manifiesto en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional, y en concreto en su sentencia de 8 de abril de 1981, en la que señala que ningún derecho constitucional es ilimitado, ya que todos tienen sus límites que derivan no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionalmente protegidos, sino también

por las limitaciones que, en su caso, pueda introducir el legislador ordinario, siempre que ello no rebase su contenido esencial (1). El Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 53 de la Constitución, que obliga al legislador a respetar el contenido esencial de los derechos y libertades del capítulo II de la Constitución, señalando una doble limitación: 1. La que deriva de su conexión con otros derechos constitucionalmente protegidos y 2. La que el legislador pueda introducir en el desarrollo de cada derecho en cuestión, aunque, respetando siempre su contenido esencial.

Las posibles limitaciones a un derecho fundamental deberán tener, sin embargo, un carácter restrictivo, como también ha señalado el Tribunal Constitucional, en sentencia de 4 de julio de 1980, manifestando que las restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales sólo se establecerán en la medida en que así lo exija el bien común y el respeto a los derechos de los demás, como, por otra parte, así se recoge expresamente en el número 1 del artículo 10 de la Constitución, afirmándose incluso que las necesidades de la comunidad estatal ponen también límites a los derechos fundamentales (2). Por consiguiente, y antes de entrar en un pormenorizado estudio de los límites de los derechos y libertades de carácter educativo, es condición previa interpretar el significado de la cláusula del «contenido esencial» como límite genérico a través del cual el constituyente ha vinculado al legislador ordinario en el desarrollo de los derechos fundamentales. Todos los derechos tienen sus límites, pero en ningún caso, se puede rebasar, a través de ellos, el contenido esencial de un derecho.

La garantía institucional, tal y como ha sido interpretada en estas páginas, va a operar como límite a su vez, de este contenido esencial de los derechos fundamentales. Significa esto, por tanto, que la primera cuestión a resolver en este capítulo es la referente a la interpretación, tanto dogmática como jurisprudencial, de la cláusula del contenido esencial. Y en segundo lugar, el problema de la relación de la garantía institucional que «afecta a una institución jurídicamente reconocida que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada al servicio de ciertas tareas y ciertos fines dentro del Estado» (3), y el contenido esencial de un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional ha establecido ya unos criterios generales para establecer los límites a los derechos fundamentales: 1. Ningún derecho es ilimitado. El legislador ordinario puede restringir el desarrollo de un derecho fundamental siempre que respete su contenido esencial. 2. Dejando a salvo este problemático contenido esencial, el derecho fundamental de cada persona debe respetar los derechos de los demás como se recoge en el artículo 10.1, y a su vez tiene una límite genérico derivado de las necesidades de la comunidad estatal.

Va a ser, por tanto, este núcleo que se define como «contenido esencial» de un derecho sobre el que va a girar el problema de los límites de los derechos fundamentales, y en nuestro caso en concreto, el problema de la articulación entre diferentes derechos de carácter educativo, que han sido constitucionalizados con similar rango normativo, en algunos supuestos, y con diferente rango en otros, como

en nuestra opinión, ocurre con el tema del ideario educativo de los centros como proyección del derecho constitucional a la creación de centros docentes.

Si realizamos una lectura del párrafo 2.º del artículo 27 podemos encontrar una primera limitación que, con carácter general, ha establecido el legislador constituyente, como principio fundamental: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (4), que puede representar un criterio de interpretación prioritario a la hora de resolver un conflicto entre diferentes bienes jurídicos, a pesar, incluso, de la dificultad que puede plantear la definición de conceptos como «el pleno desarrollo de la personalidad humana» o «el respeto a los principios democráticos de convivencia». En todo caso, el legislador ordinario deberá respetar estos objetivos, aquí mencionados, cuando elabore sus leyes de desarrollo del artículo 27 y tendrá que respetar, al mismo tiempo, el contenido esencial de todos los derechos y libertades que se han consagrado en el artículo 27 y en el artículo 20.1.c, por lo que respecta a la libertad de cátedra.

La libertad de cátedra, establecida en un precepto aparte, por lo que parece ser una proyección de la libertad del pensamiento y de la expresión, aunque como ya hemos señalado, el Tribunal Constitucional ha considerado como sujetos de esa libertad a todos los docentes (5), tiene establecidos sus propios límites en el párrafo 4.º del artículo 20: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia» (6).

En esta compleja articulación de derechos y libertades, que han de respetar en su desarrollo los demás derechos fundamentales establecidos por la Constitución, juega un papel primordial la delimitación y definición del «contenido esencial» de cada derecho, ya que, en todo caso y a pesar de la inevitable articulación y armonización de los mismos, el legislador ordinario, deberá respetar, este contenido esencial. En la sentencia 5/1981, del 13 de febrero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, señala el Tribunal Constitucional:

«La amplísima libertad que la Constitución deja en este punto al legislador ordinario limitada sólo por la necesidad de respetar el “contenido esencial” del derecho garantizado...» (7).

De ahí que la primera cuestión que es obligado resolver antes de pasar al problema del conflicto y la prelación entre diferentes derechos fundamentales sea, precisamente, esta definición del «contenido esencial» de un derecho (8).

Dicha garantía constituye una innovación en el sistema constitucional español, cuya importancia en orden a la tutela de los derechos fundamentales no puede ser soslayada. El artículo 53.1 en el que se

recoge la obligación del legislador de respetar, en todo caso, el contenido esencial de un derecho, se ha inspirado en el artículo 19.2 de la Grundgesetz alemana que ha suscitado un amplio debate en la jurisprudencia y en la doctrina (9), interpretándose tal cláusula en dos direcciones diferentes: 1. La primera, que se puede denominar, como indica A. E. PEREZ LUÑO, subjetiva, por la que el contenido esencial de un derecho se afecta cuando las limitaciones legislativas impiden que los particulares logren los fines o intereses protegidos por el derecho, o cuando los particulares, pese a su interés, no pueden cumplir las condiciones que para el ejercicio del derecho fundamental impone la limitación legislativa. La segunda dirección, denominada objetiva, entiende que la garantía del contenido esencial del derecho se refiere a la obligación del legislador de salvaguardar la institución, definida por el conjunto de la normativa constitucional y las condiciones histórico-sociales que forman el contexto de los derechos fundamentales (10).

Por lo que respecta al sistema español, PEREZ LUÑO acoge la interpretación objetiva o institucional de la garantía del contenido esencial aplicándola en su trabajo al derecho a la propiedad privada y a la herencia, porque de lo que se trata es de «establecer un “contenido esencial” básico a partir de la institución, susceptible de ser proyectado a las manifestaciones concretas del derecho, evitando así el peligro de disgregarse en tantos contenidos esenciales como cosas o bienes puedan ser objeto del derecho a la propiedad privada» (11). De lo que se trata es de proteger la institución que subyace a la propiedad privada y a la herencia, con lo que PEREZ LUÑO está relacionando los conceptos de institución como garantía de un derecho y contenido esencial del mismo, siendo decisivas para la determinación del contenido esencial las aportaciones de la teoría institucional. La protección del contenido esencial se refiere, en definitiva, a la obligación del legislador de salvaguardar la institución, definida por el conjunto de la normativa constitucional y las condiciones histórico-sociales que forman el contenido de los derechos y libertades (12). El problema de la determinación de la institución no puede resolverse ni partiendo de elementos extraconstitucionales, ni apelando a una hipotética noción esencial a priori, sino que debe abordarse tomando como punto de partida el análisis sistemático de la Constitución, completándolo con aquellos datos, normativos y sociológico-políticos, más relevantes (13).

A nuestro modo de ver, la novedad más interesante que A. PEREZ LUÑO aporta en este sentido es la interpretación sistemática de la Constitución, que él mismo realiza, para determinar la institución que subyace a la propiedad privada, acudiendo tanto a datos intrínsecos al propio artículo 33, así como a lo que él llama datos extrínsecos que son considerados desde una doble perspectiva: de un lado, situando el derecho de propiedad en el plano de los artículos encaminados a garantizar el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana; de otro, encuadrándolo en los preceptos configuradores del modelo económico constitucional (14). Los preceptos analizados para interpretar el pleno desarrollo de la personalidad humana son el, tantas veces mencionado 9.2, el artículo 15, como medio para asegurar el derecho a la vida y a la integridad física, el artículo 17.1 como instrumento para

la defensa y la seguridad personales, el artículo 35.1 porque puede operar como factor de promoción personal, a través del trabajo, y como medio de satisfacer las necesidades individuales y familiares y, por último, como condición indispensable para el ejercicio de la libertad de empresa (artículo 38) (15).

La conexión con los preceptos relativos al modelo económico constitucional, necesaria para configurar el contenido esencial de la propiedad privada, se extiende de algún modo a todos aquellos artículos que corrigen el desequilibrio producido por el funcionamiento libre del mercado: la cláusula del Estado Social y el preámbulo de la Constitución que persigue instaurar un orden económico y social justo a través de la promoción de un progreso cultural y económico que asegure a todos una digna calidad de vida, para lo cual es requisito imprescindible la intervención del poder público, prevista por el propio texto constitucional en el párrafo constitucional del artículo 9, así como en el artículo 40.1. Por estas razones, el legislador constituyente ha puesto en manos del Estado la posibilidad de planificar la actividad económica para equilibrar y armonizar su desarrollo, atendiendo a una justa distribución de la riqueza. En este mismo sentido, el artículo 128.2 establece expresamente la posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales y el 129.2 permite el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. En cualquier caso, «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general (128.1), y los poderes públicos tienen competencia para atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (130.1) (16).

La interpretación sistemática, como medio para definir el contenido esencial del derecho a la propiedad privada, tiene un incalculable valor para la configuración de los derechos fundamentales que afectan al sistema educativo español, ya que no sólo podemos tener en cuenta los preceptos consagrados en los artículos 27 y 20.1.c, sino también aquellos principios o cláusulas, como las del Estado Social o la que se contiene en el 9.2, la Igualdad sustancial, e incluso la posibilidad de efectuar diferenciaciones normativas, en base al artículo 14, para delimitar cuáles son los fines que persigue la Constitución al delimitar el contenido esencial de los derechos fundamentales de carácter educativo.

La interpretación sistemática de la Constitución española exige relacionar aquellos preceptos reservados a los derechos fundamentales de carácter educativo con los principios constitucionales que, a nuestro modo de ver, inspiran el sistema educativo en su conjunto, y con aquellos preceptos que la Constitución establece para que la libertad se pueda extender a todos los titulares de las libertades y derechos que la Constitución reconoce, en su disfrute real y efectivo y no sólo en su enunciado formal.

Junto a esta interpretación sistemática del texto constitucional, PEREZ LUÑO acude a los «elementos extraconstitucionales» presentes en aquellas disposiciones normativas que dentro del ordenamiento jurídico regulan la propiedad privada, así como a los datos socio-

políticos que pueden configurar la «conciencia social» como criterio para delimitar el contenido esencial, viéndose plasmada, aún dentro de la ambigüedad e imprecisión, en los valores que se recogen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U. y en los Tratados y Convenios internacionales sobre Derechos Humanos (17).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia 11/1981 del 8 de abril, ha establecido dos caminos diferentes para llegar a la idea del «contenido esencial». El primero es tratar de acudir a la naturaleza jurídica o el modo de configurar cada derecho. Según esta idea «habría que establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones, generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas del derecho» (18). Atendiendo a esta vía, el contenido esencial de un derecho subjetivo estaría constituido por «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, en cierto sentido (19).

La segunda vía para delimitar esta categoría constitucional es la que tiende a buscar «los intereses jurídicamente protegidos» como núcleo y médula de los derechos subjetivos, indicando que se afectaría al contenido esencial cuando se viola aquélla parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, puedan ser efectivamente realizados (20).

A través de estas dos vías que no son, como el propio Tribunal ha declarado, alternativas, ni mucho menos antitéticas, la jurisprudencia constitucional parece inclinarse hacia la dirección subjetiva mencionada por PEREZ LUÑO, atendiendo prioritariamente a «aquella parte del contenido de un derecho que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga» (21), aunque no elude una interpretación sistemática de todo el texto normativo como causa apropiada para aproximarse al contenido esencial que, «puede extraerse en parte de la propia Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás» (22).

Pero lo que el Tribunal no hace es interpretar el concepto con un carácter general, dejando su concreción particularizada para la resolución de los correspondientes recursos de amparo. Por ejemplo, en la sentencia de 8 de abril de 1981 no considera necesario definir de forma detallada cuál es el límite establecido por el artículo 28.2 al ejercicio del derecho a la huelga, sino que, por el contrario, estima más adelante que «el Tribunal irá haciendo los correspondientes pronunciamientos respecto de cada uno de los supuestos especiales que se puedan plantear en el futuro, a través de los correspondientes recursos de amparo» (23).

En la sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la LOECE tampoco el Tribunal considera adecuado pronunciar una sentencia «interpretativa» que fije el contenido de los derechos fundamentales sino que será el propio Tribunal, en cuanto haya lesión de los derechos fundamentales o libertades públicas, quien solucione los conflictos por la vía de amparo «y no mediante el establecimiento apriorístico de una doctrina general» (24), ya que la amplísima libertad que la Constitución deja en este punto al legislador ordinario, limitada sólo por esta necesidad de respetar el contenido esencial del derecho garantizado, hace difícil establecer una doctrina de carácter general (25). A estos efectos el Tribunal Constitucional está empleando la idea «del uso discursivo del contenido esencial» (26), consistente en que cuando tiene una «precomprensión» de la decisión final sobre el supuesto planteado, la idea del contenido esencial puede jugar como un argumento que motive la decisión sin que por lo demás desempeñe una función de influencia decisiva en el fallo. De esta forma, «la idea del contenido esencial no se define, no se dan elementos integradores de dicho contenido, ni se señala cuál es el ámbito específico de protección que el contenido esencial hace intengible a los actos de los poderes públicos» (27).

En la sentencia sobre la LOECE no se define, entre otros, cuál es el contenido esencial del derecho de los padres a participar en el control del centro docente por lo que ésta garantía, en concreto, es susceptible de ser utilizada para motivar la convicción del Tribunal obtenida a través de cualquier otra vía, de que «la existencia de un ideario propio del centro no viola el artículo 27.7 de la Constitución Española» (28). Esta utilización del contenido esencial puede actuar, en opinión de A. CARRASCO PERERA, negativa y positivamente. En el primer caso, apoyando cualquier medida de los poderes públicos, puesto que la configuración legal de los derechos fundamentales resulta plenamente legítima en la zona de los mismos que no está protegida por dicho contenido esencial. Desde una perspectiva positiva, puesto que el contenido esencial es la zona donde no puede entrar la configuración legal de un derecho, determinada ley o acto es inconstitucional en la medida en que haya violado dicho contenido esencial. Para que una y otra función tuviesen un contenido, realmente distinto, «el contenido esencial del derecho debería estar definido» (29).

Pero como no lo está, el Tribunal acude al criterio de la razonabilidad de una medida adoptada para considerar el respeto a la violación del contenido esencial. Por ejemplo, en la sentencia relativa al derecho a la huelga se entiende por contenido esencial de este derecho «la cesación del trabajo en cualquiera de sus modalidades», aunque con algunas limitaciones, ya que no se excluye «que el legislador, al regular las condiciones de su ejercicio, pueda entender que algunas particulares modalidades pueden resultar abusivas» (30). La justificación de las limitaciones que se pueden establecer al ejercicio de los derechos fundamentales, reside, a nuestro modo de ver, no sólo en los límites genéricos que se derivan de la conexión con otros derechos fundamentales y en el respeto a los intereses de la sociedad, sino fundamentalmente por la política del consenso constitucional que, en particular, respecto al artículo 27, ha relegado la definición del con-

tenido de algunos preceptos constitucionales a lo que estableciera en su momento el legislador ordinario.

La recepción de dos modelos educativos diferentes dentro del marco constitucional y la remisión a la ley ordinaria que el constituyente ha establecido, en concreto, en los párrafos 7, 9 y 10, tiene como consecuencia inevitable en primer lugar, que será el propio legislador ordinario el que determine la garantía del contenido esencial, potenciando más unos derechos u otros, según el grado de cohesión política de la mayoría parlamentaria y realizando, bien una armonización entre los distintos derechos en juego, bien una jerarquización entre los mismos, como lo demuestra la diferente articulación de derechos efectuada por la LOECE y por la LODE.

Según el artículo 15 de la LOECE: «Los profesores, dentro del respeto a la Constitución, a las leyes, al reglamento de régimen interior y, en su caso, al ideario educativo propio del centro, tienen garantizada la libertad de enseñanza». Esta regulación subordinaba, pues, la libertad de enseñanza, —libertad de cátedra para el Tribunal Constitucional— al ideario educativo del centro, como proyección prioritaria del derecho constitucional a la creación de centros docentes. La Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación consagra en dos preceptos diferentes tanto la libertad de cátedra, como el derecho de toda persona física o jurídica de carácter privado para crear y dirigir centros docentes, dentro del respeto a la Constitución y a la ley (31), estableciendo un marco legal de armonización de derechos constitucionales que, en caso de entrar en colisión, se solucionaría a través de la jurisdicción ordinaria y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional.

Y, en segundo lugar, que cuando el Tribunal Constitucional deba resolver un conflicto entre derechos fundamentales, siendo inexcusable la definición del contenido esencial de los mismos, tendrá que acudir de nuevo al «juicio de razonabilidad» para evitar pronunciarse sobre la oportunidad política de la decisión legislativa adoptada. Es decir, la inclusión de dos modelos de educación diferentes en la Constitución de los que se derivan derechos y libertades de similar rango normativo, es una de las causas, en nuestra opinión, de que el Tribunal Constitucional no pueda definir el contenido esencial de los derechos fundamentales, o «se vea obligado a reducir el ámbito de protección de un derecho o el contenido constitucionalmente relevante de una norma a niveles mínimos donde la discusión ya no sea posible» (32). Puede afirmarse, con A. CARRASCO, que «para la justicia constitucional “esencial” no es éste o aquél aspecto del derecho, sino lo que razonablemente puede considerarse decisivo en el ámbito de protección del mismo, una vez determinados los valores constitucionales protegidos en juego» (33).

En último extremo, el contenido esencial no es otra cosa que la razonabilidad misma o el criterio por el que se mide la limitación razonable de algún derecho fundamental, aunque actualmente su aplicación se ha extendido más allá de la regulación constitucional de los derechos fundamentales para abarcar todo problema que pueda re-

sultar constitucionalmente relevante, siendo el «contenido razonable» de todos los valores constitucionales incluso el criterio para medir la razonabilidad de cualquier medida legal o no legal (34). Esta idea del «contenido esencial» se acerca a la definición que el propio Tribunal Constitucional ha establecido de la garantía institucional, en la sentencia del 28 de julio de 1981: «el orden jurídico-político establecido por la Constitución Española asegura la existencia de determinadas instituciones a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. En éstas, la configuración institucional concreta se refiere al legislador ordinario al que no se fijan más límites que el de reducto indisponible o núcleo esencial que la Constitución garantiza» (35).

2. LA GARANTIA INSTITUCIONAL Y EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando en el capítulo tercero hablábamos de la libertad de enseñanza como garantía institucional hacíamos referencia a la pretensión de establecer un núcleo indisponible por el legislador a través del cual se trataba de proteger ciertas tareas o ciertos fines que excedían del marco individualista de los derechos fundamentales. La libertad de la ciencia y la investigación exceden de los derechos fundamentales de cada investigador en concreto, y la libertad de enseñanza, entendida como la ausencia del monopolio y la defensa del pluralismo, excede, pues, de los derechos y libertades que se desarrollan en el marco constitucional. Incluso los limitan.

El contenido de la garantía institucional es más amplio que el que se deriva de los derechos fundamentales, ya que éstos deben su existencia a la indisponibilidad que la garantía representa respecto al legislador ordinario y a la posibilidad de ser limitados por aquélla. En este sentido, la garantía institucional puede operar en favor de la libertad, pero también simultáneamente en sentido contrario. Si la libertad se garantiza, como afirma I. de OTTO, por la importancia de la institución que sobre ella reposa, este condicionamiento puede significar asimismo que se garantice con las restricciones necesarias para que su uso sirva a la institución. La garantía institucional significa entonces, cimentación y limitación simultáneamente. La institución es el fruto de la libertad pero se hace autónoma respecto de ella y puede, así, constituirse en su límite» (36).

En cuanto al tema que nos ocupa, la garantía institucional que protege la libertad de enseñanza actúa, a su vez, como núcleo indisponible por el legislador, el cual está constitucionalmente obligado a respetar el pluralismo y la libertad que subyacen a esta garantía pero, simultáneamente, se convierte en el límite fundamental que condiciona el desarrollo de los derechos fundamentales y, por consiguiente, su contenido esencial. La garantía institucional al servicio de la libertad y el pluralismo en la enseñanza se convierte en el instrumento fundamental para armonizar o jerarquizar los derechos de carácter educativo, ya que éstos existen porque previamente se ha garantizado la libertad de enseñanza, la cual condiciona su desarrollo y su contenido esencial.

La estructura lógica y jurídica de los derechos fundamentales es, por tanto, diferente de la estructura de las garantías institucionales, y no siempre tienen que aparecer simultáneamente, pero normalmente corresponde también a una garantía institucional, como es la libertad de enseñanza o de la ciencia, un derecho individual constitucional, «el cual puede quedar limitado, a su vez, por la garantía de la institución» (37). Desde este punto de vista, la garantía institucional puede convertirse en el cauce jurídico apropiado para que los derechos fundamentales de los individuos puedan desplegar su eficacia, no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a los demás particulares precisamente por su configuración como garantía al servicio de un interés o institución, y no en beneficio del interés individual del titular del derecho subjetivo (38).

Otra vía que nos llevaría a conceder eficacia jurídica a los derechos fundamentales entre particulares, es aquélla que los considera como «valores superiores del ordenamiento jurídico», lo cual implica una posición dominante y de supremacía de los valores superiores de nuestro ordenamiento —expresados fundamentalmente en los artículos 1 y 10 de la Constitución—, en la interpretación de todas las demás normas constitucionales (39), o bien como «elementos estructurales básicos del derecho objetivo» (40); aunque ninguna de ellas nos proporciona los instrumentos jurídicos adecuados para superar la tradicional concepción de los derechos subjetivos, alegables sólo frente a los poderes públicos (41).

El Tribunal Constitucional español, en sentencia de 2 de julio de 1982, aún no correspondiéndose estrictamente con la noción de garantía institucional, ha conferido una dimensión social al derecho al trabajo (art. 35.1) cuando constata que, junto a su dimensión individualista, cuenta con una dimensión colectiva en cuanto mandato dirigido a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo. También en las sentencias de 16 de marzo de 1981 y de 31 de marzo de 1982 se considera a la libertad de expresión como «garantía de una institución política fundamental, la opinión pública libre, y elemento esencial para el principio de legitimación democrática», aunque estos intentos de superación de la posición de los derechos fundamentales, como derechos frente al Estado pueden incurrir, en el estado actual de evolución de la dogmática jurídica, en grandes riesgos para la dignidad de la persona humana (42). Actualmente, corresponde al legislador ordinario, en su misión de desarrollar los derechos fundamentales, proceder a una articulación de los mismos que armonice y equilibre sus efectos jurídicos, pero que al mismo tiempo no los configure con carácter absoluto e ilimitado, pudiendo así, en una limitación recíproca, desplegar su eficacia incluso en relaciones entre los particulares, como sería el supuesto de la libertad de cátedra del profesor y el derecho a dirigir el centro docente del titular del mismo (43).

La garantía institucional despliega entonces sus efectos no sólo frente a los poderes públicos, y en especial el legislativo —que no puede suprimir la existencia de tales instituciones—, sino también frente a los propios titulares de los derechos subjetivos, si es que de ella

se derivan algunos, y frente a los terceros que, obligados a respetar el ordenamiento constitucional, están vinculados por la existencia de tales garantías institucionales.

Por consiguiente, la articulación de los derechos fundamentales exigirá, en nuestra opinión, «una elaboración institucional que tenga en cuenta diversas perspectivas, funciones y fines de las instituciones en presencia» (44). Quizás la Constitución en sí misma se pueda representar por el valor del pluralismo, como ha señalado I. de OTTO respecto al contenido de su artículo 1.º (45), el cual puede estar desarrollado a través de las diferentes garantías institucionales, pero lo que sí consideramos importante señalar, es que la realización de los derechos fundamentales y la delimitación de su contenido esencial, exige una articulación institucional de los mismos que se fundamenta, tanto en cada institución en particular, como en una interpretación sistemática de la Constitución de la mano fundamentalmente de su artículo 10.1: «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» (46).

3. ARMONIZACIÓN O JERARQUIZACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE CARÁCTER EDUCATIVO

La Constitución de 1978 y, en especial el artículo 27, es el resultado de un laborioso proceso de gestación —ya analizado— que tiene como consecuencias importantes, entre otras, la remisión al legislador ordinario para su desarrollo, la definición de algunos de sus preceptos y la exhaustiva y minuciosa correlación de derechos y libertades que, sobre todo en materia educativa, ha establecido el constituyente propiciando así, en la práctica, una situación de conflicto permanente ya que la inclinación hacia la protección preferente de algunos de estos derechos garantizados puede ir en perjuicio de otros. En esta situación se encuentran la libertad de cátedra de los profesores (art. 20.1. c.), el derecho a crear centros docentes (art. 27.6), el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que se adapte a sus convicciones (art. 27.3) y la participación de los profesores, padres, y alumnos en el control y gestión de todos los centros sostenidos por fondos públicos (art. 27.7). Derechos que giran en torno al pluralismo y la libertad y que en los supuestos de colisión deben, a nuestro juicio, ser interpretados conforme a los criterios aquí señalados: la concepción de la libertad de enseñanza como garantía institucional y la interpretación sistemática de la Constitución teniendo como directriz genérica el artículo 10.2 y el importantísimo, y resbaladizo precepto consagrado en el artículo 27.2, considerado como el ideario educativo de la Constitución.

3.1. Libertad de cátedra y derecho a fundar centros docentes con ideario propio

Los conflictos entre los derechos educativos definidos con carácter social, como por ejemplo el artículo 27.4 que consagra la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza y la constitucionalización de la ayuda a los centros privados se interpretarán, como ya señalábamos al empezar este capítulo, con arreglo al principio del ajuste social y de la plena escolarización, lo cual no resulta nada fácil si se trata de distribuir los recursos escasos favoreciendo a quienes más lo necesitan.

La Constitución de 1978 ha establecido una prolija regulación de los preceptos relacionados con la educación que no obedece a ningún criterio sistemático sino que, al contrario, los distribuye a lo largo del articulado atendiendo a criterios no muy definidos como el grado de protección jurisdiccional o la naturaleza jurídica de tales derechos. En este sentido la libertad de cátedra, interpretada por el Tribunal Constitucional como derecho subjetivo atribuido a todos los enseñantes, está ubicado en un precepto diferente cuyo contenido parece estar reservado a la libertad del pensamiento y de su expresión, cuando por su conexión lógica con la enseñanza debería estar junto al resto de los derechos fundamentales de carácter educativo. Quizás en el fondo se ha pensado en una libertad de cátedra propia de un Estado de la cultura, pero se ha mantenido tal denominación para mantener la tradición histórica iniciada con la Constitución de la II República (47).

Aunque a lo largo de este trabajo se han expuesto opiniones favorables a configurar a la libertad de cátedra como una garantía institucional, a nuestro modo de ver, lo que el legislador constituyente ha consagrado en el artículo 20.1. c) es el derecho subjetivo de su titular para ejercer sin trabas ni censura previa sus funciones como docente, aunque ello no es obstáculo para que tal libertad no se beneficie de las garantías propias de la libertad de enseñanza del artículo 27.1. El problema se plantea cuando el ejercicio de la libertad de cátedra encuentra los «límites inmanentes» (48) derivados del respeto a los derechos de los demás y, en especial, de los derechos garantizados dentro del propio sistema educativo.

La libertad de cátedra ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional como una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza, al igual que el derecho a fundar centros docentes (27.6) y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3). Por lo tanto, se trata de derechos fundamentales de similar rango normativo cuyo contenido esencial carece de una determinación perfectamente delimitada (49) sobre todo si se produce una colisión entre los mismos, como ya ha ocurrido con la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares (LOECE). Esta sentencia es, en nuestra opinión, la interpretación constitucional de los límites de los derechos fundamentales del sistema educativo español.

La libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1 de la Constitución, implica el derecho a crear instituciones educativas (50) pero, a nuestro juicio, la libertad de enseñanza no «ES» el derecho a crear centros docentes. En el capítulo primero, analizábamos cómo la libertad de enseñanza era fundamentalmente una libertad de pen-

sar y de transmitir las ideas propias a través de la enseñanza. Sólo cuando el estado pretende asumir un papel relevante en el campo de la educación empieza a identificarse la libertad de enseñanza con el derecho a fundar instituciones docentes. Sólo cuando los centros religiosos han de contratar personal civil para impartir la docencia, se consolida tal identificación equívoca, dando lugar a la aparición de términos tales como el ideario educativo del centro, cuyo objetivo es mantener la homogeneidad de los centros religiosos que cuentan en sus plantillas docentes con profesores seculares (51).

La libertad de cátedra como categoría jurídica diferente a la libertad de enseñanza nace cuando, desde instancias externas a la persona del docente, se le imponen los criterios con arreglo a los cuales debe impartir su enseñanza. Por tanto, aunque en su origen la libertad de enseñanza era fundamentalmente «la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de enseñanza» (52), este contenido es el que se atribuye actualmente al derecho subjetivo que deriva de la libertad de cátedra. Sin embargo, y a pesar de sus orígenes, lo cierto es que la Constitución española de 1978 ha consagrado el derecho fundamental a la creación de centros docentes, y ha escindido la libertad de enseñanza de la libertad de cátedra, sobre cuyas peculiaridades ya nos hemos pronunciado anteriormente.

El derecho a crear centros docentes está reconocido en otros ordenamientos constitucionales pero con algunos matices importantes. Por ejemplo, en Italia, el artículo 33 de la Constitución reconoce que «el arte y la ciencia son libres, así como su enseñanza» y en el párrafo 2.º aparece la libertad de los particulares para fundar escuelas e institutos de educación «sin carga para el Estado» (lo que se denomina «libertad de las escuelas» (53). Junto a esta regulación, el artículo 30 recoge lo que EMBID IRUJO denomina «derecho educativo paterno»: «Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, aún cuando hayan nacido fuera del matrimonio» (54).

En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn reconoce en el artículo 7.4.1., el derecho a abrir escuelas particulares, lo que en otros países se designa con el concepto de libertad de enseñanza, y que la doctrina dominante en este país lo aplica exclusivamente al profesor universitario (55) como interpretación del artículo 5.º párrafo 3.º («El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres. La libertad de enseñanza no exime de la fidelidad a la Constitución»). Esta libertad de la escuela privada se relaciona con el derecho de los padres a la educación de sus hijos (6.2GG) e incluso, se ha dicho, que este mismo derecho estaría implícito en la garantía constitucional de la escuela privada (56).

Se puede, pues, establecer una relación de instrumentalidad entre el derecho educativo paterno y la escuela privada como alternativa a la enseñanza pública interpluralista, que permitiría la elección por parte de los padres de una enseñanza para sus hijos de carácter homogéneo y coherente, y no intrapluralista. Sin embargo, no ha sido ésta la interpretación que nuestro Tribunal Constitucional ha realiza-

do del artículo 27.6 cuando señala que «el derecho a establecer un ideario propio como faceta del derecho a crear centros docentes, tiene los límites necesarios de este derecho de libertad, límites que no derivan de su carácter instrumental respecto del derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, pues no hay esta relación de instrumentalidad necesaria, aunque sí una indudable relación» (57).

Para el Tribunal el derecho a establecer un ideario propio, recogido en el artículo 54 de la LOECE y en el 22.1 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación con la expresión «carácter propio» del centro, es la especificación del derecho a fundar centros de enseñanza ya que, en otro caso, «no sería más que una expresión concreta del principio de la libertad de empresa que también la Constitución consagra en su artículo 38 (58). El derecho a establecer un ideario propio es, pues, un derecho autónomo en opinión del Tribunal que «no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa», aunque un voto particular a la sentencia de 13 de febrero de 1981, sí insiste precisamente en que el ideario es la expresión del carácter ideológico del centro, cumpliendo una función instrumental en relación con el derecho de los padres consagrado en el párrafo 3.º del artículo 27, a través de la información que proporciona a los mismos sobre la educación moral y religiosa que se imparte a los alumnos del centro, para que ellos puedan escogerlo con pleno conocimiento de causa para sus hijos (59). Parece, en definitiva, que el Tribunal Constitucional está partiendo de la idea de que «la posibilidad de fijar un ideario educativo es un elemento inmanente de la propia libertad de enseñanza, en cuanto libertad de creación de centros docentes» (60), a pesar de que se trata de un concepto establecido en una Ley Orgánica y, por consiguiente, sin rango constitucional.

No coincidimos con esta opinión mantenida por el Tribunal, y corroborada por gran parte de la doctrina, de que el ideario sea un elemento inmanente al derecho constitucional de fundar centros docentes regulado en el 27.6, ni se trata tampoco de un derecho autónomo. El contenido que se desprende de esta norma objetiva guarda una íntima y estrecha relación con el derecho de los padres a elegir para sus hijos una educación adecuada. La libertad de enseñar y la libertad de aprender son las dos caras de una misma realidad y ambas se condicionan y limitan recíprocamente. Por otra parte, una empresa educativa es, evidentemente, siempre algo más que una empresa económica y, por ello, la propia Constitución establece todo un sistema de regulaciones y controles en atención a la capital significación social de la educación y la enseñanza (61). De ahí, que no se trate de derechos autónomos sino de derechos limitados, respectivamente, en cuanto a su contenido esencial y condicionados por la función que realizan: informar a los padres de qué tipo de educación moral y religiosa se imparte en el centro para que estos ejerzan su derecho a elegir (27.3) entre las diferentes ofertas.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 77/1985, de 27 de junio ha señalado que el contenido esencial del derecho a la creación de centros docentes «implica el derecho a garantizar el respeto al carác-

ter propio y de asumir, en última instancia, la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias y en relación con la propuesta de estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa, pedagógica y del profesorado. Desde el punto de vista negativo, el contenido esencial implica la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables o que lo despojen de la necesaria protección» (62), con lo cual ha solucionado el tema de si la facultad de «dirección» de un centro en un derecho atribuido a aquéllos que lo fundan, que tando dio que hablar en los debates constitucionales y que fue explícitamente consagrado en el artículo 7.1 de la LOECE (63).

Por consiguiente, tanto el derecho a fijar un ideario o el carácter propio del centro como la facultad de dirección del mismo o, «de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión», son considerados como contenido esencial del derecho a la creación de centros docentes. Sin embargo, el problema que se plantea en relación a la definición de los derechos educativos no es tanto el de su descripción como el de su articulación, y consiguiente limitación, con el resto de los derechos fundamentales de similar rango normativo. El problema se acrecienta cuando estos centros privados dotados de un ideario propio reciben subvenciones de los poderes públicos denominándose en tales casos, según el artículo 10.3 de la LODE, «centros concertados» y ajustándose a lo que tanto la Constitución como la Ley de desarrollo establecen respecto a este tipo de centros. En concreto deben canalizar, según prevé el artículo 27.7 CE, la intervención de los profesores, padres, y en su caso, alumnos, en el control y gestión de dichos centros a través del Consejo Escolar del centro (64). Con lo cual, se plantea el problema de la articulación de estos derechos fundamentales entre sí, estableciendo sus límites pero respetando, en todo caso, el contenido esencial de los mismos.

Respecto a esta colisión entre derechos constitucionales ha señalado el Tribunal Constitucional que el legislador, vinculado por el pluralismo que la Constitución consagra como valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1.1.) «permite en este punto distintas soluciones pero nunca se podrá privar, de una parte al titular del centro de las facultades que se derivan del derecho que la Constitución le otorga, ni de otra privar a los padres, profesores, y en su caso, alumnos, de algún grado de intervención en la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos» (65).

Por otra parte, el artículo 27.3 ha consagrado 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, con lo que la colisión entre estos derechos ha de ser arbitrada por el legislador ordinario de tal forma que en el supuesto de un centro privado subvencionado con fondos públicos se articulen el derecho del titular del centro a fijar un ideario y dirigir su establecimiento, la libertad de cátedra de los profesores, el derecho de los padres a elegir centro de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas y la participación de los mismos en el control y gestión de dichos centros.

La articulación entre los derechos fundamentales debe estar presidida, a nuestro juicio, por los siguientes principios:

1. La garantía institucional de la libertad de enseñanza y el principio de plena escolarización en condiciones de igualdad.
2. La aplicación de aquel o aquellos derechos que permiten la máxima aplicación de los demás derechos (66).
3. El principio de exigibilidad de una conducta conforme a la Constitución Española.

En otras palabras, ya que la colisión entre derechos constitucionales que son fruto de ideologías contrapuestas es inevitable, habrá que asumir entre todos una gran dosis de tolerancia de tal forma que no se impongan comportamientos que no se pueden soportar o que sean intolerables conforme a derecho. Si, en un determinado centro se excluyen —en la medida de lo posible— las coerciones de índole religioso-ideológicas y se ofrece un margen para la confrontación objetiva de todas las ideologías, respetando con ello el principio de tolerancia, esta actitud no conduce, ni a aquéllos padres o hijos que rechazan una educación religiosa, ni a aquellos otros que desean una enseñanza confesional a un conflicto de fe y de conciencia insoportable, que no se pueda exigir conforme a derecho» (67).

La realización del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas no quedaría privada de contenido si, fuera del horario escolar o, incluso en las propias Iglesias o comunidades religiosas (68), se establecieran los cauces adecuados para educar profunda y sinceramente a los hijos, con lo cual se podría canalizar una gran cantidad de recursos públicos para la satisfacción de, entre otros, el principio de plena escolarización, a través, de un sistema de becas o de educación compensatoria. Estas son, pues, las tres grandes directrices que hemos seguido a lo largo de este trabajo para solucionar el problema de los límites y la colisión entre derechos de similar rango constitucional.

Respecto a la colisión entre la libertad de cátedra del profesor y el derecho del titular del centro a establecer un ideario, existe ya una jurisprudencia definida, sobre todo en la sentencia que resolvía el recurso de inconstitucionalidad contra la LOECE, con la que no coincidimos en algunos puntos.

El ideario del centro, que ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como contenido esencial del derecho a fundar un centro docente —contenido que no se define (69), pero que no está limitado a los aspectos morales y religiosos del centro—, es el instrumento utilizado para hacer realidad el principio de pluralismo de centros, tan defendido por el centro-derecha-católico durante los debates constitucionales. El pluralismo, que la Constitución consagra como valor superior en su artículo 1.1 y que preside como garantía institucional el sistema educativo se puede realizar a través de dos vías:

1. A través de los centros públicos, caracterizados por una aconfesionalidad religiosa (art. 16.3), libertad de pensamiento y libertad de cátedra de sus profesores, con lo que la confluencia de las diferentes percepciones de la realidad y la transmisión de informaciones, realizaría el principio del pluralismo dentro de los centros.

2. A través de centros, bien privados, o bien subvencionados, según establezca la ley de desarrollo, caracterizados por impartir una enseñanza homogénea, en los que la libertad de cátedra de los profesores y la participación de éstos, junto con padres y alumnos, deberá armonizarse con el ideario del centro. Sería entonces un pluralismo de centros como instrumento más adecuado para realizar el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos o, incluso, en virtud del principio de libertad de enseñanza o de los Tratados Internacionales ratificados por España, el derecho a elegir el «tipo de educación» que desean para sus hijos (70).

Bien por una vía o por la otra, los derechos fundamentales que se reconocen a los sujetos participantes van a encontrar límites derivados *fundamentalmente de lo que para nosotros representa el centro* de todo el sistema educativo: la libertad de información del alumno (71). Pero la armonización entre estos derechos varía sustancialmente en función del carácter público o privado del centro que se trate.

En caso de colisión entre la libertad de cátedra del profesor de un centro privado y el ideario educativo del centro en cuestión, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libre aceptación por parte de un profesor del ideario del centro «no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico imprime a su labor. Su libertad, sin embargo, es una libertad en el puesto docente que ocupa en un determinado centro y ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro del que forma parte el ideario» (72).

La regulación de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, ya citada en este trabajo, subordinaba la libertad de enseñanza de los profesores al ideario educativo del centro con lo que, en ningún caso, armonizaba a nivel de igualdad los derechos constitucionales. El Tribunal, no sólo eleva el rango normativo del ideario del centro al señalar que forma parte de su contenido esencial, sino que se decanta a lo largo de sus argumentaciones en favor de la primacía del derecho del titular a establecer un ideario educativo, cuando en el fundamento jurídico 11 señala que «las actividades o la conducta lícita de los profesores, al margen de su función docente en un centro privado dotado de ideario, pueden ser eventualmente consideradas por el titular de éste como una obligación de respetar tal ideario y, por consiguiente, como un motivo suficiente para romper la relación contractual entre el profesor y el centro» (73). El artículo 27.6 permite, en nuestra opinión, la creación de centros docentes y la dirección de los mismos, con respeto a los principios establecidos en la propia Constitución, pero de tal consagración no se puede derivar el derecho a fijar un ideario, superponiéndolo incluso a la propia libertad de cátedra, reconociendo ésta como derecho subjetivo de carácter constitucional.

En todo caso, la presencia de un ideario estaría en íntima e inseparable relación con el derecho de los padres reconocido en el 27.3, con la formación religiosa y moral que se imparta en los centros. La libertad de cátedra tiene unos límites expresamente regulados en el texto constitucional que varían en relación con el carácter público o privado del centro y con el nivel o grado educativo que corresponda (74): 1) el respeto a los derechos de los demás reconocidos en el Título I de la Constitución. 2) Los preceptos de las leyes que la desarrollan y 3) La protección de la juventud y la infancia. El ideario, tal y como aparece regulado en la LOECE, y como ha sido admitido por el Tribunal Constitucional, supone un límite genérico previo al ejercicio de la libertad de cátedra, y el párrafo 2.º del artículo 20 establece que el ejercicio de la libertad de cátedra no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. En este sentido, cuando la libertad de cátedra haya de ejercerse dentro de un centro privado dotado de ideario educativo este precepto consagrado en el artículo 20.2 implica que, aunque el ideario debe ser respetado por el profesor, su existencia no puede permitir actos concretos de censura previa por parte de los titulares del centro, respecto a la actividad docente de los profesores (75).

El ideario y la libertad de cátedra deben ser regulados, en cualquier caso, en un nivel de igualdad, con respeto a los límites establecidos para cada uno de ellos y, en especial, la libertad de conciencia y de información del alumno, que es el centro de todo el proceso educativo, sin que el titular de la libertad de cátedra pueda prevalerse de su función para adoctrinar a sus alumnos (76). Por ello, en los centros públicos de carácter no universitario, en los que domina como norma principal el pluralismo interno y el respeto hacia todas las doctrinas, se ha de respetar escrupulosamente la libertad de conciencia del alumno, atendiendo a su grado de madurez y preparación. Y cuanto menos desarrollada sea la capacidad de discernimiento del que va a ser enseñado, más reserva debe exigirse a los profesores a la hora de transmitir opiniones controvertidas (77). Los conflictos que se puedan plantear, pues, entre la libertad de cátedra y el ideario de los centros privados deberán ser solucionados por la jurisdicción ordinaria, pero atendiendo preferentemente a la posible violación de la libertad de conciencia de los alumnos y a la incidencia que —en el ejercicio de su función— haya podido tener el profesor sobre el derecho de los alumnos a recibir la educación religiosa y moral elegida por sus padres.

El deber de respeto y consideración que los profesores deben tener hacia el centro privado no ha de entenderse establecido en beneficio directo de la libertad de creación de centros docentes, sino en favor del derecho fundamental de los padres recogido en el artículo 27.3 de la Constitución (78). De cualquier forma y, a pesar de su configuración constitucional, no dejamos de preguntarnos por la razón de ser de ese conjunto de ideas homogéneas y excluyentes que constituyen el ideario, cuando la propia Constitución establece las pautas hacia las que orientar los fines de la educación: «el pleno desarrollo y la libre personalidad de los niños (arts. 10.1 y 27.2), que se obtiene fomentando en ello un espíritu crítico que sólo es posible imbuirles si también los profesores hacen uso de él en sus explicaciones» (79). En todo caso, el ideario, o el carácter propio de los centros privados,

estaría sujeto o limitado por los principios que consagra el propio artículo 27.2 (80).

Por ello, nos parece más conforme con el espíritu constitucional la regulación que la LODE nos ofrece en este punto ya que el párrafo primero del artículo 22 señala que «en el marco de la Constitución y con respeto de los derechos garantizados en el Título Preliminar de esta ley a profesores, padres y alumnos, los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos». Este artículo 22 omite, pues, el deber de profesores, padres y alumnos de respetar el ideario del centro, pero ello no tiene por qué suponer —como ha señalado el Tribunal Constitucional— que «tal deber no exista, o que no tenga virtualidad limitante, porque la no expresión por parte del legislador de un derecho constitucional expresamente configurado como tal, no significa sin más, su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional o legal, o de ambos a la vez, de otro derecho que pueda entrar en colisión con aquél; el no señalamiento expreso de los límites derivados de los derechos del titular del centro a los derechos de los padres, alumnos y profesores, no significa que éstos sean ilimitados ni que deje de producirse una articulación recíproca entre todos ellos, sino únicamente que el legislador no ha estimado oportuno explicitar normativamente la correlación entre diversos derechos, correlación cuyo alcance se desprende de la misma existencia de esos derechos» (81).

Efectivamente, y como ya se ha señalado, los límites a los derechos fundamentales y libertades públicas derivan tanto de su propia existencia como de su conexión con los demás derechos fundamentales, aunque el legislador no haya recogido expresamente dichas limitaciones. Sin embargo, no es ésta la interpretación que, a nuestro juicio, se deriva de este párrafo segundo del artículo 22 de la LODE, a pesar de que el Tribunal Constitucional ha manifestado en la sentencia sobre esta ley que no se produce una inversión de la relación general establecida en ocasiones anteriores en los supuestos de conflicto o concurrencia entre los derechos de los miembros de la comunidad escolar y los del titular de un centro privado, porque aparentemente es posible deducir una subordinación del derecho del titular de un centro privado a establecer el carácter propio del mismo, respecto a los derechos de profesores, padres y alumnos a intervenir en la gestión y control de los centros subvencionados, por las siguientes razones, 1) porque éstos últimos son derechos fundamentales recogidos en el artículo 27 de la Constitución y están sujetos a requisitos agravados de protección y, en segundo lugar, porque el ideario del centro, o el carácter propio, es un derecho creado por una Ley Orgánica de desarrollo constitucional que, según el Tribunal Constitucional forma parte del contenido esencial del derecho a crear centros docentes. Y como, con gran lucidez, señala J. L. CARRO, el sometimiento del contenido de la enseñanza al ideario del centro, aparte de afectar al contenido esencial de la misma, incidiría de forma radical en el respeto debido a la personalidad del discente, evitando su pleno desarrollo, como exige el artículo 27.2 de la Constitución en relación con el artículo 10.1 de la misma y, en este sentido, el sometimiento de la libertad

de enseñanza del profesor al ideario del centro es manifiestamente inconstitucional (82).

En el artículo 62.1.f) de esta ley, y por lo que respecta a los centros concertados, se establece un procedimiento para solucionar el conflicto entre el derecho del titular del centro y la libertad de cátedra de sus profesores, por el cual, si dicho titular procede a despidos del profesorado, cuando éstos hallan sido declarados improcedentes por sentencia de la jurisdicción competente, se procederá a la rescisión de los conciertos establecidos. Y esta sanción aparece justificada en opinión del Tribunal Constitucional, «por cuanto tiende a evitar la arbitrariedad en el despido del profesorado que convertiría en ilusoria la libertad de cátedra y disminuiría la garantía de la efectividad del derecho a la educación de los alumnos, ya que la enseñanza sólo puede impartirse aceptablemente en condiciones de una auténtica estabilidad» (83).

La Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación ha previsto, en aras de la seguridad jurídica, un procedimiento que garantiza la libertad de cátedra del profesor frente a posibles arbitrariedades del titular del centro privado, con lo que ha contribuido a solucionar el problema del conflicto entre derechos constitucionales igualmente garantizados. Porque prevé un procedimiento jurídico para solucionar tales conflictos, y en caso de incumplimiento por parte del titular del centro, se procedería a la rescisión del concierto económico.

De todas formas, no siempre se puede hablar en términos tan abstractos y genéricos sin tener en cuenta la realidad social del momento en nuestro país, porque el derecho a fundar un centro docente con «carácter propio», que es la denominación que establece la Ley en vigor, está limitado por las específicas necesidades de escolarización de cada zona en concreto, y habrá poblaciones en las que la imposibilidad fáctica de elegir un centro público, sencillamente porque no haya ninguno en una distancia cercana, haga ilusorio el derecho constitucional reconocido a los padres de educar a sus hijos en sus creencias religiosas. Por tanto, pensamos que el derecho a crear un centro docente que reconoce la Constitución y el derecho a establecerlo con un carácter propio, debe armonizarse con el derecho de los padres a elegir centro, porque de lo contrario, quedaría sin realidad efectiva el derecho de los padres discrepantes con ese carácter propio del centro en cuestión, y por ello es necesaria la neutralidad en todos los centros docentes para que, por lo menos, esa falta de opción no afecte al pleno desarrollo de la personalidad del discente, al posibilitarle, en cualquier caso, una formación integral (84). Pero este problema será tratado en relación con el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos.

Dentro del contenido esencial del derecho a crear centros docentes se encuentra también el derecho de dirección de tales centros, que no hay que confundirlo con el de fijar el carácter propio del centro sino que, por el contrario, el primero representa una garantía de éste último, aparte de que también tenga otros contenidos (85). Aunque, como señala J. L. CARRO —planteando una observación plenamente compartida por nosotros— «la libertad de creación de escuelas en cuanto libertad frente al Estado significa sencillamente que éste no puede impedir tal creación, lo cual implica que no se refiere a las relaciones entre la escuela y otros sujetos, los enseñantes —que son también titulares de otra libertad constitucional (la de enseñanza o de cátedra)—, sino primariamente a las relaciones entre la escuela y el Estado (86)» El derecho a dirigir un centro privado ha sido considerado, sin embargo, por el Tribunal Constitucional como elemento integrante del contenido esencial del derecho a crear centro docentes recogido en el artículo 27.6, siendo definido como el derecho de «asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica del profesorado», porque el acto de creación o fundación de un centro no se agota en sí mismo, sino que tiene evidentemente un contenido que se proyecta en el tiempo y que se traduce en la potestad de dirección del titular (87).

Aunque dicha posibilidad no se haya recogida en el texto constitucional, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977, así parece deducirse cuando el párrafo 4.º de su artículo 13 señala:

«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, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1.º y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescribe el Estado» (88).

El derecho a establecer y dirigir centros docentes es, por tanto, un derecho constitucionalmente garantizado y desarrollado por la Ley Orgánica del Derecho a la Educación en su artículo 21.1: «Toda persona, física o jurídica, de carácter privado y de nacionalidad española, tiene libertad para la creación y dirección de centros docentes privados, dentro del respeto a la Constitución y a lo establecido en la presente ley». Pero se trata, en todo caso, de un derecho limitado por los principios constitucionales, —y muy especialmente por aquéllos que afectan a la educación—, y por aquellos derechos que también el constituyente ha reconocido a otros sujetos del proceso educativo. Nos referimos a la participación de los padres, profesores, y en su caso, alumnos, en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos. A mayor financiación pública de los centros privados es lógico que exista una mayor intervención del Estado o de los protagonistas de la comunidad escolar, porque la escuela privada no puede concebirse como un área de libertad de los particulares frente al Estado,

y más aún si se trata de centros sostenidos con fondos públicos, ya que estas escuelas privadas subvencionadas se aproximan más a las escuelas públicas que a las privadas no subvencionadas (89).

En este sentido ha señalado el Tribunal Constitucional que «el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, es el respeto al contenido esencial de los derechos de los restantes miembros de la comunidad escolar y, en este caso, del derecho del titular a la creación y dirección del centro docente» (90). La Constitución ha dejado, en este punto, una amplia libertad al legislador ordinario para configurar la extensión de la participación de los miembros de la comunidad escolar en la gestión de los centros, y no la reduce exclusivamente a los aspectos secundarios de la administración de los mismos, sino que «puede revestir las modalidades propias de toda participación, tanto informativa, como consultiva, de iniciativa, e incluso decisoria» (91), pero respetando el contenido esencial de los derechos de los demás miembros de la comunidad, incluido el poder de dirección del titular del centro.

Estas afirmaciones realizadas por la justicia constitucional impiden la transformación de los centros privados sostenidos con fondos públicos en centros casi públicos o autogestionados, porque, a pesar de que permitan un alto grado de participación de los protagonistas de la escuela, dejan a salvo el contenido esencial del derecho del titular a la dirección de su centro docente, —« la responsabilidad última de la gestión»—, pero no evitan que el legislador ordinario prevea un desarrollo de tales derechos que posibiliten una real participación decisoria y un control de las actividades del director (92).

En cualquier caso, no parece que exista una gran coincidencia social sobre la importancia que adquiere la participación en los asuntos propios de la escuela, sobre todo en los planteamientos de la derecha-centro-católica. Se produce la curiosa paradoja de que éstos sectores son los más ardientes defensores del derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos, pero da la impresión, al insistir tanto en los poderes del director, de que esa libertad se termina en la puerta de la escuela. Una vez que elige, el que puede, se acaba la libertad por el mero acto de elegir. En este mismo sentido, el planteamiento tradicionalmente asumido por estos grupos pasaba por una posición subsidiaria del Estado en todo lo que afectara a la educación (93). La crítica de anquilosamiento y rigidez burocrática de que ha sido objeto la escuela pública tiene abierta una posibilidad de superarse cuando los propios protagonistas del hecho educativo adquieran la iniciativa y el entusiasmo para regir su propia escuela.

La Ley Orgánica del Derecho a la Educación ha reservado el Título IV a la regulación y desarrollo de los problemas que afectan a los centros concertados, y ha canalizado la participación de profesores, padres y alumnos, a través del llamado Consejo Escolar (94), al cual le atribuye una serie de competencias muy importantes de acuerdo con el titular del centro. Entre otras, en concreto:

- a) Intervenir en la designación y cese del director del centro de acuerdo con el artículo 59, el cual preve un procedimiento de elección del director acordado entre el titular y el Consejo Escolar. En caso de desacuerdo, el director será designado por el Consejo Escolar del centro de «entre una terna de profesores propuesta por el titular».
- b) Intervenir en la selección y despido del profesorado del centro, conforme con el artículo 60.
- c) Garantizar el cumplimiento de las normas generales sobre la admisión de alumnos.
- d) Resolver los asuntos de carácter grave planteados en el centro en materia de disciplina de los alumnos.
- e) Aprobar, a propuesta del titular, el presupuesto del centro en lo que se refiere tanto a los fondos provenientes de la administración como a las cantidades autorizadas, así como la rendición anual de cuentas.
- f) Aprobar y evaluar la programación general del centro que con carácter anual elabora el equipo directivo.
- g) Aprobar, a propuesta del titular, el reglamento de régimen interior del centro (95).

El análisis realizado por el Tribunal Constitucional sobre las competencias del Consejo Escolar, en cuanto a la designación y el cese del director, nos proporciona un valioso material para la articulación y armonización de derechos fundamentales, respetando simultáneamente su contenido esencial:

«... el proyecto, en sus artículos 57.a, 59 y 61, salvaguarda esa capacidad decisoria del titular, al habilitarle, ya para designar específicamente al director, con el acuerdo del Consejo Escolar (artículo 59. núm. 1 del proyecto de la LODE) ya para proponer a éste una terna elegida por él mismo, lo que representa una garantía razonable de que se repetirán sus preferencias. Del tenor del artículo 59, núm 2 del proyecto de LODE se desprende que no procederá la presentación de ternas ulteriores, sino que el Consejo designará director de entre los componentes de la primera presentada» (96).

Parece pues, que el Tribunal considera «razonable» limitar los poderes del titular del centro, en cuanto a la designación del director compartiendo con el Consejo Escolar el procedimiento de selección del mismo, pero dejando, en última instancia, la responsabilidad final al titular, ya que el Consejo no podrá eludir la elección del director, de alguno de los componentes de la terna propuesta. La limitación del derecho a la participación y del derecho de dirección del centro se encuentra dentro de los niveles de admisibilidad y razonabilidad que permite la Constitución. En ningún caso se produce una desnaturalización de los derechos garantizados, o una desprotección de los intereses subyacentes, pero sí se establece una limitación exigible conforme a derecho a cada uno de los sujetos participantes. La regulación que la LODE desarrolla sobre la figura del director no coloca al

titular del centro sostenido con fondos públicos en una situación insostenible que no pueda cumplir con arreglo a una interpretación sistemática tanto de la Ley como de la Constitución.

Si el derecho a crear un centro docente, a establecerlo con un carácter propio, y a dirigirlo, es un derecho autónomo (como así lo ha definido el Tribunal), que guarda una necesaria relación con el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos, el acuerdo entre el titular del centro y los representantes de profesores, padres y alumnos, es una consecuencia lógica de la propia relación previa existente entre ambos derechos.

Respecto al cese del director que en el artículo 59.4 se señala que se realizará de acuerdo «entre la titularidad y el Consejo Escolar del Centro», el Tribunal ha señalado que «efectivamente supone una limitación a las posibilidades de actuación del titular al respecto, ya que no podrá llevar a cabo tal cese, sin la aquiescencia del Consejo Escolar, pero se han de tener en cuenta las previsiones recogidas en el artículo 59, núm. 3 del proyecto, referentes a la estabilidad necesaria del director; de tal forma que el requisito de la conformidad del Consejo Escolar debe reputarse como una garantía del mantenimiento de tal estabilidad, de manera que el titular necesite un requisito adicional, esto es, la conformidad del Consejo Escolar, para proceder a la remoción del Director antes del transcurso del período de mandato legalmente previsto» (97).

La libertad de crear escuelas que se consagra en el artículo 27.6 no las convierte en instituciones aisladas y autónomas con respecto a las normas estatales. La escuela privada no es un reducto cerrado en el cual el titular pueda libremente y sin considerar los derechos de los demás miembros de la comunidad, hacer y deshacer discrecionalmente. Y menos aún, en las escuelas subvencionadas que, en todo caso, se aproximan más a las escuelas públicas que a las privadas. El Tribunal ha apreciado, en este supuesto, que «a mayor financiación habrá una mayor intervención del Estado o de los protagonistas de la comunidad escolar en el control y gestión de la misma» (98) y la estabilidad de un centro, concretada entre otros supuestos en la permanencia del director en su cargo durante el mandato escolar, es una garantía para el funcionamiento de la escuela, por lo que reserva, sus excepciones y el cese del director, al acuerdo entre la titularidad y el Consejo Escolar, sin que por ello se vea limitado el contenido esencial del derecho a la dirección del centro y, sin que se produzca una jerarquización entre derechos fundamentales. El valor de la estabilidad de una escuela subvencionada ha sido la razonabilidad de la limitación del derecho a la dirección de un centro privado.

Por lo que respecta al procedimiento de selección y despido del profesorado, que la LODE regula en los artículos 60 y 61, el Consejo Escolar interviene junto con el titular del Centro tanto en el procedimiento de selección del profesorado, como para la provisión de vacante y para el despido de los mismos. Es necesaria pues, en estos supuestos, la concurrencia de dos voluntades, la del titular del centro y la del Consejo Escolar, que es el órgano a través del cual se canaliza la intervención de los padres, profesores y alumnos.

En el caso de la selección y provisión de vacantes, el Consejo Escolar nombrará una «comisión de selección» que propondrá al titular los candidatos que considere más idóneos. Si no se llega a un acuerdo, la LODE establece con carácter preceptivo la reunión de una Comisión de Conciliación (art. 61.1) que podrá acordar por unanimidad la adopción de las medidas adecuadas para solucionar el conflicto. De no llegarse a un acuerdo, la administración educativa podrá adoptar las medidas provisionales necesarias para el normal desarrollo de la vida del centro, una vez instruido el oportuno expediente, pero «no podrá adoptar en ningún caso medidas que supongan su subrogación en las facultades respectivas del titular o del Consejo Escolar del centro» (99).

Tal y como señala acertadamente el Tribunal Constitucional, «la facultad de seleccionar el profesorado que se estime más idóneo forma parte del derecho a crear y dirigir centros que nuestra Constitución consagra, pero también la Constitución habilita al legislador, según el artículo 27.7, para condicionar o restringir aquella facultad en los términos que considere más oportunos, para dar contenido concreto al derecho de los restantes miembros de la comunidad escolar. El pluralismo político que la Constitución consagra como valor superior del ordenamiento jurídico español, permite en este punto distintas soluciones legislativas que sólo tienen el límite de los derechos constitucionalmente consagrados, de manera tal que, en este punto concreto el legislador no podrá nunca, «de una parte, privar al titular del Centro de las facultades que se derivan del derecho que la Constitución Española le otorga ni, de la otra, privar a padres, profesores y, en su caso, alumnos de algún grado de intervención en la gestión y control de los Centros sostenidos con fondos públicos» (100).

La amplia libertad que la Constitución deja en este punto al legislador ordinario se desprende del propio enunciado del artículo 27.7: «Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos con fondos públicos, en los términos que la ley establezca». En la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación se ha interpretado de forma extensiva la participación que la Constitución permite en la gestión del centro escolar, de tal forma que el Consejo Escolar interviene tanto en la designación y cese del director como en la selección de los profesores, pero sin privar en ningún caso al titular del centro de su poder de dirección, que ni es suprimido, ni resulta sustituido por el Consejo Escolar, sólo limitado por el desarrollo de otro derecho constitucional. El Tribunal Constitucional parece identificar aquí, de nuevo, el contenido esencial de un derecho con el mínimo indispensable para que se pueda ejercitar por su titular. Cualquier limitación a su contenido puede ser razonable, mientras que no le prive de las facultades que se derivan del derecho.

Dentro de este procedimiento de selección del profesorado, en opinión del Tribunal Constitucional, el titular no se ve privado en ningún caso de sus facultades decisorias. La Comisión de conciliación, —nombrada para solucionar los conflictos entre el titular y el Consejo Escolar—, formada por un representante de la Administración educa-

tiva competente, el titular del Centro y un representante del Consejo Escolar, deberá adoptar sus acuerdos por unanimidad, lo cual excluye cualquier decisión sin la opinión del titular del centro. La presencia de la administración en esta comisión se justifica porque «el acogimiento al régimen de conciertos es resultado de una libre decisión del titular del centro» (101). La fórmula de su párrafo 4.º impide a la administración la subrogación en las facultades del titular o del Consejo.

En el número 6 del artículo 60 se exige para el despido de los profesores de centros concertados que se pronuncie previamente el Consejo Escolar adoptando su decisión por mayoría absoluta de sus miembros. En el caso de que dicho acuerdo no sea favorable, se reunirá inmediatamente la Comisión de Conciliación para solucionar el conflicto, pero sin que tales decisiones impidan al titular del centro ejecutar sus decisiones aunque el resultado de la comisión haya sido desfavorable, «al objeto de que sea la jurisdicción laboral, en su caso, la que decida el conflicto» (102). La intervención del Consejo Escolar en este procedimiento no desnaturaliza las facultades de titular ni le priva de su derecho, pues, no sólo le reconoce la iniciativa del despido, sino que respeta su decisión en último término, justificándose la intervención de la Comisión de Conciliación por la necesidad de someter a unas instancias conciliadoras previas, un acto de la importancia de un despido que afecta directamente a la libertad del profesor (103).

El procedimiento establecido por la LODE para despedir a los profesores de los centros concertados representa no sólo una garantía jurídica de estabilidad en el trabajo de tales profesores, sino una protección de la libertad ideológica y de la libertad de cátedra reconocida por la Constitución, porque la existencia de un procedimiento legal en el que participen tanto los profesores como los padres, y en su caso, los alumnos, para rescindir el contrato a un profesor es una garantía de suma importancia en relación con el problema de los «despidos ideológicos» (104).

El tema nos lleva directamente, de nuevo, al conflicto entre la libertad de cátedra del profesor y el derecho del centro a establecer un ideario. La apreciación del grado de respeto y reserva que debe demostrar el profesor hacia el ideario del centro, sin realizar ataques directos hacia el mismo, pero pudiendo manifestar su discrepancia con algunos puntos, es un tema que se presta inevitablemente a los juicios subjetivos que, dado el carácter ideológico del problema, puede conducir a resultados desproporcionados y, por consiguiente, no ajustados a derecho. La apreciación de la violación del ideario del centro por parte del profesor debe ser enjuiciada, en última instancia, por la jurisdicción laboral (105), pero la LODE ha previsto un procedimiento conciliador de carácter previo que, al mismo tiempo que articula los derechos constitucionales, representa una eficaz garantía para la libertad de cátedra del profesor.

En el caso de que la titularidad del centro proceda a «despidos del profesorado cuando aquéllos hayan sido declarados improcedentes por sentencia de la jurisdicción competente», se considerará como causa de incumplimiento del concierto según lo establecido en el artí-

culo 62.1.f de la LODE (106). Esta excepción a la legislación laboral se justifica, en opinión del Tribunal Constitucional, para garantizar una estabilidad al profesorado y evitar la arbitrariedad en los despidos que convertiría en ilusoria la libertad de cátedra (107).

La articulación, que no jerarquización (108), de los derechos constitucionales que desarrolla la LODE a través de este procedimiento de selección y despido de los profesores permite, a través de una limitación recíproca, la realización efectiva de tales derechos. En este caso, la limitación de las facultades del director a unos niveles que permiten respetar su contenido esencial-interpretado como la posibilidad de asumir en última instancia, la responsabilidad de la gestión del centro—, posibilita la realización de la libertad de cátedra del profesor y del derecho de participación de profesores, padres y alumnos, derechos garantizados por el constituyente con el mismo rango normativo que el derecho a fundar y dirigir centro docentes, y por lo tanto, desarrollados por el legislador ordinario de forma equilibrada y no jerarquizada.

El artículo 57.d de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación faculta al Consejo Escolar para «resolver los asuntos de carácter grave planteados en el centro en materia de disciplina de los alumnos». La introducción por el legislador de esta instancia se justifica —a juicio del Tribunal Constitucional— porque imprime mayores garantías en temas como son los de disciplina que pueden llegar a afectar de forma importante el buen funcionamiento del centro; por otra parte, no significa un obstáculo irreversible el ejercicio de las facultades de dirección del centro ni una merma de su contenido esencial, ya que el grado de iniciativa que se reconoce implícitamente al titular para promover la acción disciplinaria es suficiente para garantizar la efectividad de su poder de dirección y, eventualmente, del derecho a exigir respeto al carácter propio del centro (109).

La intervención del Consejo Escolar en la resolución de los asuntos graves en relación con la disciplina de los alumnos es una competencia que afecta no sólo al buen funcionamiento del centro sino al contenido del derecho a la educación del alumno (110), que es, en nuestra opinión, la razón de ser del proceso educativo. De ahí que el procedimiento establecido por la LODE supone, de nuevo, una garantía para la efectividad del derecho a la educación del niño. La limitación del derecho del titular a dirigir el centro no afecta a su contenido esencial y permite garantizar la efectividad del derecho a la educación del alumno. La limitación de un derecho permite la aplicación de otros: la participación y el derecho a la educación del alumno.

Es importante, pues, para garantizar la seguridad jurídica potenciar una regulación jurídica que establezca un procedimiento, un cauce, para articular los derechos fundamentales reconocidos a los sujetos de la enseñanza. Dentro del marco constitucional, se ha dicho, caben diferentes proyectos o modelos educativos, pero, en nuestra opinión, sólo es posible desarrollar el espíritu del artículo 27 sincronizando en un nivel de igualdad todos los derechos y libertades allí reconocidas. El problema planteado en estos términos sería el siguiente: si en una

determinada ley de desarrollo de los preceptos constitucionales relacionados con la educación, el legislador ordinario sólo recoge en su proyecto una regulación sectoria y parcial de uno de los modelos educativos que incorpora la Constitución, sin articular un procedimiento para desarrollar los derechos derivados del otro modelo, dejando en manos del gobierno la especificación de tales extremos, ¿se puede apreciar que tal proyecto no se ajusta a lo establecido por el legislador constituyente respecto al sistema educativo?.

A nuestro modo de ver, la remisión al legislador ordinario que la Constitución realiza en determinados párrafos del artículo 27 no es sólo un mandato para arbitrar «algún grado de participación en los centros» o «canalizar de algún modo la ayuda a los centros privados» sino que se trata de una norma jurídica que ha de ser desarrollada, articulando el procedimiento y las condiciones para que los derechos y libertades en ellas reconocidas, se puedan realizar efectivamente.

La Constitución no ha previsto un sistema de escuelas autogestionarias, pero tampoco ha configurado centros de enseñanza en los que la participación no sea realmente efectiva y el órgano de representación de los padres, profesores y alumnos no asuma facultades decisorias, aunque la responsabilidad en última instancia recaiga en la persona del titular del centro. Con estos razonamientos queremos insistir especialmente en la importancia que puede adquirir en estos supuestos, el procedimiento o la forma adoptada por el legislador para que ambas voluntades, la del titular del centro y la del órgano representativo y de participación sean efectivamente concurrentes.

El mismo razonamiento puede ser aplicado a la función que la LODE atribuye al Consejo Escolar del centro, «de aprobar, a propuesta del titular el presupuesto del centro en lo que se refiere tanto a los fondos provenientes de la Administración como a las cantidades autorizadas, así como la rendición anual de cuentas». Las facultades del director no quedan desnaturalizadas con esta regulación, ya que el presupuesto sólo podrá ser aprobado a propuesta del titular, lo que «deja a éste un razonable grado de discrecionalidad, sin que quepa, evidentemente, una confección del presupuesto por el Consejo al margen del titular» (111). La intervención del Consejo se limita al control de los fondos provenientes de la administración y a las cantidades autorizadas, respecto a la cual la aprobación del Consejo representa una «garantía del adecuado fin de los fondos públicos, así como de que las cantidades autorizadas no hagan ilusorio el principio de la gratuidad de la enseñanza» (112).

De nuevo, el Tribunal va a considerar razonable la limitación de un derecho constitucional, porque precisamente esta limitación va a permitir la realización de otros principios constitucionales. La gratuidad de la enseñanza recogida en el artículo 27.4 es una norma constitucional que ha de hacerse efectiva en los centros concertados, al igual que en los públicos, y la ley prevé la participación del Consejo Escolar en la aprobación del presupuesto del centro respecto a aquellas cantidades que tienden a hacer posible la gratuidad. El control de los fondos públicos que van dirigidos a hacer realidad el principio de la

gratuidad es un bien jurídico con la virtualidad suficiente como para limitar, —no suprimir ni desnaturalizar— las facultades de dirección de un centro escolar de carácter concertado.

Y, por último, la función de aprobar, a propuesta del titular, el reglamento de régimen interior del centro es una competencia que se ajusta plenamente al marco constitucional porque «dada la conexión entre tal reglamento y las condiciones en que se hará efectivo el derecho a la educación, es una garantía de este último» (113).

La articulación de derechos educativos prevista por la LODE y, considerada conforme a la Constitución por la justicia constitucional, implica algunas consecuencias relevantes para nuestro sistema educativo, como puede ser las siguientes: A. Las limitaciones a los derechos educativos admitidas por el Tribunal Constitucional son consideradas como razonables porque: 1. Permiten o posibilitan la efectiva realización de uno o más derechos fundamentales que son igualmente garantizados por la norma constitucional; 2. La limitación a algunos derechos no significa ni su supresión, ni su desnaturalización, ni obligan a su titular a realizar una conducta que no pueda soportar o que no se le pueda exigir conforme a derecho. B. El centro de atención al que en última instancia, nos conducen las argumentaciones del Tribunal, es la realización del derecho a la educación, el derecho del alumno a ser educado conforme a los principales que la propia Constitución incorpore: la libertad, el pluralismo y la plena escolarización gratuita de todos los niños.

La última parte de este trabajo de investigación es la que se refiere al problema de las subvenciones a los centros privados de enseñanza, problema que, después de haber estudiado algunos aspectos de nuestro sistema educativo nos parece, sin lugar a dudas, el más complejo y el que requiere un gran esfuerzo de análisis y elaboración.

Las ayudas a los centros de enseñanza que el constituyente ha previsto en el número 9 del artículo 27 no es simplemente una cuestión que afecte a los ingresos y gastos del Estado, sino que es el punto sobre el que confluyen determinados derechos fundamentales: el derecho a la educación consagrado en el 27.1, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que se adapte a sus convicciones, el derecho a elegir el «tipo de educación» incorporado a nuestro sistema educativo, en virtud de la ratificación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza y, finalmente, la obligación de los poderes públicos de garantizar 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.

La interrelación entre tales derechos es muy compleja y la necesaria sistematización que hay que establecer entre ellos nos ha llevado a tratarlo en un capítulo distinto.

CAPITULO SEXTO LA GRATUIDAD DE LA ENSEÑANZA: LIBERTAD DE ENSEÑANZA O DERECHO A LA EDUCACION

1. EL DERECHO A LA EDUCACION COMO DERECHO A ELEGIR CENTRO DOCENTE

En líneas generales, podemos iniciar este último capítulo de nuestro trabajo señalando que la relación que generalmente se ha establecido entre el derecho a elegir el «tipo de educación» y el derecho a recibir una subvención estatal, precisamente como requisito necesario para hacer efectivo el primero, es uno de los grandes problemas que tiene planteado nuestro ordenamiento educativo (1).

Como ya indicábamos en el capítulo III, la diversidad de derechos y libertades que el constituyente ha reconocido en el sistema educativo, ha llevado a los autores a predicar tales derechos, bien como el contenido del derecho a la educación, bien como el contenido de la libertad de enseñanza, ofreciendo una escasa ayuda a la clarificación y delimitación de los mismos y, por consiguiente a la certeza y seguridad jurídicas. La confusión se aprecia de forma manifiesta en las palabras pronunciadas por el entonces Ministro de Educación Sr. Otero Novas, con motivo de la presentación al Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares: «El derecho a la educación es siempre, y dada su naturaleza, el derecho a un determinado tipo de educación» (2). El artículo 5.º de la Ley aprobada recogía la síntesis del pensamiento conservador católico en cuanto a elección de centro docente se refiere, a través de los siguientes derechos y libertades: 1) elección por parte de los padres del «tipo de educación» que desean para sus hijos; 2) derecho de padres y tutores a que sus hijos reciban, dentro del sistema educativo, la educación y la enseñanza conforma a sus convicciones filosóficas y morales; 3) garantía de esta libertad de elección del centro educativo deseado, a través de una futura ley de financiación de la enseñanza obligatoria que efectivamente asegure la gratuidad de los niveles de enseñanza que se establezcan como obligatorios (3).

La identificación entre derecho a la educación y derecho a elegir el «tipo de educación» como manifestación del principio de libertad de enseñanza es, no sólo una parcial interpretación del texto constitucional, sino una —en apariencia— clasificación jurídica que oculta una interesada defensa de posiciones ideológicas y privilegios políticos y económicos (4). Decir que el derecho a la educación es el derecho a elegir un determinado tipo de educación es desconocer la realidad social, la imposibilidad de ofrecer alternativas a cada padre de familia, y el contenido jurídico de los derechos constitucionales (5).

La Constitución, como ya hemos repetido en más de una ocasión, garantiza el pluralismo educativo que puede ser materializado a través de los centros públicos, o bien por la oferta de instituciones priva-

das. El Estado no puede monopolizar la enseñanza, ni en su contenido ya que garantiza la libertad de cátedra de profesores y maestros y la participación de todos los interesados en el proceso educativo, ni en los instrumentos constitucionales previstos para satisfacer la demanda educativa, la libertad de crear escuelas privadas y la obligación de los poderes públicos de organizar la enseñanza de acuerdo con las convicciones religiosas y morales de los padres. Pero la satisfacción de la demanda por la vía pública o privada no implica que el derecho a la educación sea sinónimo del derecho a elegir el «tipo de educación», y menos aún que de la propia Constitución se derive la obligación de subvencionar a los centros privados para garantizar el *derecho a la educación o, el derecho a elegir un tipo de educación determinada* (6).

El derecho a elegir el «tipo de educación» no se halla recogido en la Constitución como tal derecho autónomo, pero sí forma parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 10.2 que alude expresamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que es el instrumento internacional que cita expresamente este derecho en su artículo 26.3 cuando señala que «los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos», a pesar de que existan posturas que niegan eficacia jurídica a este documento teniendo —la Asamblea General de la ONU— competencia sólo para hacer «recomendaciones» (7). La introducción de este párrafo 2.º del artículo 10 se hacía, precisamente, para interpretar el artículo 27.3.º, es decir, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones, en el sentir expresado por la Declaración Universal, en un sentido más amplio y homogéneo que trascendiera a la mera formación religiosa y moral. El problema no es la enseñanza de «la» religión sino «en» la religión (8).

La doctrina española está, una vez más, dividida en este punto. Mientras que para A. EMBID IRUJO sólo se halla establecido el derecho de los padres a decidir sobre la formación religiosa y moral de sus hijos, lo que se traduce en «la libre decisión de asistencia a la clase de religión o moral y, naturalmente, en la elección de esa misma religión» (9), para ALFONSO FERNANDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, «no hay conexión instrumental entre este derecho (27.3) y el de elección del tipo educativo» (10).

En nuestra opinión, el derecho a elegir el tipo de educación está implícitamente recogido en la Constitución, no sólo por la remisión que el artículo 10.2 realiza a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino por la interpretación sistemática a la que hemos acudido en otras ocasiones. Si nuestra Constitución garantiza el derecho a abrir escuelas particulares (11), de cuyo contenido esencial forma parte tanto el ideario o carácter propio, como la facultad de dirección de los mismos, y si la libertad de enseñanza es una garantía institucional, que desarrolla el pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico, esto tiene como consecuencia la configuración de un sistema educativo en el que tengan cabida tanto los centros pluralistas como los centros homogéneos con un carácter propio, en el que se garantice

el derecho de los padres a elegir entre unos u otros. Pero una cosa es el reconocimiento constitucional de un derecho y otra bien distinta es el problema de su naturaleza y eficacia jurídica, diferencia que nos va a ser especialmente útil a la hora de plantear el problema del conflicto y prelación de derechos constitucionales.

El derecho a elegir el tipo de educación, así como el derecho a que los hijos reciban una determinada formación religiosa y moral son derechos atribuidos a los padres en relación con la educación. En el primer caso se trataría del derecho educativo paterno que reconoce el Código Civil, en su artículo 154: «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes derechos: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral» (12). El derecho a elegir la formación religiosa y moral de los hijos es consecuencia directa de la proclamación de la libertad religiosa hecha en el artículo 16 de la Constitución (13). Por lo que, en ambos casos, se trata de derechos educativos atribuidos a los padres, pero no del derecho a la educación cuyo sujeto, sin lugar a dudas, es el alumno o el niño. No podemos negar que existe una relación entre el sistema educativo y la enseñanza religiosa, puesto que así se desprende de la redacción del artículo 27 y por lo tanto, los poderes públicos estarán vinculados a configurar la estructura educativa atendiendo a tales mandatos constitucionales, pero lo que no se puede es identificar su contenido con el contenido del derecho a la educación del alumno (14).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el artículo 2 del Protocolo Adicional a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, señala la existencia de dos derechos diferentes uno del que sería titular el niño («a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción») y otro cuya titularidad ostentarían los padres consagrado al párrafo 2.º. Derecho a la educación, por tanto, y derecho educativo paterno que además se encuentran situados en una relación de subordinación. El derecho a la educación —afirma el Tribunal— «prima en el completo artículo 2 y el derecho paterno en sólo una adición a ese derecho fundamental» (15).

Lo que nos interesa ahora especialmente es insistir en que el contenido del derecho a la educación se predica exclusivamente del alumno, mientras que el derecho educativo paterno es un derecho de defensa frente a las intromisiones estatales en el campo de la enseñanza. Este es el sentido que se desprende de la lectura del párrafo 2.º del artículo 2 del Protocolo Adicional: «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 esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas» (16).

El sentido de este precepto —elaborado después de un período de violación de las libertades del hombre y de absorción totalitaria por parte del Estado de toda la sociedad—, incidía fundamentalmente en

1.1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

el respeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres por parte del Estado; en las escuelas públicas sería, pues, un derecho de los padres frente a los poderes públicos cuyo ámbito de ejercicio es, precisamente, la escuela pública. El segundo punto consagra el principio del pluralismo educativo en el ámbito de la instrucción y, el Estado no puede por ello «hacer valer el hecho de que él tolera la existencia de escuelas privadas que atiendan a las preferencias religiosas o filosóficas individuales para justificar su respeto al pluralismo. Este es ante todo un pluralismo «en» la escuela» (17).

El artículo 27.3 de nuestra constitución garantiza el respeto a las *convicciones morales y religiosas de los padres que lleven a sus hijos* a las escuelas públicas, para lo cual deberán —los poderes públicos— establecer los cauces oportunos. El Estado está constitucionalmente obligado a respetar esta esfera de autonomía de los padres y a hacerla realidad no sólo facultando a los particulares para abrir escuelas privadas, sino potenciando el pluralismo y la libertad religiosa dentro de sus centros públicos (18).

Pero la tensión entre el derecho educativo paterno y las competencias estatales, en materia educativa, es de carácter permanente y de una gran complejidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 23 de julio de 1968, relativa al régimen lingüístico en Bélgica, y la del 7 de diciembre del 1976, sobre la obligatoriedad de la educación sexual como asignatura en los centros públicos (19). Respecto a la primera, y refiriéndose al segundo párrafo del artículo 2 del Protocolo, afirma el Tribunal que «no impone a los Estados el respeto, en el campo de la enseñanza, de las preferencias lingüísticas de los padres, sino únicamente el respeto a sus convicciones religiosas o filosóficas. Los trabajos preparatorios del Protocolo así lo demuestran, puesto que lo único que se pretendía garantizar era el respeto a las convicciones religiosas, añadiéndose filosóficas para cubrir también el respeto a la ausencia de tal tipo de convicciones» (20).

Junto a estas consideraciones, el Tribunal interpreta que el artículo 8 de la Convención no garantiza, por sí mismo, un derecho de los padres a la instrucción de sus hijos, sino que tiene por objeto, esencialmente, proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en su vida privada o familiar (21). Pero ello no excluye el que, determinadas medidas adoptadas en materia de enseñanza, *puedan afectar al derecho al respeto de la vida familiar*, si «inspirándose en el interés público, tiende a crear un justo equilibrio entre la salvaguarda de los intereses de la comunidad y el respeto a los derechos y libertades garantizados por la Convención» (22). El artículo 8, de la Convención no garantiza en absoluto el derecho a ser instruido en la lengua materna por cuenta o con ayuda del Estado y nada impide, señala el Tribunal, «la creación de escuelas libres no subvencionadas de expresión francesa en territorio flamenco, por lo que no puede considerarse que las medidas adoptadas por el legislador belga sean desproporcionadas con relación a las exigencias del interés público perseguido» (23).

El Tribunal Europeo, no sólo ha delimitado el concepto de «convicciones de los padres», reduciéndolo a los aspectos filosóficos y religiosos, sino que ha establecido una importante limitación a su ejercicio, en razón del interés público de toda la comunidad. La imposición de que la enseñanza en los centros estatales —«o subvencionados»— se imparta en la lengua de la región no es considerada por el Tribunal como una violación del respeto que merecen las convicciones filosóficas y religiosas de los padres, ni como una violación del derecho a la instrucción recogido en el párrafo 1 del artículo 2 del Protocolo. Y la argumentación del Tribunal es sumamente interesante: 1) porque los particulares tienen la posibilidad de crear escuelas privadas no subvencionadas, es decir, tienen un derecho reconocido a crear centros de enseñanza, al igual que ocurre en nuestro sistema constitucional y 2) porque las medidas adoptadas no son desproporcionadas con relación a las exigencias del interés público perseguido.

El ordenamiento jurídico establece diferentes vías para acceder a la educación, no se suprime el derecho a crear centros docentes, sino que se deja abierta esta posibilidad, pero limitando el derecho paterno de educar a sus hijos conforme a sus convicciones, en razón del interés público. Se trata de una limitación, no de una interferencia estatal en la esfera privada. Y esta limitación obedece a razones de interés público.

En el supuesto de la sentencia de 7 de diciembre de 1976, el Tribunal ha estimado que la ley danesa de 27 de mayo de 1970 que introducía la educación sexual obligatoria y gratuita en las escuelas primarias públicas, no viola, ni el Protocolo Adicional ni la Convención Europea y que, en concreto, la segunda fase del artículo 2 del Protocolo Adicional, no impide a los Estados tomar para la enseñanza o la educación informaciones o conocimientos que tengan, directa o indirectamente, un carácter filosófico o religioso. El citado artículo, por consiguiente, «no autoriza a los padres a oponerse a la integración de este tipo de enseñanza o educación en el programa escolar, pues, en otro caso, toda enseñanza institucionalizada correría el riesgo de ser impracticable. Sin embargo el Estado está obligado a velar para que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista. Esto impide que se persiga como objetivo adoctrinamientos que puedan ser considerados como irrespetuosos con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe sobrepasarse» (24).

La impartición de educación sexual en las escuelas públicas danesas tiene carácter obligatorio pero, según la nueva Ley de 1 de agosto de 1976, las escuelas privadas son libres de organizar la educación sexual, «salvo en lo relativo a la reproducción humana que debe obligatoriamente estar incluido en el programa de biología» (25). El Tribunal se pronuncia, en este supuesto, a favor de las competencias educativas estatales, integrando la educación sexual dentro de las escuelas primarias, pero con el límite de que las informaciones que figuran en el programa sean difundidas de manera «objetiva, crítica y pluralista», sin caer en adoctrinamientos que puedan ser irrespetuosos con

las convicciones de los padres. La inclusión, con carácter obligatorio, en el programa de biología, de informaciones acerca de la reproducción, aún en las escuelas privadas, es consecuencia de una información adecuada a la realidad y es un derecho del alumno aún en contra de las convicciones de los padres.

En la sentencia de 26 de febrero de 1982 sobre el sistema disciplinario de las escuelas inglesas —basado en el castigo corporal— el Tribunal Europeo, aún sin pronunciarse expresamente, ni valorar el sistema disciplinario inglés, establece una concepción amplia de las convicciones filosóficas y religiosas de los padres, «comprensiva de cualquier convicción digna de respeto en una sociedad democrática, y no incompatible con la dignidad humana y que además no sean incompatibles con el derecho del niño a la instrucción» (26). El mandato contenido en artículo 2 del Protocolo se refiere a cualquier materia relativa a la organización y funcionamiento de la escuela pública y, por tanto, «deben ser tenidas en cuenta las convicciones filosóficas de los padres» (27), considerando el sistema disciplinario como un aspecto más de estas convicciones filosóficas, por lo que el Estado deberá respetar los deseos de los padres en este punto.

Las tensiones entre el derecho educativo de los padres y las competencias estatales son de carácter permanente, sobre todo en aquellos sistemas educativos en los que el Estado es casi el único proporcionador de la oferta educativa (28), pero la consecuencia jurídica más evidente es, sin lugar a dudas, las limitaciones inmanentes (29) de ambos derechos, porque ni las convicciones filosóficas y religiosas de los padres pueden ser interpretadas de forma ilimitada, como lo demuestran las sentencias de 7 de diciembre del 1976 y la de 23 de julio de 1968, ni tampoco las competencias estatales en cuanto a la organización de la enseñanza, pueden afectar al derecho de los padres.

Pero, además, tanto las convicciones filosóficas de los padres, como la competencia del Estado en la enseñanza, se sujetan a un principio muy claro: «no deben entrar en conflicto con el derecho a la educación del escolar ni ser incompatible con la dignidad humana» (30). El Tribunal ha diferenciado, pues, entre derecho a la educación del alumno y derecho educativo paterno, subordinando este último a la realización y eficacia del primero, y estableciendo unos límites muy específicos al derecho de los padres cuando entra en conflicto con otros derechos consagrados en el ámbito de la educación, y cuando afecta directamente a una materia considerada de interés público.

El derecho a elegir el tipo de educación, recogido en nuestro ordenamiento educativo, bien por una interpretación sistemática de los preceptos que a tal materia se refieren, o bien en virtud del artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la que el 10.2 nos remite, es un derecho diferente al derecho a la educación del alumno, con unas limitaciones muy concretas que derivan de la propia transitoriedad de su ejercicio por los padres en favor de los hijos (31) y con una absoluta subordinación al derecho del alumno.

La Ley Orgánica del Derecho a la Educación ha regulado este derecho educativo paterno en los siguientes términos:

«Los padres o tutores, en los términos que las disposiciones legales establezcan, tienen derecho:

- a) A que sus hijos o pupilos reciban una educación conforme a los fines establecidos en la Constitución y en la presente Ley.
- b) A escoger centro docente distinto de los creados por los poderes públicos.
- c) A que sus hijos o pupilos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (32).

El contenido de este artículo refleja, en nuestra opinión, el espíritu de la Constitución, aunque entre sus derechos no figure el derecho de los padres a elegir el «tipo de educación». Su redacción incorpora gran parte del contenido del artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, y en concreto, «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» (33). Por lo que se puede afirmar que el marco jurídico que regula la educación en nuestro país, reconoce y garantiza a los padres el derecho a escoger una escuela distinta de las escuelas estatales, la cual puede, como es lógico, ofrecer un tipo de educación homogénea, y no pluralista, con lo que se satisfacen de esta manera las reivindicaciones de la enseñanza privada y sus defensores. Cuestión distinta es, como ya veremos más adelante, el problema de la subvención a estos centros privados homogéneos, para garantizar efectivamente este derecho de los padres a elegir el tipo de educación, apoyándose para tal reivindicación en el artículo 27.9 de la Constitución que prevé la ayuda a los centros docentes, en los términos señalados por la Ley.

El pluralismo educativo —ya sea de carácter interno en los centros públicos o, a través de los centros privados con un determinado ideario homogéneo y excluyente—, al igual que el respeto a las convicciones morales y religiosas de los padres de los alumnos están garantizados por la vigente normativa española sobre la enseñanza. El problema aparece cuando el artículo 27.4 ordena expresamente que la enseñanza básica será obligatoria y gratuita, problema al que haremos especial referencia en la última parte de este trabajo.

En los centros privados, cuyo ideario educativo permite a los padres conocer de forma clara cuál va a ser la educación moral y religiosa que desean para sus hijos, el equilibrio entre los derechos educativos de profesores, padres, alumnos y la titularidad del centro viene garantizado por el artículo 22.1 de la LODE, por lo que las convicciones de los padres en materia religiosa habrán de ser respetadas en un nivel de igualdad y reciprocidad con los derechos del resto de los miembros de la comunidad escolar. El deber de reserva al que están vinculados los profesores, en el ejercicio de la libertad de cátedra, tiene su origen en el respeto a las ideas de los padres, materializadas en la elección de ese centro en concreto —aunque no es ésta la opinión

2. El respeto a las convicciones religiosas y morales de los padres

del Tribunal Constitucional (34)—, y en el derecho a la educación del alumno y en su libertad de información. Para los centros públicos, el artículo 18.1 de la LODE señala que «habrán de desarrollar sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el artículo 27.3 de la Constitución» (35).

La neutralidad ideológica es una característica esencial de la educación en los centros públicos, derivada de un sistema político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos, y la aconfesionalidad del Estado, que ha sido definida por el Tribunal Constitucional como «una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no derivada del hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente» (36). Neutralidad en la enseñanza pública —no universitaria— significa prohibición del adoctrinamiento y el proselitismo, ya que es inevitable que en cualquier transmisión de conocimientos, el profesor deje traslucir una personal percepción de datos, acontecimientos, o hechos sociales, pero sin atacar o defender ninguna doctrina o ideología como la única y verdadera (37). El pluralismo de los centros públicos está condicionado por la libertad de conciencia del alumno.

El sector público no puede afrontar el gasto que supondría contratar a tantos profesores como diferentes ideologías religiosas reclamaran los padres. De ahí que en la enseñanza pública se prohíba el adoctrinamiento como forma de transmitir conocimientos a los alumnos, por tres razones fundamentales: 1) porque ningún profesor puede prevalerse de su condición para adoctrinar a los alumnos; 2) por respeto al alumno y por su derecho a una información objetiva; 3) por la obligación de los poderes públicos, derivada de la Constitución, de proporcionar la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con las convicciones de los padres. Y, si el Estado no puede ofrecer una educación religiosa según las convicciones de los padres, al menos debe respetar, evitando cualquier clase de adoctrinamiento, el derecho constitucional consagrado en el artículo 27.3 de la Constitución, pues tampoco deriva de esta disposición una obligación pública de organizar y financiar, en los niveles gratuitos y en todos y cada uno de los centros, la enseñanza de las diferentes religiones que la pluralidad de convicciones de los alumnos reclamen (38).

La Orden Ministerial de 16 de julio de 1980 sobre enseñanza de la religión y moral católicas en los centros docentes de Educación Preescolar y Educación General Básica (39) establece como materia ordinaria de los Planes de Estudio, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, la enseñanza de la religión y moral católicas en los niveles de la educación general básica de todos los centros docentes públicos y privados, «siempre que haya alumnos cuyos padres o tutores soliciten que se imparta dicha enseñanza. En cualquier caso, la educación que se imparta en todos los centros do-

centes será respetuosa con las convicciones religiosas de los alumnos. En consecuencia todos los profesores están obligados en su tarea educativa a respetar tales valores, así como la conciencia de los alumnos y de sus padres a la enseñanza religiosa, según sus propias convicciones» (40).

En nuestra opinión, la regulación de la enseñanza de la religión y moral católicas que hace esta Orden Ministerial no se ajusta, ni a lo que establece el artículo 27.3 de la Constitución, ni a la libertad religiosa proclamada en el artículo 16.1, ni tampoco a la temerosa declaración de aconfesionalidad del Estado recogida en el párrafo 3.º del mismo artículo 16 de la Constitución. La citada Orden Ministerial desarrolla los artículos 1 y 2 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, ratificado el 4 de diciembre de 1979 (41).

La inclusión de la enseñanza de la religión católica como asignatura fundamental equiparable a las demás asignaturas del Plan de Estudios aunque se deje plena libertad a los padres o tutores para solicitar que se imparta a sus hijos o pupilos dicha enseñanza, es contraria a un régimen que garantiza sin restricciones ni condicionamientos una libertad religiosa y declara la aconfesionalidad del Estado (42). Porque de la norma contenida en el artículo 27.3 sólo deriva el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación que ellos deseen, pero son ellos quienes han de solicitarlo y reclamarlo, ejerciendo así su derecho, y no configurando la religión como asignatura dentro del Plan de Estudios porque entonces se están presumiendo las convicciones de los padres. La educación será respetuosa con las convicciones religiosas de los alumnos, pero partiendo ya de la obligatoriedad, en el Plan de Estudios, de la enseñanza de la religión católica, tanto en los centros públicos como en los privados (43).

Por su parte, la Orden Ministerial del 16 de julio de 1980 sobre enseñanza de la religión y moral católicas en Bachillerato y Formación Profesional, también establece como materia ordinaria equiparable a las demás asignaturas, la enseñanza de dicha religión, aunque dejando esta vez al alumno la elección de dicha clase o la alternativa de recibir una clase de ética (44). No creemos que el incluir entre los Planes de Estudio, como una disciplina más, la enseñanza de la religión católica, sea una consecuencia de la libertad religiosa ni de su concreción en el derecho de los padres a que sus hijos se formen en la religión por ellos elegida (27.3). Es una consecuencia del acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede que, en nuestra opinión, no respeta en algunos puntos, como éste, el espíritu de nuestra Constitución (45). Ya hemos indicado cómo del artículo 27.3 se deriva por un lado, una obligación de los poderes públicos de no «interferir en el proceso de educación religiosa y moral de los hijos y, por otro lado, la obligación de proporcionar en sus centros, en una medida razonable —atendiendo a sus recursos y a los derechos de los demás— una educación religiosa y moral según los deseos de los padres, pero no se deriva en ningún caso una presunción jurídica de cuáles van a ser estas convicciones religiosas (46).

Este es el contenido del artículo 27.3 desde un punto de vista negativo, la no interferencia del Estado en la formación moral y religiosa

de los alumnos. Y en un sentido positivo, el facilitar y proporcionar a los padres en los centros públicos esa educación religiosa y moral que demandan. Y es aquí donde aparece el problema de los recursos económicos y de las ayudas estatales para la realización de los derechos educativos o, para la realización del derecho a la educación. ¿Hasta qué punto se deriva del artículo 27 una obligación de los poderes públicos de subvencionar los centros docentes para hacer realidad la elección del tipo de educación deseada? ¿Tiene el Estado, en virtud del artículo 27.3, obligación de proporcionar una oferta educativa de tal forma que todas y cada una de las convicciones morales y filosóficas de los padres se vean satisfechas? ¿O de lo que se trata es de dirigir los fondos públicos a realizar el derecho a la educación del alumno?

2. EL PROBLEMA DE LA GRATUIDAD DE LA ENSEÑANZA Y LA SUBVENCIÓN A LOS CENTROS PRIVADOS

El planteamiento del problema es, a nuestro modo de ver, el siguiente. La Constitución reconoce en el párrafo 4.º del artículo 27 que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita; reconoce, a su vez, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa adecuada a sus convicciones; reconoce, aunque a nivel de norma ordinaria, el derecho de los padres a elegir centros docentes distintos a los estatales, y reconoce también, según lo que establezca la ley, la ayuda a los centros públicos que reúnan determinados requisitos. Junto a esta minuciosa declaración de derechos, el artículo 27 atribuye a los poderes públicos la obligación de garantizar 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. Haciendo una interpretación sistemática de tales preceptos ¿se puede afirmar que el legislador constituyente ha consagrado a nivel constitucional la ayuda a los centros privados de enseñanza para hacer realidad: 1) la gratuidad de la enseñanza, 2) la elección de la formación religiosa y moral que los padres desean para sus hijos, y 3) la elección por parte de los padres del tipo de educación que deseen (libertad de enseñanza)?; ¿o lo que se ha establecido, —interpretando conjuntamente el artículo 27 con los ya analizados, 9.2, 1.1, relativos a la igualdad sustancial, y al Estado social—, es la programación de la enseñanza para hacer real y efectivo, en condiciones de libertad e igualdad, el derecho del alumno a la educación? Por ello, y antes de contestar a tantas y tan interrelacionadas cuestiones, es necesario hacer un análisis del artículo 27.9 de la Constitución para averiguar si de él se puede derivar una obligación de subvencionar la enseñanza privada.

Lo primero que llama la atención de este precepto es la imprecisión y la ambigüedad con la que ha sido redactado, remitiendo al legislador ordinario la decisión sobre las condiciones y requisitos que han de reunir los centros para ser ayudados con fondos públicos. Este precepto, inusual en el derecho comparado, sólo puede ser comprendido acudiendo al marco político que dio lugar al consenso y a la elaboración de toda la Constitución (47). La primera consecuencia que se puede, pues, deducir, de la redacción constitucional, es la necesidad de un desarrollo legislativo para precisar el contenido de estas ayudas a los centros privados.

Durante los debates constitucionales ya se puso de manifiesto la radical oposición hacia este precepto, tal y como aparece regulado, por parte de algunos Grupos Parlamentarios y miembros del Senado. El punto de mayor conflictividad provenía de la obligatoriedad de subvencionar la enseñanza privada que se iba a derivar del término «ayudarán», pudiendo ser sustituido por un menos contundente «podrán ayudar», o condicionando las subvenciones al cumplimiento de determinados requisitos, o «en razón del servicio de interés público que desempeñen» (48). La enmienda n.º 670, presentada en el Senado por la Agrupación Independiente, al artículo 27.9 (entonces 25.9) permitía las ayudas con fondos públicos para lograr el cumplimiento de los siguientes fines: 1) posibilitar la aparición de centros de iniciativa privada, cuando ésta no se proponga el lucro o la explotación, sino colaborar con las instituciones docentes del Estado en la promoción del bien público dentro de los sectores educativos, zonas o regiones más necesitadas; 2) proporcionar al poder político un criterio objetivo para establecer primacías y urgencias, criterio objetivo que sirva a la vez para diferenciar entre centros que son de interés general y aquellos otros que sirven exclusivamente a algunos intereses privados; 3) canalizar el esfuerzo ofrecido por instituciones que, cumpliendo todo lo exigido por la ley, quieran poner sus medios o recursos económicos al servicio de una labor de promoción y ayuda a la enseñanza con determinadas iniciativas pedagógicas (49). También se levantaron voces contra la constitucionalización de la obligatoriedad de la subvención estatal a los centros privados de enseñanza, ya que no es necesario un precepto constitucional para que los poderes públicos puedan ayudar, si se considera conveniente, a los centros docentes que reúnan los requisitos exigidos y, de lo contrario, su consagración constitucional puede prestarse a toda clase de abusos (50).

Se puede afirmar, sin embargo, que los grupos políticos de centro-derecha eran partidarios de mantener la expresión del verbo en futuro, constitucionalizando así un mandato al legislador para ayudar a los centros privados, «en los términos que la Ley establezca». Una enmienda presentada por J. L. de la Vallina Velarde al, entonces, artículo 28 del Anteproyecto de Constitución en nombre de Alianza Popular, atribuía a los poderes públicos no sólo la obligación de ayudar a los centros que reúnan los requisitos exigidos, sino también la de facilitar los medios económicos precisos para hacer efectivo el principio de gratuidad en la enseñanza básica (51). Este añadido final es explicado por el defensor de esta enmienda, en el sentido de hacer posible el principio de gratuidad básica y conciliar al mismo tiempo dicho principio con la libertad de creación de centros docentes que se reconoce en el apartado 6 de este mismo artículo. Su compañera de grupo M.^a Victoria Fernández España extiende el ámbito o nivel al que se pueden dirigir las ayudas a «todos los centros docentes de niveles no obligatorios ni gratuitos, que reúnan los requisitos que la ley establezca» (52).

Las posturas oscilan, pues, entre la radical supresión del artículo 27.9, dejando al legislador ordinario la decisión sobre las ayudas económicas a los centros docentes, hasta su constitucionalización sin reservas, garantizando de esta manera la gratuidad de todos los cen-

tros y en todos los niveles. Una postura intermedia es la que sostenía la Agrupación Independiente del Senado y la Minoría Catalana, condicionando las subvenciones estatales a la realización de objetivos de interés público o social.

No cabe duda de que la finalidad que perseguía la constitucionalización de un precepto como éste era la ayuda, sin contrapartida, a la enseñanza privada, lo cual fue aceptado, como ya señalábamos al hablar del consenso, por el Partido Socialista Obrero Español, a cambio de ver constitucionalizado también la participación de los protagonistas de la comunidad escolar en la gestión y control de los centros que recibieran ayuda del Estado. Sin embargo, y al margen de las intenciones que presidían los planteamientos de cada grupo político, lo cierto es que del artículo 27.9, como norma jurídica que es, se derivan una serie de efectos jurídicos que trascienden de los propósitos de sus redactores. La norma objetiva contenida en el párrafo 9 del artículo 27 tiene vida y consecuencias propias.

Y la primera consecuencia que podemos deducir de su enunciado es que tal precepto no ha constitucionalizado las subvenciones a los centros privados. No se puede derivar de su enunciado una pretensión constitucional de los centros privados a recibir subvenciones del Estado (53). No es éste el contenido del artículo 27.9, ni se consagra en él ningún derecho subjetivo, sino un mandato dirigido al legislador ordinario, cuya efectividad jurídica depende de controles políticos, careciendo de controles jurisdiccionales (54). La realización concreta de las ayudas a los centros docentes está encomendada al legislador ordinario que será el que, en definitiva, y con los requisitos y condiciones establecidas, determine el contenido del artículo 27.9. Los problemas de interpretación jurídica van a ser abundantes, ya que «la indeterminación del precepto y la necesidad de un desarrollo legislativo pueden hacer en la práctica inexistente estas subvenciones» (55). Sin embargo, y a pesar del margen de discrecionalidad que la Constitución concede en este punto al legislador, también se puede interpretar que se consagra un mandato inequívoco a favor de la ayuda a los centros privados, cuyo incumplimiento daría lugar a una violación constitucional (56).

Desde una interpretación sistemática y acudiendo una vez más a la configuración de la libertad de enseñanza como garantía institucional del pluralismo educativo, a nuestro juicio, no se puede derivar directamente del párrafo 9, una pretensión constitucional a recibir subvenciones por parte de los centros privados, ni para el ejercicio de la libertad de enseñanza, interpretada como el derecho a crear centros docentes, ni para cualquier otra libertad pública recogida por el texto constitucional (57). Pero eso no significa que el legislador ordinario no se sienta vinculado por el mandato contenido en este precepto constitucional. Al igual que debe considerar un marco legal que realice efectivamente la participación de profesores, padres y alumnos en la gestión de los centros (públicos o concertados), articulando un procedimiento real de intervención, también en este supuesto el legislador debe prever los requisitos y las condiciones que, atendiendo a los prin-

cipios constitucionales y a los demás derechos de carácter educativo, deben cumplir los centros docentes para acogerse al sistema de subvenciones (58). Lo cual, ciertamente, es una de las dificultades más importantes planteadas en nuestro marco constitucional, de carácter educativo.

A nuestro juicio, no se puede derivar del artículo 27 una pretensión de subvencionar los centros privados para hacer posible la elección del tipo de educación o centro que sea preferido por los padres, a no ser que el legislador ordinario en su política educativa y atendiendo a principios racionales de ordenación del gasto público, establezca aquellos requisitos que permiten subvencionar la elección de un centro en cuestión. Y ello no significa que se esté atentando contra el principio de libertad de enseñanza. Así lo ha señalado, por otra parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de junio de 1985, refiriéndose al párrafo 9 del artículo 27:

«... no puede interpretarse como una afirmación retórica de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda (...). Ahora bien, tampoco puede aceptarse el otro extremo, esto es (...) que del artículo 27.9 CE, se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes sólo por el hecho de serlo, pues la remisión a la ley que se efectúa en el artículo 27.9 CE puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales» (59).

El Tribunal enumera, entre estos principios y valores, «el mandato de la gratuidad de la enseñanza básica (27.4), la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (artículos 1 y 9.2 CE), o la distribución más equitativa de la renta regional o personal (art. 40.1 CE). El legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar no sólo diversos valores y mandatos constitucional entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles» (60).

No podemos dejar de mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 1985, que acudiendo en sus fundamentos a argumentaciones parecidas, sin embargo, contribuye de forma sustancial a clarificar aún más cuál es el contenido que se deduce del párrafo 9 del artículo 27. Y es que el Tribunal hace una mención expresa al importantísimo papel que desempeña el poder público en el sistema educativo configurado por nuestra Constitución. Nos estamos refiriendo a los instrumentos de planificación y programación que el artículo 27.5 ha puesto en manos de los poderes públicos para racionalizar las ayudas económicas en el sector educativo. El Tribunal vuelve a insistir en que «el artículo 27.9 no encierra un derecho subjetivo a la prestación pública, de forma que el legislador se vea obligado a ayudar a todos y cada uno de los centros docentes sólo por el hecho de serlo, ni tampoco es enteramente libre para configurar de cualquier modo dicho marco normativo porque en la ley que lo desarrolle tendrá que conocer las necesidades reales de su sistema educativo y de

acuerdo con ellas señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión» (61).

El Tribunal coloca en el centro de sus argumentaciones la obligación constitucional de los poderes públicos de procurar la efectividad del derecho a la educación y de hacerlo para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad, que demanda el apartado 4 del artículo 27 (62). De tales palabras se puede interpretar que la Constitución vincula directamente a los poderes públicos a realizar una programación general de la enseñanza de tal forma que garantice efectivamente el derecho de todos a la educación cumpliendo así el mandato contenido en el párrafo 4, de que ésta sea gratuita y obligatoria. Una vez realizada dicha programación, y atendiendo a las necesidades sociales y económicas, el legislador puede establecer los requisitos para ayudar a los centros docentes que cumplan las previsiones constitucionales, esto es, garantizar el derecho del alumno a la educación de forma gratuita. Este es el sentido más importante que deducimos del precepto consagrado en el artículo 27.9. El legislador está obligado a perseguir que los derechos y libertades enunciados en la Constitución se realicen de forma real y efectiva según establece el artículo 1.1 y 9.2 y deberá también para ello ordenar el gasto público atendiendo a los criterios de eficiencia y economía (63).

Al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 2.2 del Protocolo adicional, también se puede aplicar a nuestro ordenamiento educativo la subordinación de todos los derechos reconocidos en este sector al desarrollo real y efectivo, en condiciones de igualdad y libertad (9.2), del derecho del alumno a la educación. Nuestra Constitución también consagra, como la italiana o la alemana, el derecho a abrir escuelas particulares y el «derecho educativo paterno», como derechos autónomos, pero de la interpretación sistemática del artículo 27 y de los principios constitucionales que están presentes en el texto, podemos afirmar que también se produce una subordinación de tales derechos al derecho a la educación del alumno. Lo cual es una consecuencia imprescindible porque afecta a los límites y el contenido esencial de los primeros (64).

Por otra parte, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido ya una consolidada —aunque escasa— doctrina respecto a la posibilidad de derivar del citado artículo 2 del Protocolo, la subvención a las escuelas privadas para hacer efectivo el derecho educativo paterno, a la que ya hacíamos referencia en páginas atrás. La Convención «no reconoce ninguna clase de derecho a la educación que obligue a los Estados firmantes a establecer subvenciones a la instrucción de un determinado carácter o nivel a costa del Estado, lo cual tampoco significa que no se vean afectados por ningún tipo de obligaciones positivas en orden a asegurar el derecho a la instrucción» (65). La diferenciación que establece entre derecho a la educación, cuyo titular es el niño y derecho a la «educación deseada», cuyos titulares son los padres, y la diferente obligación que el Tribunal atribuye a los Estados, en un caso o en el otro, respecto

a la subvención, o al fomento de la educación, tiene importantes efectos jurídicos.

Y más aún, se puede considerar que la interpretación doctrinal y jurisprudencial en el plano internacional niega, no sólo la subvención a los centros privados, sino que considera que con la garantía de la libre elección de escuelas se cumple el derecho educativo de los padres (66). La posibilidad de subvencionar la escuela privada se vincula a cuestiones como la prohibición de discriminación de alumnos por razones económicas (67), o incluso se contiene en el propio precepto constitucional una imposibilidad de que la creación de escuelas particulares suponga una carga para el Estado (68). En Francia, aparece la subvención como un medio de unir la enseñanza privada al edificio de la pública, pero en ningún caso se relaciona la subvención a los centros privados como una realización del principio de libertad de enseñanza (69). Normalmente, la subvención a los centros privados no aparece constitucionalizada en el propio texto fundamental sino que, o bien se deja su desarrollo para una ley ordinaria, o bien, como en el caso de Austria, se firma un acuerdo con las diferentes confesiones religiosas a fin de subvencionar sus respectivas escuelas (70).

La regulación contenida en el párrafo 9 del artículo 27 no fundamenta, pues, una pretensión directa de subvención hasta que el legislador ordinario no establezca los requisitos necesarios y los principios que han de cumplir los centros privados para recibir las ayudas del Estado. Uno de los problemas más importantes que se le plantean al legislador respecto a la concesión de subvenciones a los centros de carácter privado, es la interpretación del mandato contenido en el párrafo 4 del artículo 27 de que la enseñanza básica será obligatoria y gratuita. ¿Tiene el Estado la obligación, en virtud del 27.4, de proporcionar de forma gratuita cada plaza escolar que se desee? O dicho con otras palabras, ¿están los poderes públicos constitucionalmente obligados a subvencionar la enseñanza privada porque la Constitución establece que ha de ser gratuita y obligatoria? ¿La gratuidad de todos los puestos docentes realiza la libertad de elección de centro por parte de los padres?.

Un Estado que proclama la gratuidad de la enseñanza obligatoria cumpliría con el dictado constitucional proporcionando suficientes plazas en sus centros educativos gratuitos para atender a cualquiera que los solicitara, pero nunca le obligaría en una pretendida consecuencia de la libertad de enseñanza, a subvencionar los centros privados, pues ello equivaldría a la obligatoriedad de subvencionar cualquier libertad entre las proclamadas para hacer las posibles (71).

La gratuidad de la enseñanza es una conquista social que se impone «para no discriminar a los carentes de recursos económicos» (72) en el acceso a la educación. La enseñanza pública se hace gratuita para permitir el acceso a los puestos escolares de todos aquellos que no disponen de medios económicos suficientes como para pagar una escuela privada. Su origen económico es evidente. No nace para permitir a los padres elegir el centro docente que prefieran; la escuela

lucha por hacerse gratuita para que puedan ir a la escuela aquéllos que, evidentemente, no pueden elegir, y lo que es más grave en ocasiones ni siquiera pueden asistir. Históricamente los que han asistido a la escuela privada son, por lo general, los más pudientes y el sólo hecho de la asistencia demostraba la posesión de recursos suficientes (73). Pero como los centros privados —normalmente y salvo excepciones— son centros de la Iglesia y van poco a poco necesitando profesores de carácter seglar, junto al proceso de transformación de las técnicas pedagógicas y al encarecimiento paulatino de la enseñanza, la supervivencia de la mayor parte de estos centros necesita de las ayudas estatales. Sin embargo, es importante dejar bien claro que la aparición de la escuela pública y la gratuidad de la enseñanza tienen como finalidad esencial la de extender la educación a aquéllos que, por su falta de recursos económicos, no pueden pagarla.

Nuestra Constitución consagra la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza básica, dejando en manos del legislador la determinación de lo que en cada situación se pueda entender por enseñanza básica como ha establecido el artículo 1.1 de la LODE: «Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de la educación general básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la ley establezca» (74). Pero la mayor dificultad que plantea la redacción del artículo 27.4, consagrando tanto la obligatoriedad como la gratuidad de la enseñanza, es el alcance de este precepto, es decir, a qué niveles y centros de enseñanzas se extiende, y en concreto, si la gratuidad de la enseñanza básica se refiere también a los centros privados.

No creemos que la financiación de los centros privados esté configurada para hacer realidad la libertad de enseñanza y la posibilidad de elegir centro docente. Sería un eufemismo afirmar que en España cualquier ciudadano puede elegir centro docente, primero porque en determinados supuestos no hay alternativas para poder elegir entre centros de enseñanza, y segundo, porque sería un despilfarro económico que el presupuesto de un país como el nuestro no se puede permitir. Además sólo puede elegir quien tiene libertad, que en este sentido se puede hacer sinónimo de poseer la información y los conocimientos suficientes para poder hacerlo (75). La gratuidad de la educación básica ha de realizarse, fundamentalmente, a través de los centros públicos. Pero esto no es razón para que, atendidas las demandas sociales y racionalizados los recursos económicos, el Estado no se sirva de los centros privados actualmente existentes, que realizan un importante papel en la escolarización de determinadas zonas, concediéndole las ayudas previstas en la Constitución y con los requisitos que establezca la Ley (76).

En este sentido, merece la pena subrayar la decisiva importancia que puede tener en la organización de nuestro sistema educativo la planificación y programación de la enseñanza que el artículo 27.5 atribuye a los poderes públicos. Porque la gratuidad de los centros privados ha de ser consecuencia de la satisfacción de las necesidades de escolarización que cumplan, y no de hacer efectivo un derecho a la elección del centro docente, derecho que se garantiza plenamente en

un sistema educativo de libertad de enseñanza y que es recogido a nivel de Ley orgánica, pero que no implica una financiación pública de todos y cada uno de los centros. El objetivo es la escolarización de todos los niños, el derecho a la educación de todos y cada uno de los niños españoles (77).

El principio de la gratuidad no se vería violado si, en un futuro, sólo los centros públicos fuesen gratuitos y los privados, en virtud del derecho que recoge la Constitución (27.6), estuviesen totalmente costeados por los padres de los alumnos independientemente de las ventajas o bonificaciones que la Ley pudiera recoger (78). El supuesto entra perfectamente dentro de los límites constitucionales, porque la razón de ser o el origen de la gratuidad, es proporcionar un puesto escolar digno a todos los españoles, en condiciones de igualdad y no permitir a cada padre de familia elegir el centro de enseñanza que sea de su agrado. Efectivamente es un derecho educativo más, pero con un contenido diferente como ya hemos analizado. Sin embargo, actualmente una gran parte de centros subvencionados cumplen un importante papel atendiendo las necesidades de escolarización en algunas zonas y regiones. El acento hay que ponerlo, entonces, en aquellos requisitos que va a establecer la Ley para que los fondos públicos consigan una escolarización real de todos los alumnos. La gratuidad del derecho a la educación (79).

La pieza clave que estructura nuestro sistema educativo reside, en nuestra opinión, en el artículo que establece la planificación y no sólo la programación de la enseñanza. Porque el artículo 27.5, no sólo tiene como contenido la fijación de las áreas de enseñanza, las titulaciones del profesorado o las edades para el acceso a los distintos niveles de enseñanza (80) por parte de los poderes públicos, sino también y, fundamentalmente, la planificación de los recursos económicos atendiendo a las diferentes demandas sociales y la posibilidad de crear centros docentes.

No hay que esperar a la falta de iniciativa privada para que el Estado pueda crear sus propios centros de enseñanza, como señala la postura de la Iglesia, sino que el Estado, teniendo en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas, es un sujeto activo de la educación que puede crear centros docentes allí donde las necesidades sean realmente acuciantes; pero lo que es verdaderamente importante, a través de la planificación —en la que participan todos los sectores afectados— es la posibilidad de racionalizar los recursos públicos, de forma que se persiga ante todo, como derecho prioritario, garantizar el derecho a una educación gratuita, en condiciones de igualdad no sólo ante el acceso, sino también en la impartición de la enseñanza y en los resultados obtenidos. El legislador ordinario —en este supuesto a través de la Ley Orgánica— debe distribuir los presupuestos previstos para el sector educativo atendiendo no sólo al grado de pobreza o riqueza del país (81), sino a cómo se realizan a través de su política educativa los diferentes derechos y libertades reconocidos por el constituyente en el sector educativo.

En el tema que nos ocupa, las subvenciones a centros privados para realizar el derecho a la educación de forma gratuita, o con otras

palabras, la distribución de recursos económicos en el sector educativo, hay que tener en cuenta algunas directrices constitucionales, a las que ya hacíamos referencia en el capítulo anterior, el Estado Social consagrado en el artículo 1.1, la cláusula de la Igualdad sustancial del 9.2 y la posibilidad de realizar diferenciaciones normativas que se pueden derivar del artículo 14.

Pero antes de elaborar la incidencia de estos principios —normas jurídicas— en la distribución de las subvenciones, vamos a hacer una breve referencia al tratamiento que recibe en la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, en cuyo artículo 1 se explicita el derecho de todos a la educación básica que será obligatoria y gratuita en los niveles ya mencionados, excluyendo de ella a la Educación Preescolar (82). El desarrollo de estas cuestiones se contiene en otros apartados de la Ley, así, el artículo 20 confía en que una «programación adecuada de los puestos escolares gratuitos, en los ámbitos territoriales correspondientes garantizará tanto la efectividad del derecho a la educación como la posibilidad de escoger centro docente» (83).

Para realizar la programación de los puestos escolares gratuitos, la LODE consagra el Título II a la «participación en la programación general de la enseñanza» cuyo objetivo es el «ejercicio efectivo del derecho a la educación», para lo cual, el Estado y las Comunidades Autónomas «definirán las necesidades prioritarias en materia educativa, fijarán los objetivos de actuación del período que se considere y determinarán los recursos necesarios, de acuerdo con la planificación económica general del Estado». Parece que se establece una clara relación entre la efectividad del derecho a la educación y la programación de la enseñanza, con la consiguiente racionalización de los recursos económicos. No se puede ayudar a todos los centros docentes por el mero hecho de serlo, sino sólo a aquéllos que cumplan a priori, la efectividad del derecho a la educación, y que cumplan el principio de la plena escolarización. La creación de centros en los niveles obligatorios y gratuitos «deberá tener en cuenta en todo caso la oferta existente de centros públicos y concertados» (84).

El desarrollo que la LODE realiza del artículo 27.5 de la Constitución prevé esta interrelación entre la programación general de la enseñanza y la efectividad del derecho a la educación, de tal forma que cualquier distribución de recursos ha de tener en cuenta la oferta de centros existentes, tanto públicos como concertados. Para estos últimos, la LODE ha previsto con meticulosidad en el Título IV las condiciones que han de cumplir, así como las obligaciones que deberán asumir durante el tiempo que dure el concierto entre estos centros y la Administración educativa. Entre estas condiciones aparece con carácter preferente y excluyente la gratuidad de la enseñanza que se imparta, tal y como se consagra en el artículo 51. Junto a este requisito tampoco las actividades escolares, tanto docentes como complementarias o extraescolares, podrán tener carácter lucrativo, y el cobro de cualquier cantidad a los alumnos en concepto de actividades complementarias, deberá ser autorizado por la administración educativa correspondiente (85).

La ausencia de lucro en los centros privados que se quieran acoger al régimen de concertos previsto por la LODE, es la primera condición que se ha de cumplir, siendo causa de incumplimiento del concierto, tanto la contravención del principio de gratuidad como la percepción de cantidades por actividades complementarias o servicios no autorizados (86). Es la gratuidad del puesto escolar, así como la efectividad del derecho a la educación lo que ha perseguido el legislador con esta regulación jurídica como lo demuestra el procedimiento establecido para la admisión de alumnos en los centros concertados del artículo 53 que es el mismo que el que se ha previsto en el artículo 20 para los centros públicos. Respecto al primer punto se establece un sistema de preferencias para acogerse al régimen de concertos con el siguiente orden: 1) centros que satisfagan necesidades de escolarización, 2) centros que atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables y 3) centros que cumpliendo los dos requisitos anteriores, realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. Y en todo caso, y cumpliendo con estas finalidades, tendrán preferencia aquellos centros establecidos en régimen de cooperativa.

Respecto al procedimiento previsto en el artículo 20.2 para la admisión de alumnos en los centros públicos, se establece que «cuando no existan plazas suficientes, se atenderán a los siguientes criterios prioritarios, rentas anuales de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el centro, sin que, en ningún caso, se produzcan discriminaciones por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento» (87). Este precepto, que fue impugnado en el recurso previo de inconstitucionalidad, refuerza, en opinión del Tribunal Constitucional, el derecho a la libre elección de centro, «al establecer criterios objetivos que impiden, caso de insuficiencia de plazas, una selección arbitraria por parte de los centros públicos y concertados» (88), y deja traslucir cuál es la finalidad perseguida en el caso de que no existan plazas suficientes, una vez que los padres ya han demostrado el centro de su preferencia: la efectividad del derecho a la educación del alumno y la aplicación de lo que aquí hemos denominado principio de plena escolarización. Porque los criterios de la renta anual, de la unidad familiar y el de la proximidad geográfica pueden estar pensados por la dificultad que las familias que no tienen recursos económicos encuentran para mandar a sus hijos a colegios que están a una gran distancia de sus hogares; la proximidad geográfica, como criterio preferente, puede ahorrar recursos económicos ya que los centros en cuestión podrían prescindir del coste que les supone el transporte escolar.

En general, se puede afirmar que la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación ha realizado un desarrollo acertado del sistema educativo previsto en la Constitución y reserva para cada programación, en concreto, tanto la posibilidad de crear centros de carácter público como las subvenciones a los centros privados que se acojan al régimen de concertos previsto por ella, sin que tal regulación prejuzgue el uso, o abuso, que los protagonistas de la comunidad escolar puedan hacer de los derechos y facultades que el nuevo sistema educativo les proporciona. Sí es importante, a nuestro modo de ver, la fi-

nalidad que se persigue con la incorporación de este sistema de conciertos, totalmente libre para los centros privados, no la realización del derecho a elegir centro docente que, por otra parte está expresamente regulado en el artículo 4.º, sino la efectividad del derecho a la educación, de forma gratuita (89).

Este es el objetivo que se persigue en las Ordenes Ministeriales de 16 de mayo de 1984, por las que se regula el régimen de subvenciones a centros docentes privados de Formación Profesional de Primer Grado durante el curso 1984-1985, y a los centros docentes privados de Formación Profesional de Segundo Grado. En ellas se expresa como fines de la política de subvenciones, «la gratuidad de la enseñanza en los niveles obligatorios, asegurando a la vez un correcto empleo de los fondos públicos y la atención prioritaria a los sectores más desfavorecidos» (90).

Las subvenciones a los centros privados tienen una intencionalidad manifiesta no sólo en estas Ordenes Ministeriales, sino en la propia LODE y en el artículo 27 de la Constitución. Sus límites están perfectamente precisados: a) gratuidad del derecho a la educación; b) utilización de los fondos públicos para conseguir ese objetivo de la gratuidad; c) destino de las subvenciones a aquellos sectores que tengan necesidades de escolarización. Por estas razones los criterios utilizados por las Ordenes Ministeriales son un desarrollo de los establecidos en la LODE y persiguen principalmente que la distribución de las subvenciones consiga la gratuidad de la enseñanza(91). La posibilidad de ayudar a los centros privados que consagra la Constitución no se establece, pues, de forma genérica y absoluta, sino condicionada por los mismos principios constitucionales y, en concreto, por el mandato de la gratuidad y la plena escolarización de todos los niños, en condiciones de igualdad (92).

Después de este recorrido por los diferentes derechos educativos reconocidos en la Constitución podemos concluir señalando que el derecho educativo paterno se encuentra garantizado tanto a nivel constitucional —libertad de enseñanza— como a nivel de Ley Orgánica (artículo 4 de la LODE), al igual que el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral por ellos elegida (27.3 CE y LODE 4.º3); y que los particulares pueden abrir escuelas diferentes a las estatales, sin que exista una obligación constitucional previa de subvencionar a tales escuelas, a no ser que libremente se acojan al sistema de conciertos (27.6 y 9 CE y 21 LODE). Pero lo que también es importante señalar es que la Constitución ha reconocido el derecho de todos a la educación que se impartirá de forma gratuita en los centros públicos y en aquellos centros privados que, acogidos al régimen de conciertos, cumplan con la finalidad que preside la concesión de tales subvenciones: la gratuidad y el derecho a la educación. El legislador, en su programación ordinaria, tiene que pensar prioritariamente en cómo se va a ejercer ese derecho a la educación por cada uno de los niños de cada rincón lejano de nuestro país, para proceder así a una distribución de los recursos económicos que consiga la plena escolarización en un Estado Social como pretende constituirse nuestro Estado, removiendo todos los obstáculos para conseguir

la igualdad en el acceso a la educación y que la posibilidad de elegir la enseñanza deseada deje de ser un derecho que, hoy por hoy, ejerzan unos pocos.

Porque el derecho a una educación básica gratuita sí es un mandato constitucional directo y vinculante para el legislador ordinario, y las cláusulas del Estado Social y de la Igualdad sustancial imponen a los poderes públicos un marco de actuación que vaya dirigido a realizar efectivamente ese derecho a la educación en condiciones de igualdad. Y con estas puntualizaciones entramos en las últimas reflexiones de este trabajo de investigación. No se ha tratado de analizar el contenido del derecho a la educación, porque la amplitud y complejidad del tema nos daría para un nuevo trabajo de investigación, sino de establecer los principios para hacer posible una interpretación de los derechos educativos dentro de ese Estado Social y Democrático de Derecho que configura nuestra Constitución.

El derecho a la educación, que nosotros hemos denominado principio de plena escolarización, o más concretamente derecho a una educación básica y gratuita, es un derecho de una fuerte connotación social que precisa para su cumplimiento de la acción pública y fundamentalmente, de los recursos económicos del Estado. Pero es el centro y el punto en el que necesariamente han de confluir los demás derechos del sistema educativo. Esto quiere significar que en un hipotético conflicto de derechos y libertades reconocidos en el ámbito de la educación, el alumno y su derecho a acceder gratuitamente a un puesto escolar son los criterios preferentes que hay que considerar a la hora de solucionar posibles colisiones.

El problema se agudiza especialmente si nos detenemos a analizar la calidad de la enseñanza o el nivel de conocimientos impartidos a los niños que habitan en las zonas rurales, pueblos o barrios periféricos de las grandes ciudades. El equipamiento, el profesorado, biblioteca o instalaciones deportivas de los centros que, generalmente, son públicos, tienen una calidad notablemente inferior al de otros centros situados en las ciudades que normalmente suelen ser privados y subvencionados. Tampoco en estos supuestos se puede ejercer el derecho a elegir el centro docente, sencillamente por la carencia de alternativas; por lo que el pluralismo ideológico será garantizado, así como la organización de las enseñanzas, para posibilitar a los padres la formación religiosa y moral que deseen sus hijos.

Otro supuesto que afecta directamente al derecho a la educación de todos, es el de los niños minusválidos o «handicapados», aquellas personas que se ven afectadas por una «desventaja en su intento de recorrer el mismo camino que otras» (93), pero que, sin embargo, parece que el legislador constituyente no los considera como sujetos titulares del derecho a la educación, puesto que su tratamiento tiene lugar en el artículo 49, y por lo tanto no puede ser tutelable por el procedimiento de amparo previsto en el artículo 53.2 (94). El artículo 27 parece, pues, que no se ocupa de las peculiaridades del minusválido, en su disfrute y ejercicio del derecho a la educación y a la formación profesional (95), cuando se trata de un sector de la población que se

encuentra en una evidente situación de desigualdad objetiva respecto al resto de los ciudadanos. A pesar de ello, no es arriesgado afirmar, en nuestra opinión que las cláusulas del Estado Social y de la Igualdad sustancial obligan al sacrificio o, más suavemente, al límite, de ciertos derechos fundamentales (96) para permitir el desarrollo de otros derechos que: 1) afecten a ciudadanos que están, desde el punto de partida, en una clara posición de desventaja y 2) que tales limitaciones permitan el ejercicio del derecho a la educación —preferente— de un mayor número de ciudadanos, sin que ello suponga la restricción de los derechos fundamentales, o una conducta que no pueda ser soportada con arreglo al derecho.

Un ejemplo concreto podían ser los requisitos que establece la LODE en el artículo 48.3 como criterios preferentes para acogerse al régimen de conciertos y, por consiguiente, recibir subvenciones. La satisfacción de las necesidades de escolarización o la atención preferente a poblaciones escolares de condiciones socioeconómicas desfavorables, puede ocasionar más de una vez, la retirada de subvenciones a centros que no cumplan estos requisitos o a algunos otros de los que se prevén en la Ley, perjudicando así el derecho a la elección del centro docente de los padres y la gratuidad de la enseñanza para los alumnos de esos centros. Pero no se produce una violación de ninguno de los derechos citados, sino tan sólo una limitación derivada, en estos supuestos tanto del Estado Social como del artículo 9.2. Lo importante es, sin embargo, que tal limitación se realiza para dirigir los fondos públicos a destinos que sí cumplan con los requisitos de gratuidad y realicen el derecho a la educación en condiciones dignas que, de otra forma, o no se hubiera realizado, o su calidad haría prácticamente ilusorio su ejercicio.

El artículo 27.5 ordena a los poderes públicos dar satisfacción al derecho de todos a la educación y, en conexión con el 9.2 obliga a los poderes públicos a la creación de centros docentes (97) que han de impartir la enseñanza en unos niveles de calidad adecuada, de forma gratuita y programando las enseñanzas en relación con las necesidades del mercado de trabajo. El mantenimiento de los centros subvencionados cumple actualmente una importante función docente por la cual el Estado está obligado a su sostenimiento, pero, siempre que se cumplan los requisitos de gratuidad y escolarización en condiciones de igualdad.

Porque el problema está en que no se puede interpretar que existe una igualdad de oportunidades con el establecimiento de la gratuidad en los centros públicos. La gratuidad implica un trato igual para todos los alumnos y la consecución de la igualdad en una sociedad desigual exige, obviamente, un trato estatal también desigual a los alumnos (98). La gratuidad de todos los centros es un problema de difícil interpretación jurídica, ya que, si su origen es favorecer a los que menos tienen, su implantación generalizada favorece, inequívocamente a los que más tienen. ¿Por qué no es gratuita la alimentación o el transporte? Aquellos que pueden realmente elegir la educación deseada se ahorran una cantidad de dinero que puede ser utilizada para otros gastos y además reciben un enseñanza gratuita, de

una calidad muy superior, que les va a permitir promocionarse y ascender en la escala social, respecto a la enseñanza que normalmente reciben aquéllos que no pueden elegir.

Por ello, en un Estado Social que, además vincula a los poderes públicos para remover los obstáculos que impiden que la igualdad y la libertad —que generalmente coincide en los mismos sujetos— sean realmente efectivas, es un presupuesto previo, tanto una *progresividad fiscal como medidas de Educación Especial, Compensatoria o personalizada que consigan la igualdad no en la posición de partida sino en la de llegada* (99). Pero este planteamiento tiene un coste económico, social y político muy elevado (100). Porque la primera consecuencia que se deriva del Estado Social es la realización de un sector educativo de carácter público eficaz (101), y de una calidad digna que permita el libre desarrollo de la personalidad humana y el acceso a un puesto de trabajo.

De esta garantía de un sector público eficaz «no puede deducirse una pretensión tendente al establecimiento de determinados centros de instrucción, sino un deber de principio del Estado de poner a disposición un sistema de fomento de la educación que haga posible la adquisición de preparación por la única razón de la falta de medios materiales» (102). La intervención del Estado en la sociedad para implantar la gratuidad de la enseñanza se realiza, precisamente para favorecer a aquellos sectores que se encuentran en peores condiciones removiendo los obstáculos para que puedan, no alcanzar esa tónica y abstracta igualdad, sino ejercer realmente su libertad.

Son muy interesantes, en este sentido, las medidas sobre Educación Compensatoria adoptadas por el Real Decreto de 27 de abril de 1983, por el que se presta «una atención preferente a los grupos de individuos cuyas condiciones de inferioridad son especialmente acusadas respecto a las posibilidades que el sistema escolar general ofrece» (103), y las Becas o ayudas al estudio destinadas a aquellas familias más modestas económicamente, de tal forma que consigan la gratuidad en los niveles educativos no obligatorios posteriores a la enseñanza básica, o bien a aquellos colectivos particularmente necesitados de protección por razón del fracaso escolar o por otras circunstancias marginadoras (104). Pero para que la concesión de estas Becas cumplan su cometido de ayudar a realizar los estudios es fundamental que «sus cuantías se aproximen a los costes reales que la práctica del estudio entraña y que anualmente sus valores sean debidamente actualizados para evitar el deterioro que provoca la inflación a lo largo del tiempo compensando, además, a las familias de rentas más bajas de las desventajas económicas que la dedicación de sus miembros al estudio comporta, atendiendo a los costes directos de enseñanza, residencia, desplazamiento u otros que se produzcan en cada caso, junto a una exención de tasas académicas que conlleva la condición de becario» (105). Es lo que JOSE M.^a MARAVALL denomina el «coste de oportunidad» que conlleva estudiar en vez de trabajar, esto es «el sacrificio que representa la renuncia a un sueldo de un miembro de la familia, si no se dispone como contrapartida de una compensación económica que deberá producirse, en todo caso, durante el «filtraje social» que se produce en el paso de la EGB al BUP» (106).

Tanto las becas como la Educación Compensatoria son medidas estatales destinadas a remover aquellos obstáculos que impiden que ciudadanos, en situaciones de desigualdad razonable, puedan acceder no sólo a la educación básica, sino también a realizar estudios superiores. Por eso pensamos que la gratuidad de la enseñanza básica se limita sólo a los centros públicos y a aquéllos que cumpliendo los requisitos determinados por la Ley, puedan recibir subvenciones. Pero dentro de estos requisitos legales se han de incluir, a nuestro modo de ver, aquellos que permitan realizar el Estado Social y remover cualquier obstáculo que impida realizarse con dignidad, a aquellos españoles que se encuentran en una clara situación de desigualdad respecto a otros. La planificación estatal educativa debe dar prioridad a este tipo de ayudas que persiguen realizar el derecho a la educación de niños que, sin contar con ellas, normalmente accederán al mercado de trabajo a una temprana edad, y a aquellos otros, que padeciendo alguna clase de minusvalía, tampoco pueden ejercer su derecho a ser educado, en condiciones de igualdad respecto a los demás.

Prioridad, incluso, en el momento de distribuir las ayudas a los centros docentes. Existen partidarios de dirigir las ayudas directamente a los padres, en lugar de a los centros, y, desde el punto de vista de compensar desigualdades y lograr realmente la gratuidad, quizás fuera más efectivo. No se trata de privar de contenido al derecho de los padres a elegir centro docente que está perfectamente reconocido tanto en el Constitución Española como en la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, sino de colocar en el lugar que le corresponde, y así lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al derecho del alumno a una educación gratuita, con preferencia incluso respecto a cualquier otro derecho reconocido por el sistema educativo. Pensamos que la gratuidad generalizada y sin condiciones es un nuevo elemento de desigualdad social sino es proporcionalmente compensado con otras medidas que sustituyan la situación de desventaja o inferioridad en la que se encuentran determinados colectivos españoles. El legislador debe distribuir los fondos públicos favoreciendo, a través de becas y compensaciones, y sobre todo, a través de un sector público eficaz, moderno, sin burocratismo ni rigideces, a aquéllos que realmente necesitan la gratuidad de la enseñanza, si quiere cumplir con los mandatos constitucionales de la Igualdad sustancial y el Estado Social. Aún a costa de la restricción, que no sacrificio, de otros derechos constitucionales. Del Estado Social no se puede derivar un mandato constitucional a los poderes públicos para subvencionar la libertad de enseñanza, como derecho a crear centros o a elegirlos, pero sí se puede por el contrario, derivar una obligación de garantizar la educación gratuita a quien realmente la necesita, potenciando y mejorando los centros públicos y concediendo becas y ayudas a las familias por los métodos que se estimen conveniente.

No ha constituido objeto del presente trabajo el analizar el contenido y los efectos del derecho a la educación como derecho fundamental recogido por nuestra Constitución en el artículo 27, pero sí hemos hecho referencia a su carácter atípico respecto a los tradicionales derechos públicos subjetivos. Sin embargo, y a causa de la evo-

lución de la naturaleza del Estado liberal, también es preciso actualizar la interpretación de los derechos fundamentales consagrados en un texto constitucional junto a la declaración genérica de la naturaleza social del Estado. La teoría de los derechos públicos subjetivos es, hoy día, parcialmente insuficiente para interpretar puntualmente los derechos fundamentales en un Estado Social (107), aunque tampoco es posible abandonar la concepción tradicional sin incurrir en riesgos aún mayores para la dignidad de la persona humana (108).

Pero dentro de ese orden objetivo de valores que representan los derechos fundamentales, el derecho a la educación puede significar el derecho prioritario de los niños a ser escolarizados de forma gratuita y de ser ayudados con todos los medios disponibles por el Estado, porque es el núcleo esencial del artículo 27 y porque a él deben subordinarse los demás derechos recobidos en dicho artículo.

CONCLUSIONES

1. El problema de la libertad de enseñanza en nuestro país está íntimamente relacionado con la historia política y religiosa de nuestro siglo XIX, hasta tal punto que nos lleva a afirmar que la configuración jurídica de este concepto no puede interpretarse aislada de la propia evolución del Estado Liberal español. En este sentido, la libertad de enseñanza, reducida al derecho a establecer centros docentes, es, a nuestro juicio, el último espacio de poder temporal ejercido por la Iglesia Católica. O, en otras palabras, la libertad de enseñanza se configura como un *poder residuario de carácter temporal*, que la Iglesia se niega a perder en la sociedad.

2. La historia de la educación en nuestro país, y de la libertad de enseñanza en particular, es la historia de la construcción del Estado Liberal español, junto al proceso general de racionalización y secularización de la vida social y del Estado.

3. El enfrentamiento entre la escuela privada y el monopolio educativo del Estado tiene su origen, precisamente, en la obstaculización constante que los titulares de la enseñanza privada, las Ordenes y Congregaciones religiosas, han realizado tanto para la consolidación del Estado liberal español como para conseguir una transformación y una democratización profundas de la organización de la enseñanza en nuestro país.

4. La libertad de enseñanza como concepto jurídico y como libertad pública tiene un marcado origen progresista y un contenido específico como libertad del pensamiento a través de la enseñanza.

5. La diferenciación entre la libertad de cátedra, interpretada como libertad del profesor frente a intromisiones externas y la libertad de enseñanza, como derecho a crear centros docentes distintos a los estatales, es un proceso que tiene lugar en dos momentos diferentes, pero íntimamente relacionados:

1) cuando desde los poderes públicos se procede a la violación e intromisión de la libertad de enseñanza de los profesores titulares de las cátedras; y

2) cuando en el seno de la enseñanza privada empiezan a desarrollarse proyectos educativos inspirados en la libertad de pensamiento, y en la consiguiente expresión de los mismos a través de la enseñanza.

6. La Constitución Española de 1978 consagra dos principios fundamentales que rigen el sistema educativo: la libertad de enseñanza,

concebida como una garantía institucional al servicio del pluralismo y la ausencia de cualquier tipo de monopolio en la enseñanza, y el principio de la plena escolarización de todos los niños que estén en la edad de acudir a la escuela según establezca la ley.

Dentro de la libertad de enseñanza, como garantía institucional, tienen cabida tanto los proyectos educativos de carácter público como los privados, debiendo estar inspirados los primeros en el principio de la neutralidad y quedando garantizados los segundos, tanto con el reconocimiento constitucional del derecho de las personas físicas y jurídicas a fundar centros docentes (artículo 27.6), como por la consagración del derecho a escoger centro docente reconocida en el artículo 4.º b) de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación de 3 de julio de 1985, y el desarrollo por esta ley del derecho de las personas físicas o jurídicas a crear y dirigir centros docentes a través de su artículo 21.1.

Del principio de la plena escolarización consagrado en el primer inciso del artículo 27.1 (derecho de todos a la educación), se deriva un mandato dirigido al legislador ordinario, con un contenido de carácter positivo que se extiende a los siguientes extremos: 1) obligación constitucional de realizar una programación democrática de la enseñanza dirigida a conciliar, en la medida en que ello pueda ser posible, el derecho de los padres a elegir un centro docente, y *el acceso, en condiciones absolutas de gratuidad a todos los puestos escolares de carácter público de todos los niños que lo soliciten*. 2) En el artículo 27 de la Constitución existe una rotunda primacía del derecho de todos los niños a la educación respecto al resto de los derechos y libertades garantizados por nuestro ordenamiento educativo. Ello significa, esencialmente, que el legislador ordinario está vinculado en su política educativa por el mandato constitucional dirigido a proporcionar a todos los niños españoles el acceso a los puestos escolares existentes y, en su caso, a crearlos, si fuera necesario, o a suplir su falta con la oferta privada, siempre dentro de los requisitos constitucionales exigidos.

7. El artículo 27 de la Constitución es un claro ejemplo del problema de los límites de los derechos fundamentales y de las posibles colisiones que se pueden producir entre derechos y libertades del mismo rango constitucional. La armonización de estos derechos constitucionales debe lograrse, a nuestro juicio, atendiendo a los siguientes criterios: 1) aplicación del derecho —o derechos— que permita la realización del mayor número de otros derechos; 2) exigencia a los sujetos titulares de derecho de una conducta conforme a derecho; 3) interpretación de los derechos constitucionales educativos conforme a los principios de la libertad de enseñanza y la plena escolarización .

8. El derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos está reconocido a nivel constitucional, en virtud de la garantía de la libertad de enseñanza, por el artículo 26.3 de la Declaración universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, y por el artículo 4.b), ya mencionado, de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación. Pero este reconocimiento de

carácter legal y constitucional no implica la obligación de los poderes públicos de subvencionar los centros privados de enseñanza. Por el contrario, su contenido esencial se circunscribe a la *no interferencia de los poderes públicos en ese derecho educativo paterno a elegir centro docente distinto a los centros estatales*.

9. En el mismo sentido, el artículo 27.3 de la Constitución consagra un derecho educativo paterno a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral según sus convicciones, pero de su enunciado no se deriva una obligación por parte de los poderes públicos de subvencionar todas y cada una de las preferencias individuales de los padres. Este derecho es una proyección de la libertad religiosa garantizada por la Constitución en su artículo 16, que afecta, principalmente a los padres. En nuestra opinión, el contenido esencial del artículo 27.3 es de nuevo, la obligación de los poderes públicos de no inmiscuirse, ni condicionar las preferencias religiosas de los padres.

En ambos casos, el derecho a elegir el tipo de educación deseada y la recepción de una enseñanza conforme a las convicciones morales y religiosas de los padres, se trata de derechos educativos paternos, cuyo titulares son los padres, en virtud de la patria potestad reconocida por el Código Civil, y no del derecho a la educación del alumno, situado en nuestro sistema educativo en una posición de superioridad respecto al resto de los derechos y libertades fundamentales.

10. El ordenamiento educativo constitucional prevé, respecto de aquellos centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7) *un procedimiento jurídico de carácter legal* para articular la voluntad de la comunidad escolar —profesores, padres, y, en su caso alumnos— y la voluntad del titular de los centros privados, de tal forma que, a través de dicho procedimiento se respete tanto el contenido esencial del derecho del titular a crear y dirigir centros docentes —interpretado por el Tribunal Constitucional como el derecho a asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión educativa—, como el derecho de la comunidad escolar a participar decisivamente en la gestión de estos centros.

11. El artículo 27.9 de la Constitución *no consagra las ayudas indiscriminadas a los centros privados de enseñanza, no se constitucionalizan las subvenciones a los centros no estatales*. La Constitución remite al legislador ordinario las condiciones y los requisitos que habrán de cumplir estos centros para poder acogerse a tales ayudas con fondos públicos. Entre estos requisitos *si se constitucionaliza la exigencia de la gratuidad de la enseñanza que se imparta en los mismos*. Resumiendo, los centros privados de enseñanza deberán cumplir dos requisitos fundamentales, la gratuidad de la enseñanza y destinar los fondos públicos al ejercicio del *Derecho a la Educación del alumno, no a otros derechos de carácter educativo como el derecho paterno*.

12. De los principios constitucionales sobre la igualdad se derivan las siguientes consecuencias respecto a nuestro sistema educativo:

1) El legislador ordinario puede, en virtud del artículo 14 de la Constitución, realizar «diferenciaciones normativas» que permitan un tratamiento desigual de lo desigual, tanto en el acceso a los puestos escolares, como en todos los tipos de ayudas que se puedan conceder a través de becas, subvenciones, o ayudas especializadas.

2) Una interpretación conjunta de los artículos 1.1 y 9.2 obliga a los poderes públicos a fortalecer el sistema educativo de carácter público y a condicionar las ayudas a los centros privados a los requisitos constitucionales ya mencionados, la gratuidad absoluta de la enseñanza obligatoria y la plena escolarización de todos los niños españoles.

3) En virtud de las citadas cláusulas, el legislador ordinario debe prioritariamente atender a aquellas zonas, grupos o individuos que se encuentren en peores condiciones, en cuanto a calidad de enseñanza y toda clase de equipamientos y servicios pedagógicos. La política educativa deberá tender hacia una compensación de los sectores más desfavorecidos. Sin embargo, no existe en nuestra Constitución ningún tipo de sanción jurídica que pueda obligar al legislador a adoptar estas medidas que son de un marcado carácter político.

4) En caso de conflicto entre derechos educativos de carácter social, el principio del Ajuste Social implicaría, a nuestro modo de ver, una preeminencia absoluta de aquellos derechos que satisfagan el contenido esencial del derecho a la educación del alumno. Del mismo modo, y en caso de insuficiencia de recursos públicos, la gratuidad de la enseñanza básica debe beneficiar prioritariamente a aquéllos que carezcan de medios suficientes para costear la educación.

13. El derecho a crear centros docentes es una de las manifestaciones del principio de la libertad de enseñanza, que se encuentra expresamente garantizado en el artículo 27.6 de la Constitución y en el apartado primero de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación. Su contenido esencial reside, a nuestro juicio, en el derecho de las personas físicas y jurídicas a fundar establecimientos de enseñanza distintos a los centros del Estado. Este derecho queda salvaguardado con la *no interferencia y el respeto de los poderes públicos al desarrollo y ejercicio del mismo por los particulares. Pero no se puede incluir dentro de su contenido esencial la obligación de los poderes públicos de ayudar a estas iniciativas surgidas de la esfera privada.*

BIBLIOGRAFIA

- C. de Cabo Martín, La crisis del Estado Social. P.P.U. Barcelona, 1986.
- Rafael Díaz Salazar, Iglesia, Dictadura y Democracia. Ediciones HOAC. Madrid, 1981.
- L. Parejo Alfonso, Garantía institucional y autonomías locales. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1981.
- R. García Cotarelo, Del Estado del bienestar al Estado del malestar. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986.
- M. de Puelles, Política y Administración educativas. UNED. Madrid, 1987.
- R. del Aguila y R. Montoro, El discurso político de la transición española. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 1984.
- Carlos Ollero, Derecho y Teoría Política en el proceso constituyente español. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986.
- L. Morlino, Cómo cambian los regímenes políticos. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985.
- F. Laporta, «El principio de igualdad: introducción a su análisis», SISTEMA n.º 67, 1985.
- Actas de la Ponencia Constitucional (1 de agosto de 1977 a 10 de abril de 1978), Revista de las Cortes Generales n.º 2 (Segundo Cuatrimestre), 1984.
- J. M. Maravall, La política de la transición, 1975-1980. Taurus. Madrid, 1981.
- Víctor M. Arbeloa y otros, La izquierda y la Constitución. Barcelona. Taula de Canvi, 1978.
- R. Morodo, La transición política. Tecnos. Madrid, 1984.
- G. Peces Barba, Teoría de los derechos fundamentales. Guadiana, 1976.
- M. Darana, Las Constituciones Europeas, Vol. II, Ed. Nacional, Madrid, 1979.
- L. Aguiar de Luque, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», Revista de Derecho Político n.º 10, 1981.
- L. Aguiar de Luque, «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales, la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional Español», Revista de Derecho Político n.º 18-19, 1983.
- L. Aguiar de Luque, «Relación de Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas de enero a mayo de 1983», Revista Española de Derecho Constitucional n.º 9, 1983.

- Carlos Alba Tercedor, «La educación en la Segunda República: un intento de socialización política», Estudios sobre la Segunda República Española. Selección y presentación M. Ramírez. Tecnos. Madrid, 1975.
- J. A. Alonso de Antonio: «El derecho a la libertad religiosa», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid n.º 2 (monográfico) Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978-1979.
- E. Alonso García, La interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984.
- I. Alonso Hinojal, Educación y Sociedad: las sociologías en la educación. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 1980.
- Antonio Alvarez de Morales, «Los precedentes del Ministerio de Educación». Revista de Educación n.º 240, 1975.
- Antonio Alvarez de Morales, «Los precedentes de la ley Moyano» Revista de Educación n.º 240, 1975.
- Oscar Alzaga, La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático). Ediciones del Foro. Madrid, 1978.
- Miguel Angel Aparicio «El régimen político y la Constitución Española de 1978». Estudio incluido en la obra de M. Duverger. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Ariel, 1980.
- J. Barnes Vázquez, «La educación en la Constitución de 1978: una reflexión conciliadora», Revista Española de Derecho Constitucional n.º 12, 1984.
- S. Basile, «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría. Cívitas, 1980.
- P. Biscaretti, Derecho Constitucional. Prólogo de P. Lucas Verdú. Tecnos. Madrid, 1973.
- N. Bobbio, «¿Hay derechos fundamentales?», en la obra colectiva Crisis de la democracia. Ariel, 1985.
- Gerald Brenan, El laberinto español. Ed. Ruedo Ibérico. Barcelona, 1977.
- C. de Cabo Martín, «Estado de Derecho y Capitalismo dominante. Aspectos significativos del planteamiento constitucional español». Revista de Estudios Políticos n.º 9 (Nueva Epoca), 1979.
- G. Gámara Villar, Nacional-Catolicismo y escuela. La socialización política del franquismo. Hesperia, 1984.
- R. Carr, España. 1808-1939. Ariel, 1970.
- A. Carrasco Perera. «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional». Revista Española de Derecho Constitucional n.º 11, 1984.
- J. L. Carro, «Libertad científica y organización universitaria». Revista española de Derecho Administrativo n.º 13, 1977.
- J. L. Carro, Polémica y reforma universitaria en Alemania. Libertad científica, cogestión y numerus clausus. Cívitas. Madrid, 1976.

- J. L. Carro, «Libertad de enseñanza y escuela privada», *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 33, 1982.
- F. Castedo, «La Constitución como fuente de derechos», en la *Constitución Española y las fuentes del Derecho*. Instituto de Estudios Fiscales. Vol. I. Madrid, 1979.
- Compendio de legislación escolar. Ed. Escuela Española, 1982.
- Constitución, Economía y Regiones (Ciclos de conferencias pronunciadas en el Club «Siglo XXI» durante el curso 1977-78). Editorial Ibérico Europea de Ediciones. 2 vol. Madrid, 1978.
- Constitución Española. Trabajos Parlamentarios. Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales. Edición preparada por F. Sáinz Moreno. 4 Vol. Madrid, 1980.
- Datos y cifras de la enseñanza en España, 1980. Ministerio de Educación y Ciencia. Secretaría General Técnica. Madrid, 1981.
- Datos y cifras de la enseñanza en España, 1982. Ministerio de Educación y Ciencia. Secretaría General Técnica. Madrid, 1983.
- Elías Díaz. «El Estado Democrático de Derecho en la Constitución Española». *Sistema* n.º 41, 1981.
- T. Díaz González: *El derecho a la educación*. Eunsa. Pamplona, 1973.
- L. Díez Picazo: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho* Ariel, 1975.
- Educación en libertad*, Publicaciones de Alianza Popular. Comisión de enseñanza. Madrid, 1983.
- Educación y Constitución*. Preparación y Selección de textos Juan Damián Traverso. Servicio de publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia. 2 Vol. Madrid, 1978.
- L. Elía, E. Volterra y A. La Pérgola. «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Italia». *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 7, 1983.
- A. Embid Irujo: *Las libertades en la enseñanza*. Tecnos, 1983.
- A. Embid Irujo, «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 31, 1981.
- A. Embid Irujo, «Derecho a la educación y derecho educativo paterno. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982». *Revista española de Derecho Constitucional* n.º 7, 1983.
- A. Embid Irujo, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre enseñanza». *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 15, 1985.
- A. Embid Irujo, «El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado». *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 25, 1980.
- Jorge de Esteban, *Constituciones españolas y extranjeras*. Taurus (2.º Ed.), 1979.
- Jorge de Esteban y Luis López Guerra, *El régimen constitucional español*. 2 Vol. Ed. Labor, 1978.

Hans Joachim Faller, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la R. F. de Alemania». *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 7, 1983.

L. Favoreu y Löic Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. Sirey. París, 1984.

Federación Católica de Asociación de Padres de Familia y Padres de Alumnos. *Libertad de enseñanza para todos*. Madrid, 1977.

A. Fernández-Miranda y Campoamor, «Enseñanza. Artículo 27». *Comentarios a las Leyes Políticas dirigidas por Oscar Alzaga*. Vol. III Ederesa, 1983.

Ernst Forsthooff, *El Estado de la sociedad industrial*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1975.

M. Fraga Iribarne, «la Constitución de 1978 a vista de ponente». *Documentación Administrativa* n.º 180. Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, 1978.

Javier Gálvez, «Comentario al artículo 20», en *Comentarios a la Constitución dirigidos por F. Garrido Falla*. Civitas, 1985.

E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid, 1981.

E. García de Enterría, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español». *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 1. 1981.

M. A. García Herrera, «La tutela de las libertades públicas en la Constitución». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* n.º 2 (monográfico) sobre los Derechos Humanos y la Constitución de 1978.

M. García Pelayo, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en M. Ramírez (Ed.). *Estudios sobre la Constitución de 1978*. Zaragoza, 1978.

M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza. Madrid, 1980.

M. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*. Alianza. Madrid, 1984.

A. García Sánchez, *La Segunda República en Málaga: la cuestión religiosa. 1931-1932*. Ayuntamiento de Córdoba, 1984.

Angel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*. Tecnos. Madrid, 1984.

Gil Cremades: «Consenso de ideologías o consenso de intereses». *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. M. Ramírez (ed.) Zaragoza, 1979.

R. Gómez-Ferrer, «El régimen general de los centros privados de enseñanza». *Revista de Administración Pública* n.º 70, 1973.

Germán Gómez Orfanel, *Comentario bibliográfico a la obra de A. Embid Irujo «Las libertades de la enseñanza»*. *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 7, 1983.

- Germán Gómez Orfanel, «Panorama de las tendencias educativas en el siglo XX. Revista de Educación n.º 242. 1975.
- E. Gómez Reino y Carnota, «El regimen de las libertades públicas en la Constitución española». Lecturas sobre la Constitución española de 1978, coordinada por Tomás R. Fernández. Facultad de Derecho. UNED, 1978.
- J. González Anleo, El sistema educativo español, en España: presente para el futuro. Estudio dirigido por J. Linz. 2 Vol. Instituto de Estudios Económicos, 1984.
- J. A. González Casanova, Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Ed. Vicens-Vives, 1984.
- R. González-Tablas y Sastre, El derecho a la educación como derecho fundamental en la Constitución española de 1978. Sevilla, 1980.
- Historia de la Educación. Introducción de M. de Puelles Benítez. Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia. 3 Vol. Madrid, 1979.
- J. Jiménez Blanco, «La calidad de la enseñanza en España», en La Educación en España. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos. Madrid, 1973.
- J. Jiménez Campo, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador». Revista Española de Derecho Constitucional n.º 9, 1983.
- A. Jiménez-Landi, La Institución Libre de Enseñanza. Taurus, Madrid, 1973.
- Walter Kämpfer, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Suiza». Revista Española de Derecho Constitucional n.º 7, 1983.
- Walter Kämpfer, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación. Informe General». Revista Española de Derecho Constitucional n.º 7, 1983.
- F. Laporta: «Constitución y Estatuto de Centros Escolares». Sistema n.º 40, 1981.
- Legislación sobre Enseñanza. Selección y preparación de textos de A. Embid Irujo. Tecnos, 1985.
- Carlos Lerena, Escuela, ideología y clases sociales en España. Ariel. Madrid, 1976.
- Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares. Trabajos Parlamentarios. Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales. Madrid, 1981.
- E. Linde, L. I. Ortega y M. Sánchez Morón, El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos, prólogo de E. García de Enterría. Civitas, 1979.
- Los Derechos Humanos. Estudio Preliminar de A. Truyol y Serra. Tecnos, 1979.
- K. Loewenstein, Teoría de la Constitución. Ariel, 1976.
- L. López Guerra, «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de educación». Revista Española de Derecho Constitucional n.º 7, 1983.

- J. López Medel, Un proceso educativo. El artículo 27 de la Constitución y sus circunstancias. ICCE. Madrid, 1980.
- P. Lucas Verdú, «Estado Social y Democrático de Derecho». Comentarios a las Leyes Políticas dirigidos por O. Alzaga. Edersa, 1983.
- P. Lucas Verdú, Curso de Derecho Político. Vol. II. Tecnos, Madrid, 1983.
- P. Lucas Verdú, Curso de Derecho Político. Vol. III. Tecnos, Madrid, 1976.
- J. M. Maravall, La reforma de la enseñanza. Laia, 1984.
- G. Marshall, Teoría Constitucional. Espasa-Calpe. Madrid, 1982.
- Isidoro Martín Martínez, «La enseñanza superior católica ante la Constitución», en El hecho religioso en la Constitución de 1978. Colegio de Abogados de Murcia. Salamanca, 1980.
- L. Martín Retortillo, Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado). Akal. Madrid, 1984.
- L. Martín Retortillo, El 23 F. Sus secuelas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Civitas, 1985.
- M. Martínez Sospedra, Aproximación al Derecho Constitucional español. Fernando Torres (editor). Valencia, 1980.
- Massimo Morisi, «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y Economía en una Constitución de «la crisis», en la Constitución de 1978. Estudio sistemático dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría. Civitas, 1981.
- A. De Miguel y J. L. Romero, El capital humano. Ideas para una planificación social de la enseñanza en España. Confederación española de Cajas de Ahorros. Madrid, 1969.
- A. Molero Pintado, «La Institución Libre de Enseñanza y sus relaciones con la política educativa de la Segunda República Española», Revista de Educación n.º 243, 1975.
- J. Monti, la libertad de enseñanza. Ed. Voluntad. Madrid, 1930.
- F. Murillo Ferrol, «La distribución de la riqueza». En Constitución y Economía. Edersa, 1977.
- F. Murillo Ferrol, «La crisis del Estado», en la obra dirigida por J. Linz, España: un presente para el futuro. Vol. II. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1984.
- J. Nicolás Muñiz, «Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución Española». Revista Española de Derecho Constitucional n.º 7. 1983.
- J. Ortiz Díaz, La libertad de enseñanza. Universidad de Málaga. Málaga, 1980.
- Ignacio de Otto Pardo, Defensa de la Constitución y partidos políticos. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985.
- Luciano Parejo Alfonso, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981». Revista Española de Derecho Constitucional n.º 3, 1981.

- J. F. Pastora Herrero, Partidos Políticos y educación. Ed. Miñón, 1978.
- G. Peces Barba, «Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución». Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid n.º 2 (monográfico) sobre Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978.
- G. Peces Barba Martínez, La Constitución española de 1978. Un Estudio de Derecho y Política. Fernando Torres (Ed.). Valencia, 1984.
- A. E. Pérez Luño, «La interpretación de la Constitución». Revista de las Cortes Generales n.º 1, 1984.
- A. E. Pérez Luño, Los derechos fundamentales. Tecnos, 1984.
- A. E. Pérez Luño, Estado de Derecho, Derechos Humanos y Constitución. Tecnos. Madrid, 1984.
- A. E. Pérez Luño, «Los derechos fundamentales de la Constitución de Cádiz de 1812». Anuario de Derechos Humanos n.º 2. Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- Javier Pérez Royo, «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social», Revista Española de Derecho Constitucional n.º 10, 1984.
- A. Pizzorusso. Lecciones de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Vol. I. Madrid, 1984.
- A. Predieri, «Régimen económico y social en la Constitución italiana». Constitución y Economía. Edersa, 1977.
- A. Predieri. «El sistema de las fuentes del Derecho», en la Constitución española de 1978. Un estudio sistemático dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría. Civitas, 1981.
- J. Prieto de Pedro, «Consideraciones sobre la enseñanza». En Lecturas sobre la Constitución Española, coordinada por T. Ramón Fernández Rodríguez. Facultad de Derecho. Uned. 1978.
- Luis Prieto Sanchís, Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. 2 Vol. Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- Luis Prieto Sanchís, «Relaciones Iglesia-Estado y Constitución». Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría. Civitas. Madrid, 1981.
- M. de Puelles Benítez. Educación e ideología en la España contemporánea. Labor, 1980.
- T. Quadra Salcedo, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Civitas. Madrid, 1981.
- D. Quintana de Uña, «Política educativa de España entre 1850 y 1939». Revista de Educación n.º 240, 1975.
- Jean Rivero, Les libertés publiques. Presses Universitaires de France. 2 Vol. París, 1981.
- A. Rouco Varela, «El derecho fundamental a la enseñanza religiosa y su reordenación en la Constitución». Constitución y relaciones Iglesia-Estado. Biblioteca Salmanticensis. Salamanca, 1978.

- F. Rubio Llorente, «La Constitución como fuente del Derecho» en *La Constitución y las fuentes del Derecho*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1979.
- F. Rubio Llorente, «Constitución y Educación», en *Constitución y Economía*. Edersa, 1977.
- J. Ruiz Berrio, «El significado de la escuela única y sus manifestaciones históricas». *Revista de Educación* n.º 243, 1975.
- J. I. Ruiz Olabuenaga, M. Marroquín y G. Laibarra, *Enseñanza, elecciones políticas y futuro educativo*. Narcea, Madrid, 1977.
- J. J. Ruiz-Rico, *El papel político de la Iglesia Católica en la España de Franco (1936-1971)*. Madrid. Tecnos, 1977.
- J. J. Ruiz-Rico, J. Cazorla y M. Bonachela, *Derechos, Instituciones y Poderes en la Constitución de 1978*. Universidad de Granada. Granada, 1983.
- L. Sánchez Agesta, *Principios de teoría política*. Editora Nacional. Madrid, 1979.
- L. Sánchez Agesta, *El sistema político de la Constitución de 1978*. Editora Nacional. Madrid, 1980.
- J. J. Sánchez de Horcajo, *La gestión participativa en la enseñanza*. Narcea. Madrid, 1979.
- J. J. Sánchez de Horcajo, *La cultura: reproducción o cambio. El análisis sociológico de P. Bourdieu*. Madrid, Centro de Investigaciones sociológicas, 1979.
- Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*. Alianza. Madrid, 1982.
- Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*. Prólogo de P. de Vega. Tecnos. Madrid, 1983.
- J. Solé Tura, «La Constitución de 1978 desde el punto de vista comunista». *Documentación Administrativa* n.º 180. Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno. Madrid, 1978.
- J. Solé Tura y M. A. Aparicio, *Las Cortes Generales*. Tecnos, Madrid, 1984.
- J. Solé Tura y Eliseo Aja, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*. Siglo XIX. Madrid, 1983.
- Karl Spielbüchler, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Austria». *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 7, 1983.
- E. Tierno Galván, *Leyes Políticas Españolas Fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1984.
- A. Torres del Moral y M. L. Villarrubia, «La constitucionalización de los derechos del minusválido». *Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* n.º 2 (monográfico), 1979.
- M. Tuñón de Lara, «La Segunda República», en la colección dirigida por M. T. de Lara, *Historia de España*. V. IX Labor, 1982.
- Yvonne Turín, *La educación y la escuela en España de 1874 a 1902*. Aguilar. Madrid, 1967.

M. Useros, Problemas de la enseñanza y Constitución. Marsiega. Madrid, 1978.

Jacques Velú, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Bélgica». Revista Española de Derecho Constitucional n.º 7, 1983.

J. L. Villar Ezcurra, «El derecho a la educación como servicio público». Revista de Administración Pública n.º 88. Madrid.

M. Elías Yanes, Enseñanza religiosa y libertad de enseñanza en el marco de la actual democracia española (conferencia pronunciada en el club siglo XXI). Fundación Santa María. Madrid, 1983.

M. Elías Yanes, «La enseñanza en la Constitución. Reflexiones en torno al artículo 27». El hecho religioso de la nueva Constitución Española. Colegio de Abogados de Murcia. Salamanca, 1970.

Marcelino Zapico, Iglesia y Estado ante el problema de la enseñanza. OPE. Madrid, 1964.

J. M. Zumaquero, los derechos educativos en la Constitución española de 1978. Eunsa. Pamplona, 1984.

1. En este sentido lo señala el artículo 3.1 del Código Civil. En relación con el carácter materialmente constitucional de este precepto, véase el capítulo 3.º del libro de M. Alonso García, La interpretación de la Constitución. CEC. 1984.
2. En las Leyes Fundamentales franquistas se hacía referencia al derecho a la educación. En Constituciones anteriores se habla o de la libertad de cátedra (artículo 48 de la Constitución de 1931), o bien del derecho a fundar centros de enseñanza (Constituciones de 1869 y 1876). En todo caso, las peculiares características del sistema político del que proceden las Leyes Fundamentales nos llevan a definirla como una Constitución semántica. Consultar la obra de K. Loewenstein, Teoría de la Constitución. Ariel, 1976, págs. 218-222.
3. No es una tarea fácil ofrecer un concepto de educación que pueda ser aceptado simultáneamente por las diferentes ideologías. De una forma esquemática, la educación puede ser definida como el conjunto de procesos que forman a los hombres, preparándolos para ejercer su papel en la sociedad. La educación se distingue, así, de la enseñanza que consiste, esencialmente, en la transmisión de conocimientos. El objeto de la educación no sería únicamente el desarrollo integral del individuo, sino su formación física, moral y estética. Esta diferenciación ha sido también asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 26 de febrero de 1982 sobre la existencia de castigos corporales en la escuela, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional n.º 36, 1984, pág. 673. Consúltese también la opinión de Jesús Prieto de Pedro en «Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución», dentro de la obra Lecturas sobre la Constitución Española, Vol. II. Facultad de Derecho. UNED, págs. 509-515.
4. Se trata del Título IX, artículos 366 a 371. Véase en las Leyes Políticas Fundamentales recopiladas por E. Tierno Galván. Tecnos, 1984.
5. Los diferentes contenidos de la libertad de enseñanza se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las dos sentencias dictadas en relación con las leyes que desarrollan la Constitución en esta materia, la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares y la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación. En nuestro país, la mayor parte de la doctrina se inclina por una concepción, a nuestro modo de ver, excesivamente amplia del concepto de libertad de enseñanza. Ver, entre otros, Oscar Alzaga, Comentarios a la Constitución Española de 1978. Ediciones del Foro, 1978, y J. Ortiz Díaz, La libertad de enseñanza. Universidad de Málaga, 1980.
6. Antonio Embid Irujo, Las libertades en la enseñanza. Tecnos, 1983.
7. Nos referimos al tema del consenso constitucional, del que hablaremos en su momento.
8. La diversidad de contenidos atribuidos tanto a la libertad de enseñanza como al derecho a la educación es uno de los grandes problemas jurídico-constitucionales actualmente planteados.
9. Antonio Embid Irujo, «El contenido del derecho a la educación», en Revista Española de Derecho Administrativo n.º 31, 1981.
10. Sentencia de 13 de febrero de 1981 sobre el Estatuto de Centros Escolares y sentencia 77/1985, de 27 de junio sobre la Ley Orgánica reguladora del derecho a la educación. En Boletín de Jurisprudencia Constitucional n.º 1 (mayo de 1981) y n.º 51 (julio de 1985), respectivamente.
11. Es muy significativo cómo la mayor parte de este sector doctrinal defiende planteamientos educativos que coinciden básicamente con los principales postulados del pensamiento católico. Cfr. la obra de J. Ortiz Díaz ya mencionada y la publicación de Monseñor Elías Yanes, Enseñanza religiosa y libertad de enseñanza. Ed. Fundación Santa María, Madrid, 1983.
12. Jorge de Esteban, Constituciones españolas y extranjeras. Vol. I. Taurus, pág. 229. Con anterioridad, el Decreto de 14 de octubre de 1868 también regulaba la libertad de enseñanza. Los textos legales anteriores diferenciaban entre enseñanza pública y enseñanza privada, pero sin incidir en la principal aportación de la revolución de 1868: la libertad del pensamiento. Véase una selección de textos legales realizada por M. de Puelles Benítez en Historia de la educación en España. Ministerio de Educación, Vol. II, Madrid, 1979. Consúltese también la obra del mismo autor, Política y Administración educativas. UNED, Madrid, 1987.
13. Es muy importante considerar su origen progresista ante la utilización y casi apropiación del concepto por parte del pensamiento conservador español.
14. Jorge de Esteban, ob. cit., pág. 229.
15. Así la denomina también Tania Díaz González, en El derecho a la educación. Eunsa, Navarra, 1973, pág. 95.

16. La precisión nos parece especialmente importante debido a la actual polémica entre el monopolio educativo del Estado y la libertad de enseñanza.
17. Yvonne Turín, *La educación y la escuela en España de 1874 a 1902*. Ed. Aguilar, Madrid, 1967.
18. Yvonne Turín, *ob. cit.*, págs. 117-121. Consultar también la obra de Fray Marcelino Zapico, *Iglesia y Estado ante el problema de la enseñanza*. Ope, Madrid, 1964, pág. 128, y el trabajo de José Monti, *La libertad de enseñanza*, Ed. Voluntad, 1930, sobre todo pág. 47.
19. Ya en 1812 se habla de libertad de expresión dentro del Título reservado a la instrucción pública, y aparecieron los primeros brotes de anticlericalismo durante los debates constitucionales, pero será en 1868 cuando se plantee abiertamente la ruptura entre enseñanza y religión. Cfr. Ramón Solís, *El Cádiz de las Cortes*, Alianza, 1969. También A. E. Pérez Luño, «Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812», en *Anuario de Derechos Humanos* n.º 2, Madrid, 1983.
20. En contraste con esta corriente de pensamiento, José Monti, *ob. cit.*, pág. 47.
21. Esta es la opinión mantenida por Yvonne Turín, *ob. cit.*, pág. 34.
22. El conflicto religioso-educativo se produce también en Europa, planteándose en Bélgica, en 1879, la primera guerra escolar con la promulgación por los liberales de una ley que obligaba a los municipios a crear una escuela neutral y prohibía el reconocimiento de las escuelas libres como escuelas municipales, así como la enseñanza de la religión. De 1951 a 1958 se produciría la segunda guerra escolar. En Jacques Velú, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Bélgica», en *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 7, 1983, pág. 199.
23. Aunque, según Fray Marcelino Zapico, cuando el Estado ha firmado con ella un Concordato en el que se regulan las cuestiones mixtas con criterios más o menos fieles a los establecidos en el Derecho Canónico, puede hablarse también de Estado confesional. En *Iglesia y Estado...* pág. 127.
24. La redacción del artículo 16.3 de la Constitución vigente es un buen ejemplo de ello.
25. Véase el problema del consenso constitucional en el capítulo siguiente.
26. Como acertadamente señala Y. Turín, cuando la Iglesia se encuentra con un Estado que carece de religión oficial, entonces defiende enérgicamente la libertad de la ciencia y la creación de centros libres para divulgar su doctrina. Por el contrario, cuando cohabita con un Estado que tiene religión oficial, su primer deseo es apoderarse de la enseñanza oficial. Véase en su obra ya citada en la página 199.
27. Manuel de Puelles, *Educación e ideología en la España contemporánea*. Labor, Barcelona, 1980, pág. 312.
28. Quizás, como señala M. de Puelles, podríamos remontarnos incluso hasta el siglo XVIII para buscar el origen de la identificación entre religión y enseñanza, o bien, podríamos haber centrado el problema en 1812 como punto de partida del constitucionalismo español. Pero, sin embargo, pensamos que en los comienzos de nuestra historia constitucional no se plantea de forma tan manifiesta esta identificación entre enseñanza y religión, sobre todo si nos detenemos un momento en una lectura pausada del artículo 12 del texto constitucional: «la religión de la Nación española es y será perpetuamente la Católica, Apostólica y Romana, única verdadera. La Nación la protege con leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra», en la obra recopilada por E. Tierno Galván, *Leyes Políticas Españolas Fundamentales*.
29. Yvonne Turín, *ob. cit.*, pág. 143.
30. Aunque el Plan Pidal de 1845 es considerado como uno de los primeros intentos de secularización de la enseñanza en nuestro país por la competencia que, en materia educativa, se le atribuye al Estado, tanto este Plan como la Ley Moyano de 1857, considerados como el esqueleto del sistema educativo español —hasta la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970—, son instrumentos jurídicos de carácter conservador en los que la Iglesia Católica sigue desempeñando un papel hegemónico y excluyente, reforzado por el Concordato de 1851. Véase M. de Puelles, *Política y Administración educativas*, *ob. cit.*, pág. 264.
31. M. de Puelles, *Educación e ideología en la España contemporánea*, *ob. cit.*, pág. 48.
32. Yvonne Turín, *ob. cit.*, pág. 97.
33. Una de las finalidades básicas del Decreto de 21 de octubre de 1868 era la supresión paulatina de la enseñanza pública, permitiendo ejercer esta actividad a los particulares, en M. de Puelles, *Historia de la educación en España*, *ob. cit.*, pág. 331.
34. La contraposición entre estos dos conceptos así como las equívocas y ambigüas conclusiones que se derivan de los mismos, no contribuyen a la seguridad jurídica ni a la garantía de los derechos fundamentales. Ver los diferentes programas de los partidos políticos en VV.AA., *Enseñanza, elecciones políticas y futuro educativo*. Narcea, 1977; o bien, la conferencia pronunciada por Mons. Elías Yanes en el Club Siglo XXI, *Enseñanza religiosa y libertad de enseñanza en el marco de la actual democracia española*. Fundación Santa María, 1983.

35. Véase el Plan del Duque de Rivas, en 1836, justificando el abandono de la gratuidad universal y reduciéndolo —al menos en teoría— a la enseñanza primaria. En M. de Puelles, *Historia de la educación*, ob. cit., págs. 419-421.
36. En 1875 España cuenta con 12 millones de analfabetos entre 18 millones de habitantes, cifras proporcionadas por Y. Turín, ob. cit. pág. 34.
37. *Idem*, pág. 94.
38. *Idem*, pág. 143.
39. La sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 sobre la LOECE interpreta la libertad de enseñanza como proyección de la libertad religiosa, precisamente por la inseparable relación que, históricamente, ha existido entre ambas. En *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 1. En nuestra opinión, la libertad de enseñanza es una proyección de la libertad de pensamiento.
40. Fray Marcelino Zapico, ob. cit., pág. 179.
41. *Idem*, págs. 125-129.
42. *Idem*, págs. 125-129.
43. Véase en Diego Quintana de Uña, «Política educativa de España entre 1850 y 1939», *Revista de Educación* n.º 240, 1975, pág. 31.
44. Fray Marcelino Zapico, ob. cit., págs. 125-129.
45. M. de Puelles, *Educación e ideología...* ob. cit., pág. 209.
46. *Idem*, pág. 171.
47. Rafael Gómez-Ferrer, «El régimen general de los centros privados de enseñanza», *Revista de Administración Pública* n.º 70, 1973, pág. 9.
48. Cfr. Rafael Gómez-Ferrer, ob. cit., pág. 9.
49. Luis Sánchez Agesta, *Principios de Teoría Política*. Editora Nacional, Madrid, 1979, págs. 321-323.
50. La consideración de la educación como un derecho la remonta Antonio E. Pérez Luño a la Constitución de 1812, en «Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812», *Anuario de Derechos Humanos* n.º 2, 1983.
51. Cfr. M. de Puelles, ob. cit., pág. 484.
52. Véase por todos, J. Ortiz Díaz, ob. cit., *passim*, y J. Monti, ob. cit., *passim*.
53. Condorcet, en cuyos principios se inspira el pensamiento liberal-progresista español, concibe la libertad de enseñanza como libertad de pensamiento, —lo que a partir de la primera «cuestión universitaria» se denominará, libertad de cátedra—, ya que, el sistema educativo que preconiza está basado en la enseñanza pública. Ver, M. de Puelles, ob. cit., pág. 483. De la misma opinión es Antonio Álvarez de Morales, «Los precedentes del Ministerio de Educación», *Revista de Educación* n.º 240, 1975, pág. 88.
54. M. de Puelles, ob. cit., pág. 59.
55. El laicismo como sistema de enseñanza será uno de los principios básicos defendidos por los republicanos y socialistas durante la Segunda República, influencia de la Institución Libre de Enseñanza.
56. *Leyes Políticas Españolas Fundamentales*. Recopilación y prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, 1984.
57. Aunque no todas las opiniones coinciden en torno a este tema. Cfr. Fray Marcelino Zapico, ob. cit., pág. 174.
58. Véase en las *Leyes Políticas Españolas Fundamentales* recopiladas por E. Tierno Galván.
59. M. de Puelles, ob. cit., pág. 64.
60. La idea de la intervención estatal en la sociedad se puede remontar a 1849 con el nacimiento de los primeros demócratas. Cfr. M. de Puelles, ob. cit., pág. 118.
61. Cfr. Yvonne Turín, ob. cit., pág. 10.
62. A la vuelta de Fernando VII se suprime la incipiente intervención del Estado para organizar la enseñanza. En la segunda etapa de su reinado absolutista se mostró más preocupado por la instrucción pública, porque las Universidades se habían transformado en uno de los focos más peligrosos de liberalismo, por lo que el Estado acentúa su preocupación por controlar las Universidades. Véase A. Álvarez de Morales, «Los precedentes del Ministerio de Educación», ob. cit., pág. 90.
63. M. de Puelles, ob. cit., pág. 99.
64. M. de Puelles, *Historia de la educación*, ob. cit., pág. 24.
65. *Idem*, pág. 24.

66. El nacimiento de la Institución Libre de Enseñanza surge a raíz del repliegue de los catedráticos expulsados de la Universidad —pública— a la enseñanza privada.
67. La Institución Libre de Enseñanza, las escuelas anarquistas de Ferrer i Guardia y las escuelas del Ave María del padre Manjón constituyen algunos ejemplos.
68. El afán centralizador llevó paralelamente a sus autores a establecer también una gran uniformidad e igualdad en la enseñanza que se debía impartir en los diversos centros, lo cual condujo al Ministerio a hacer los programas de las asignaturas y aprobar los libros que podían utilizarse a todos los niveles de la enseñanza, incluida la universitaria. Véase en A. Alvarez de Morales, «Los precedentes de la Ley Moyano» Revista de Educación n.º 240, 1975.
69. Esta es la opinión de la mayor parte de aquellos autores que han estudiado el problema de la enseñanza en España. Véanse, en este sentido las obras de Gerald Brenan, *El laberinto español*. Ruedo Ibérico, 1977 y, también la obra ya citada de Yvonne Turín, *La educación y la escuela en España*.
70. Artículo 153 de la Ley Moyano, en M. de Puelles, *Historia de la educación*, ob. cit., pág. 275.
71. Véase en las *Leyes Políticas Españolas recopiladas por E. Tierno Galván*.
72. Artículo 1.º: «La religión Católica, Apostólica y Romana, con exclusión de cualquier otro culto, continúa siendo la única de la Nación española, se conservará siempre en los dominios de su Majestad Católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar, según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones».
Artículo 2.º: «En consecuencia, la instrucción en las Universidades, colegios, seminarios, y escuelas públicas y privadas de cualquier clase, será en todo conforme a la doctrina de la misma religión católica; y, a este fin, no se pondrá impedimento alguno a los obispos y demás prelados diocesanos encargados por su Ministerio de velar sobre la pureza de la doctrina de la fe y de las costumbres, y sobre la educación religiosa de la juventud en el ejercicio de este cargo, aún en las escuelas públicas». En M. de Puelles, *Historia de la educación*, pág. 240.
73. Ver el Decreto, ya citado, del marqués de Orovio de enero de 1866, que extendía las causas de separación del cargo a aquellos maestros que expusieran en sus cátedras «doctrinas erróneas», en M. de Puelles, ob. cit., pág. 171.
74. M. de Puelles, ob. cit., pág. 173.
75. Bases documentales de la España contemporánea. Vol. III. «El liberalismo democrático, 1868-1874». Guadiana, 1971, citado por M. de Puelles, ob. cit., pág. 185.
76. En *Leyes Políticas españolas recopiladas por E. Tierno Galván*.
77. Véase también en las *Leyes Políticas Españolas Fundamentales*.
78. Diego Quintana de Uña, ob. cit., pág. 34.
79. Yvonne Turín, ob. cit., pág. 121.
80. A. Embid Irujo, *Las libertades en la enseñanza*. Tecnos, 1983.
81. El Preámbulo del Decreto de 21 de octubre de 1868, promulgado por el Gobierno Provisional de la Monarquía, tenía como objetivo la supresión de la enseñanza pública. En M. de Puelles, ob. cit., pág. 176.
82. A. Embid Irujo, *Las libertades en la enseñanza*. Toda la obra es una defensa de la libertad de enseñanza como libertad de pensamiento y como libertad de expresar y transmitir libremente las ideas a través de la enseñanza.
83. Artículos 16 y 17 del Decreto de 21 de octubre de 1868, citado por M. de Puelles, ob. cit., pág. 228. Consultar también la obra de Diego Quintana de Uña, «Política educativa de España entre 1850 y 1939», en *Revista de Educación* n.º 240, 1975.
84. Diego Quintana de Uña, ob. cit., pág. 31.
85. Véase en *Leyes Políticas Españolas Fundamentales recopiladas por E. Tierno Galván*.
86. Yvonne Turín, ob. cit., pág. 104.
87. En Jorge de Esteban, *Constituciones españolas y extranjeras*. Vol. I, Taurus.
88. Yvonne Turín, ob. cit., pág. 295.
89. M. de Puelles, *Historia de la educación*, Vol. III, ob. cit., págs. 14-15.
90. Yvonne Turín, ob. cit., pág. 128. Sin embargo, el nuevo régimen que nacía bajo el firme pulso de Cánovas no podía conseguir realizar una política de pacificación escolar. El nuevo sistema político era, en realidad, fruto de múltiples transacciones con la derecha y con la izquierda. La entrega de la cartera de Fomento a Manuel Orovio, representante del sector más intransigente de la Iglesia española, simbolizaba el alcance profundo de los pactos canovistas en esta materia.
91. Yvonne Turín, ob. cit., pág. 144.
92. M. de Puelles, *Educación e ideología...*, ob. cit., pág. 202.
93. M. de Puelles, *Historia de la educación*, Vol. III, ob. cit., págs. 16-17.

94. Yvonne Turín, ob. cit., pág. 296.
95. Yvonne Turín, ob. cit., pág. 295.
96. M. de Puelles, Educación e ideología... ob. cit., págs. 218-315. Contrastar la opinión de Fray Marcelino Zapico, ob. cit., pág. 203.
97. Circular de Albareda, en M. de Puelles, Historia de la educación, Vol. III, págs. 58-61.
98. Entre otros, Pablo Lucas Verdu, Curso de Derecho Político. Vol. III. Tecnos, 1976, pág. 180.
99. Consultar sobre este tema la obra de J. Solé Tura y Eliseo Aja, Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936). Siglo XXI, 1983. El largo ejercicio del poder ostentado por los conservadores crea un sistema escolar al que muchos niños ni siquiera tienen acceso y del que la inmensa mayoría es expulsada tempranamente. Consulte también la obra de J. M. Maravall, La reforma de la enseñanza, Laia, 1984, pág. 15.
100. M. de Puelles, Educación..., ob. cit., pág. 318. El Decreto de 29 de abril de 1931 consagraba la libertad de expresión y permitía el bilingüismo en la escuela catalana, en Diego Quintana de uña, ob. cit., pág. 34.
101. La pastoral recoge párrafos textuales de la encíclica de León XIII, «Libertas», en M. de Puelles, ob. cit., pág. 327.
102. Véase la colección dirigida por M. Tuñón de Lara, Historia de España, en concreto el volumen IX sobre «La crisis del Estado: Dictadura, República, Guerra (1929-1939)». Labor, 1982, pág. 125.
103. M. Tuñón de Lara, ob. cit., pág. 127.
104. Antonio García Sánchez, La Segunda República en Málaga: la cuestión religiosa, 1931, 1932. Ayuntamiento de Córdoba, 1984, pág. 73.
105. Como afirma Tuñón de Lara, las clases económicamente dominantes y, sobre todo, la oligarquía, adoptaron una estrategia que comprendía unos objetivos muy vastos, pasando por los lemas de «defensa de la religión» y «defensa de la unidad de la patria», mucho más susceptibles de ganar la adhesión de grandes masas que la estricta defensa de los propietarios agrarios, ob. cit., pág. 131.
106. Gerald Brenan, ob. cit., pág. 294. También Raymon Carr, España (1808-1936). Ariel, 1970, pág. 582.
107. Gerald Brenan, ob. cit., pág. 292.
108. El texto del artículo 26 era el siguiente: «Todas las confesiones religiosas serán consideradas como asociaciones sometidas a una ley especial. (...) Quedan disueltas aquellas órdenes religiosas que, estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro de especial obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes. Las demás órdenes religiosas se someterán a una ley especial votada por estas Cortes Constituyentes y ajustadas a las siguientes bases: 4.ª) prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza». Gerald Brenan señala cómo se perdió por esta imprudencia política el apoyo, no sólo de la Iglesia, sino de fuerzas republicanas, intelectuales, católicos, y curas párrocos que vivían en la miseria, en su obra, ya citada, El laberinto español, pág. 293. El Anteproyecto elaborado por la primera comisión jurídica asesora nombrada por el Ministerio de Justicia no era tan radical respecto a las relaciones Iglesia-Estado, véase en Víctor Manuel Arbeloa, «Iglesia y Constitución en España», en la obra colectiva, La izquierda y la Constitución. Taula de Canvi. Barcelona, 1978, págs. 170-178.
109. A. Ramos Oliveira, Historia de España. Méjico, 1952, Vol. III, obra citada por Carlos Alba Tercedor en «La educación en la Segunda República: un intento de socialización política», en Estudios sobre la Segunda República Española. Selección y presentación Manuel Ramírez. Tecnos, Madrid, 1975.
110. M. Tuñón de Lara, ob. cit., pág. 155.
111. Carlos Alba Tercedor, ob. cit., pág. 66.
112. Véase en las Leyes Políticas Españolas Fundamentales recopiladas por E. Tierno Galván.
113. Carl Schmitt, Teoría de la Constitución. Ariel, 1984. A él se debe la consideración de la Constitución como «decisión política» y la diferenciación entre Constitución y leyes constitucionales. Para este autor, el Derecho tiene su origen en la voluntad y no en la razón, es decisión y no norma, vale no como realización de algo valioso, sino porque así ha sido establecido. Ver el comentario al pensamiento de Carl Schmitt sobre este punto en M. García Pelayo, Derecho Constitucional comparado. Alianza, Madrid, 1984, pág. 85.
114. Antonio Molero Pintado, «La Institución Libre de Enseñanza y sus relaciones con la política educativa de la Segunda República Española», en Revista de Educación n.º 243, pág. 86.
115. M. de Puelles, ob. cit., pág. 329.
116. M. de Puelles, ob. cit., pág. 330. De la misma opinión respecto a los jesuitas es Gregorio Cámara Villar, Nacional-catolicismo y escuela. La socialización política del franquismo (1936-1951). Hesperia, 1984, pág. 62. Véase también, hablando en concreto del colegio San Estanislao de Kostka de Málaga, Antonio García Sánchez, ob. cit., págs. 88 y 91.

117. Raymon Carr, ob. cit., pág. 448.
118. Carlos Alba Tercedor, ob. cit., pág. 65.
119. Discurso de Manuel Azaña, citado por Raymon Carr, ob. cit., pág. 582.
120. Carlos Alba Tercedor, ob. cit., pág. 64.
121. Julio Ruiz Berrio, «El significado de la escuela única y sus manifestaciones históricas», en *Revista de Educación* n.º 243, págs. 57-58.
122. Véase, entre otros, M. Useros, *Problemas de la enseñanza y Constitución*. Marsiega, 1978. Isidoro Martín Martínez, «La enseñanza superior católica en la Constitución», en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*. Colegio de Abogados de Murcia, Salamanca, 1979. J. López Medel, *Un proceso educativo*. El artículo 27 y su circunstancias, ICCE, 1980.
123. M. de Puelles considera la fecha de 1879 como punto de partida de lo que después será la «escuela única» o «escuela unificada», ob. cit., pág. 307. Julio Ruiz Berrio remonta sus *antecedentes históricos a tiempos muy antiguos, como sería el caso de Platón, incidiendo especialmente en la idea de hacer desaparecer las diferencias en la educación y en el desarrollo de la sociedad*. Se podría hablar del principio de socialización de la enseñanza como aspecto fundamental de la escuela única, en «El significado de la escuela única...», ob. cit., págs. 51-61.
124. Carlos Alba lamenta que se pusiera el acento en la hostilidad hacia la Iglesia, en lugar de acometer seriamente la reforma educativa, ob. cit., págs. 73-75.
125. Así lo interpreta F. Tomás y Valiente en el voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, que resuelve el recurso planteado contra la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares. En el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 1. 1981. No obstante, también se puede remontar su origen a la Circular de Albareda en 1881.
126. Siendo el marqués de Orovio Ministro de Fomento y a través del Decreto de 22 de enero de 1866. La llamada «segunda cuestión universitaria» se produciría con el Real Decreto de 26 de febrero de 1875, también con Orovio en la cartera de Fomento. Véase en M. de Puelles, ob. cit., págs. 169 y 194 respectivamente.
127. Carlos Alba Tercedor, ob. cit., pág. 53.
128. Yvonne Turín, ob. cit., pág. 133.
129. En su discurso en el Congreso, el 14 de febrero de 1885, Albareda explicará, «nuestra Circular declaraba que el texto era elegido por el catedrático y que el catedrático era quien hacía el programa, teniendo, además, una perfecta y absoluta libertad de acción en la explicación de sus doctrinas porque los fundamentos de la sociedad estaban suficientemente garantizados por la ley penal». En Yvonne Turín, ob. cit., pág. 133.
130. Ruiz Zorrilla elaborará un proyecto de ley de Instrucción Pública de 21 de octubre de 1868 en el que se proclamaba la libertad de enseñanza, en M. de Puelles, ob. cit., pág. 175.
131. Discurso de Alvaro de Albornoz en las Cortes Constituyentes el 9 de octubre de 1931, en M. de Puelles, ob. cit., pág. 330.
132. M. de Puelles, ob. cit., pág. 490.
133. Por medio de los Decretos de 21 de septiembre y 9 de octubre de 1936 se restaura la obligatoriedad de la enseñanza de la religión en las escuelas, véase en Tuñón de Lara, ob. cit., pág. 630.
134. Consúltese la obra de Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez, *El papel político de la Iglesia Católica en la España de Franco (1936-1971)*. Tecnos, Madrid, 1977.
135. M. de Puelles, ob. cit., pág. 362.
136. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de noviembre de 1936.
137. Véase la finalidad de las Comisiones Depuradoras en Gregorio Cámara Villar, ob. cit., pág. 74-78. *Las Ordenes ministeriales* de 21 de septiembre y de 9 de diciembre de 1936 establecían la obligatoriedad de la enseñanza de la religión católica en las escuelas primarias y en el bachillerato. La Circular de 1 de marzo de 1937 recogía la obligatoriedad, en las escuelas primarias, de prácticas devotas tales como la intensificación de la enseñanza de la doctrina cristiana en la Cuaresma y la recepción de los santos sacramentos por los niños. La Circular de 7 de abril de 1937 establecía en las escuelas los ejercicios del mes de María «que los maestros harían con sus alumnos».
138. M. de Puelles, ob. cit., págs. 365-369.
139. G. Cámara Villar, ob. cit., pág. 71.
140. Orden Ministerial de 7 de diciembre de 1936.
141. M. de Puelles, ob. cit., pág. 385.
142. M. de Puelles, ob. cit., pág. 364.
143. G. Cámara Villar, ob. cit., págs. 83-99.
144. G. Cámara Villar, ob. cit., pág. 238.

145. G. Cámara Villar, ob. cit., pág. 247.
146. G. Cámara Villar, ob. cit., págs. 251-257. Cfr. Fray Marcelino Zapico, ob. cit., pág. 203.
147. Fray Marcelino Zapico, ob. cit., pág. 203.
148. A. Embid Irujo, ob. cit., pág. 152.
149. M. de Puelles, ob. cit., pág. 382.
150. Véase en las Leyes Políticas Españolas Fundamentales recopiladas por E. Tierno Galván.
151. Consúltese sobre este tema el análisis del régimen franquista desde una interpretación sistémica en la obra de J. J. Ruiz-Rico, ya citada, págs. 140 y ss.
152. Fray Marcelino Zapico, ob. cit., pág. 203. Naturalmente dentro de estos centros se incluyen a las Universidades, como así establecía el propio artículo 27 en su párrafo tercero.
153. M. de Puelles, ob. cit., págs. 393 y ss.
154. Tuñón de Lara, ob. cit., pág. 331.
155. El carácter subsidiario del Estado había sido la constante durante todo el período anterior. Véase, en este sentido, la ley de 17 de julio de 1945. Ya la ley de Ordenación de la Enseñanza Media, de 26 de febrero de 1953, a la que hemos hecho referencia, establecía la inspección del Estado en la formación del espíritu nacional, la educación física, orden público, sanidad e higiene, y en el cumplimiento de las condiciones legales establecidas para la autorización de cada centro, lo cual no fue del agrado de la Iglesia, a pesar de que se mantenía su derecho de inspección de todos los centros y la sujeción de la enseñanza al dogma y la moral católicos. Véase en M. de Puelles, ob. cit., págs. 383 y 406. Cfr. también los Datos y cifras de la enseñanza en España, publicado por el Ministerio de Educación y Ciencia. Secretaría General Técnica, 1982, en los que no hay datos de los alumnos de la enseñanza no oficial desde 1925 a 1946.
156. La ley de 22 de diciembre de 1953 regula los Convenios entre el Estado y las Corporaciones Locales para la construcción de escuelas, lo cual, como afirman Julio Seage y Pedro de Blas, suponía un cambio trascendental de actitud, ya que el Estado se obligaba a consignar en los presupuestos estatales los créditos necesarios para la construcción de escuelas con la colaboración de las Corporaciones Locales y entidades privadas. En «La Administración educativa en España (1900-1971)», Revista de Educación n.º 240, 1975, pág. 100. La ley de 21 de diciembre de 1965 dispone por primera vez que la enseñanza primaria será gratuita y parece establecer una prioridad en el carácter gratuito de los centros estatales sobre los centros no estatales.
157. M. de Puelles, ob. cit., págs. 387 y ss.
158. El Plan de construcciones escolares de 1957 y cierta «toma de conciencia» por parte del Estado de la desastrosa situación de la enseñanza profesional y técnica, coinciden con el paso del capitalismo autárquico y arcaico al capitalismo financiero, abierto a la inversión extranjera, la libertad de empresa, productividad y eficacia. La reproducción del modo de producción capitalista exige un mínimo de inversiones en la preparación técnica del obrero. Se hace, entonces, un esfuerzo presupuestario en favor de la enseñanza profesional que será un primer paso hacia las reformas de las enseñanzas técnicas pocos años después. Véase en M. Tuñón de Lara, ob. cit., pág. 310.
159. Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970. En Compendio de Legislación Escolar. Ed. Escuela Española.
160. Artículo 1.º de la Ley General de Educación.
161. M. de Puelles, ob. cit., pág. 418.
162. M. de Puelles, ob. cit., pág. 419. Nos interesa subrayar especialmente esta diferencia como *precedente jurídico inmediato a nuestra actual regulación jurídica*.
163. M. de Puelles, ob. cit., págs. 418-419.
164. Consultar el Libro Blanco, en M. de Puelles, ob. cit., pág. 418.
165. Véase nota 156.
166. M. de Puelles, ob. cit., pág. 419.
167. J. M. Maravall. La reforma de la enseñanza. Laia, 1984, pág. 21.
168. M. de Puelles, ob. cit., pág. 419.
169. J. M. Maravall, ob. cit., pág. 20.
170. J. M. Maravall, ob. cit., pág. 21.
171. M. de Puelles, ob. cit., pág. 420.
172. Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970.
173. M. de Puelles, ob. cit., pág. 458.

174. Según J. M. Maravall, desde 1973 a 1982, mientras que el presupuesto del Ministerio de Educación y Ciencia se multiplica por siete, las subvenciones destinadas a centros de Educación General Básica se multiplican por cincuenta, y las destinadas a los centros de Formación Profesional, por noventa y cinco, en La reforma de la enseñanza, pág. 20 y ss.
175. J. M. Maravall, ob. cit., pág. 25.
176. Artículo 5.º del Fuero de los Españoles y artículos 55 y 94 de la Ley General de Educación. A estos efectos, es sumamente interesante la definición que el artículo 55 hace de los centros no estatales: «son centros no estatales los pertenecientes a la Iglesia o a otras instituciones, o personas físicas o jurídicas, públicas o privadas».
177. Artículo 9.º de la Ley Moyano.
178. Real Decreto de 21 de julio de 1900 (n.º 203). La organización de la Administración central del Estado en Ministerios especializados nace en el siglo XVIII y, en este sentido, España no constituye una excepción. En nuestro país, por las peculiares luchas políticas a que dio lugar la caída del Antiguo Régimen y la implantación del Estado liberal, el aumento de un Ministerio nuevo de Instrucción Pública, junto a los tradicionales (Estado, Guerra, Justicia, Hacienda e Indias), fue considerado por Fernando VII y los absolutistas como una de las más peligrosas novedades políticas traídas por los liberales, por lo que su creación definitiva fue postergada casi hasta la muerte de este rey. Esto explica, a juicio de A. Alvarez de Morales, que, a pesar de que en esta y otras materias nos dejáramos guiar por el modelo francés, Francia contara con un Ministerio de Instrucción Pública desde 1828 y nosotros no lo tuviéramos hasta 1900, casi un siglo después. En «Los precedentes del Ministerio de Educación», Revista de Educación n.º 240.
179. Gerald Brenan, ob. cit., pág. 81.
180. Una vez puestos los cimientos de la educación primaria universal, las órdenes religiosas dirigen su atención a los colegios de segunda enseñanza, a los hijos de las clases altas y medias. En Gerald Brenan, ob. cit., pág. 80.
181. El Ministerio de Instrucción Pública tuvo como primer anfitrión, en 1900, al conservador García Alix, realizándose, entonces, el pago a los maestros, por el Estado, previo ingreso en las arcas del Tesoro de los fondos procedentes del Municipio.
182. Artículo 48 de la Constitución de 1931.
183. Para analizar la regulación de la enseñanza de carácter no estatal en los países europeos es imprescindible la lectura de la primera parte del libro de A. Embid Irujo, Las libertades en la enseñanza. Tecnos, 1983.
184. Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970. Cfr. J. L. Villar Ezcurra, «El derecho a la educación como servicio público», en Revista de Administración Pública n.º 88. Enero-abril 1979.
185. Artículo 96.1: «Los centros no estatales podrán acordar con el Estado conciertos singulares, ajustados a lo dispuesto en la presente Ley, y en los cuales se establecerán los derechos y obligaciones recíprocas en cuanto a régimen económico, profesorado, alumnos, incluido el sistema de selección de éstos y demás aspectos docentes. Los conciertos podrán afectar a varios centros, siempre que pertenezcan a un mismo titular.
2. Corresponde al Gobierno el establecimiento de las normas generales a que deben sujetarse los conciertos en los distintos niveles educativos, así como la aprobación de los conciertos mismos. El establecimiento de las normas generales requerirá el dictamen previo del Consejo de Estado.
3. En los conciertos que afecten a centros que impartan la enseñanza gratuita a que se refiere el artículo 2.º, punto 2 de esta Ley, el régimen económico que se establezca será el adecuado para dar efectividad al principio de gratuidad. No podrán establecerse enseñanzas complementarias o servicios que comporten repercusión económica sobre los alumnos, sin previa autorización del Ministerio.
4. El coste de sostenimiento por alumno y la cuota de amortización que se refiere el apartado 4.a) del artículo 94 de esta Ley, serán reglamentados por el Ministerio de Educación y Ciencia y revisados periódicamente».
- La Orden Ministerial de 19 de octubre de 1970 establecía en su apartado b) que los centros no estatales que acuerden con el Estado el correspondiente concierto, se ajustarán a los precios establecidos por aquél, en función de los costes reales y de las ayudas de toda índole que se concedan a dichos centros. Cfr. J. M. Maravall, ob. cit., págs. 21-23.
186. J. M. Maravall, ob. cit., pág. 23.
187. Tania Díaz González seguirá considerando esta intervención estatal como residuo de su viejo monopolio en la enseñanza, en su obra ya citada, El derecho a la educación, pág. 67.
188. El Congreso extraordinario del Partido Socialista Obrero Español, celebrado en julio de 1931, recoge básicamente estas ideas que coincidirán con las que aparecen en el Anteproyecto de Ley de Instrucción Pública, elaborado por Lorenzo Luzuriaga, y en el que se establecen las siguientes Bases: 1) la educación pública es básicamente una función del Estado. 2) La educación pública debe ser laica. Y la enseñanza de la religión debe impartirse fuera de la escuela. 3) Gratuidad de la enseñanza pública, especialmente la primaria y la media. 4) La escuela pública debe tener un carácter activo y creador. 5) La enseñanza pública debe tener un carácter social. 6) Principio de coeducación pedagógica. 7) Sistema unitario de en-

señanza a través de tres grados relacionados entre sí. 8) Sistema unitario del profesorado. Frente a este modelo republicano-socialista, el Episcopado español planteaba una concepción muy diferente de la enseñanza, en la que la encíclica de Pío IX, «Syllabus», y la de León XIII, «Libertas», recogían los postulados fundamentales de lo que debía ser la educación católica del pueblo español. Véase en M. de Puelles, ob. cit., págs. 323-326.

189. R. Gómez-Ferrer, «El régimen general de los centros privados de enseñanza», RAP n.º 70, pág. 9. Sin embargo, a nuestro juicio, no siempre han sido términos contrapuestos la publicidad de la enseñanza y su libertad ya que, el origen del pensamiento liberal español se remonta a las ideas de Condorcet, el cual se basaba en la escuela pública y en la libertad de expresión dentro de ésta. La evolución política y religiosa de estos planteamientos dispersará y confundirá los orígenes del pensamiento liberal español en materia de educación. Ver, en este sentido, el artículo 366 de la Constitución de 1812, para encontrar en él la interrelación entre enseñanza pública y libertad de expresión.

1. Véase el Comentario al artículo 27 de la Constitución, de Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, en Comentarios a las Leyes Políticas dirigidos por Oscar Alzaga. Vol. II. EDERSA. 1983, pág. 125.
2. Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado por la Jefatura del Estado el 4 de diciembre (B.O.E. de 15 de diciembre de 1979, n.º 300).
3. Así los denomina J. M. Zumaquero, en su libro, Los derechos educativos de la Constitución de 1978. EUNSA. Pamplona, 1984. Desde una perspectiva diferente, A. Embid Irujo, también nos habla de las diferentes libertades que se reconocen en el ámbito de la enseñanza, en su obra, repetidas veces mencionada, Las libertades en la enseñanza. Tecnos. 1983. Sobre la utilización de la preposición «en», en lugar de la preposición «de», difiere J. Barnes Vázquez, en «La educación en la Constitución de 1978: una reflexión conciliadora», Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 12, 1984.
4. Como ya analizamos, en las Leyes Fundamentales se establecía la confesionalidad del Estado español y la inspección de la enseñanza por parte de la Iglesia Católica. Contrastar la opinión de J. M. Maravall, La reforma de la enseñanza. Laia. 1984, pág. 18, y la de J. L. Carro en «Libertad científica y organización universitaria», Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 13, abril-junio 1977, pág. 212.
5. Hay que recordar que la propia Ley General de Educación daba preferencia a la gratuidad en los centros estatales y preveía el sistema de conciertos con los centros privados, conciertos que nunca llegarían a realizarse. Desde otra posición, R. Gómez-Ferrer entiende que la finalidad de la gratuidad era hacer efectiva la libertad de elección de centro docente, en «El régimen general de los centros privados de enseñanza», Revista de Administración Pública, n.º 70, 1973.
6. Véase en Cortes Constituyentes (1977-1978). Debates políticos. Servicio de publicaciones de las Cortes Generales. 1980.
7. En una Proposición no de ley sobre los Pactos de la Moncloa presentada por el Grupo parlamentario comunista el 8 de noviembre de 1978, se critica el incumplimiento del Plan inversor previsto en los Acuerdos y la casi nula creación de puestos escolares acordados en 1977, en Cortes Constituyentes (1977-1978). Debates políticos, pág. 131. J. M. Maravall señala que fueron firmados con cierta reticencia por el PSOE, en La política de la transición. 1975-1980. Taurus. Madrid, 1981, pág. 166.
8. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, ob. cit. pág. 123.
9. Jesús Prieto de Pedro califica al artículo 27 de la Constitución como el modelo de redacción más exhaustiva, sistemática y compleja que sobre dicho tema se ha realizado en un texto constitucional, en «Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución», dentro de la obra Lecturas sobre la Constitución española, coordinada por T. Ramón Fernández. Vol. II. Facultad de Derecho. UNED. 1978, pág. 508.
10. Jesús Prieto de Pedro, ob. cit., pág. 508. Luis Prieto Sanchís hasta dos consensos logrados en diferentes momentos, el primero antes de enero de 1978, y el segundo después de abril de 1978. *La ruptura del primer consenso por Unión de Centro Democrático fue ocasionada por la presión ejercida por los centros confesionales y Asociaciones de padres de alumnos (APAS) católicas, en «Relaciones Iglesia-Estado y Constitución», en la Constitución española de 1978, estudio sistemático dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría. Civitas. 1980, pág. 361. Véanse también las Actas de la Ponencia Constitucional desde el 1 de agosto de 1977 al 10 de abril de 1978, en Revista de las Cortes Generales n.º 2 (segundo cuatrimestre). 1984, págs. 338-339.*
M. Fraga Iribarne, ponente constitucional por Alianza Popular señala la fecha del 6 de marzo de 1978 como inicio del consenso, en «La Constitución de 1978 a vista de ponente», Documentación Administrativa. Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, n.º 180. Octubre-diciembre. 1978.
11. Así definen el consenso constitucional Jaime Nicolás Muñiz en «Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución Española», Revista Española de Derecho Constitucional n.º 7, y M. de Puellas, Educación e ideología en la España contemporánea, pág. 488. Por otro lado, L. Morlino indica que el consenso es la causa directa de la legitimidad de un sistema político en, Cómo cambian los regímenes políticos. Centro de estudios Constitucionales. Madrid, 1985.

12. Los ponentes constitucionales redactan el siguiente comunicado cuando G. Peces-Barba se retira de la ponencia: 1. Que, en la sesión del día de ayer no correspondía examinar el referido artículo 28, sino el Título VIII, «De los territorios autónomos», a lo que se opuso el Sr. Peces-Barba, condicionándolo a la previa reconsideración del mencionado artículo 28. 2. Que las enmiendas presentadas habían sido examinadas en su totalidad, excepto las relativas al Título VIII. 3. Que, el reiteradamente invocado artículo 28 había sido ya estudiado en las sesiones del Parador de Gredos, habiéndose convenido que el mismo sería reconsiderado una vez terminado el estudio de todas las enmiendas, no antes, ni en una interrupción del ritmo normal de trabajo. 4. Que, en la sesión de ayer, los representantes de UCD aportaron un documento de trabajo al Título VIII, cuya procedencia estaba en discusión cuando el Sr. Peces-Barba decidió retirarse de la ponencia como consecuencia de sus opiniones discrepantes sobre el texto que aquella acordaba para el artículo 28, a pesar de que las diferencias con el Anteproyecto era mínimas. 5. Los ponentes lamentan la decisión del Sr. Peces-Barba que les privará de su importante concurso pero entienden que, a pesar de su ausencia, un criterio de responsabilidad impone terminar un casi agotado trabajo, cumpliendo con el mandato que tiene recibido en tema de tanta trascendencia para España, sin que sus lógicas discrepancias puedan influir en su voluntad de intentar alcanzar un acuerdo positivo, en beneficio de la consolidación democrática de nuestro país. La Comisión y el Pleno del Congreso, en todo caso, decidirán en su día lo más conveniente». En Revista de las Cortes Generales n.º 2, pág. 340.
13. Lorenzo Martín Retortillo, *Materiales para una Constitución* (los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado). Akal. Madrid, 1984, pág. 15.
14. Lorenzo Martín Retortillo, *ob. cit.*, pág. 165.
15. No es ésta la opinión de Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor que considera el artículo 27 como un texto coherente, preciso y sistemático, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, *ob. cit.*, pág. 125.
16. La Iglesia dura, la de los colegios de pago, actuaba por medio de uno de sus hombres característicos, que también llevaba ante el Senado la voz de UCD, el padre Martínez Fuertes. Véase en Lorenzo Martín Retortillo, *ob. cit.*, pág. 165.
17. *Idem*, págs. 141 y ss.
18. *Idem*, pág. 143.
19. *Idem*, pág. 145.
20. Consultar sobre este tema el libro de José F. Pastora Herrero, *Partidos políticos y educación: una alternativa de futuro*. Ed. Miñón. 1978. Ver, sobre todo, el cuadro-resumen respecto a las posturas de los diferentes partidos políticos y asociaciones en págs. 69 y ss., y comparar sus programas con la postura de la Iglesia oficial, para lo cual se puede consultar la conferencia pronunciada por Monseñor Elías Yanes, ya citada, *Enseñanza religiosa y libertad de enseñanza*. Fundación Santa María. Madrid, 1983.
El acercamiento entre las posiciones de UCD y AP condujo a la resolución de los temas por una «mayoría mecánica» que constituye el precedente inmediato a la adopción del consenso. Véanse las obras de J. M. Zumaquero, *Los derechos educativos en la Constitución de 1978*, *ob. cit.*, págs. 437 y ss., y de J. J. Ruiz-Rico, J. Cazorla y M. Bonachea, *Derechos, Instituciones y poderes en la Constitución de 1978*. Universidad de Granada, 1983, pág. 29.
21. Lorenzo Martín Retortillo, *ob. cit.*, pág. 141.
22. M. A. Aparicio, «El régimen político y la Constitución Española de 1978», dentro de la obra de M. Duverger, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*. Ariel. 1980.
23. Así es como denomina Lorenzo Martín Retortillo a los centros de enseñanza que defienden estos postulados, *ob. cit.*, pág. 147.
24. Véase Pastora Herrero, sobre todo la segunda parte dedicada a las asociaciones, y el volumen colectivo *Enseñanza, elecciones políticas y futuro educativo*. Narcea. Madrid, 1977.
25. Consultar sobre estos temas el artículo de Gil Cremades, «Consenso de ideologías o consenso de intereses», en *Estudios sobre la Constitución Española* dirigido por M. Ramírez. Ed. Pórtico. Zaragoza, 1979, págs. 73-88. J. L. Villar Ezcurra califica estas discusiones como «cuestiones bizantinas» en algunos casos, y, en otros, como «una defensa solapada de intereses creados al socaire de una pretendida ideología», en «El derecho a la educación», *ob. cit.*, pág. 88.
26. Luis Prieto Sanchís, «Relaciones Iglesia-Estado...», *ob. cit.*, pág. 374. Véase también el programa de la Federación Católica de Padres de Familia y Padres de Alumnos de Madrid. En Pastora Herrero, *ob. cit.*, págs. 85-106.
27. Luis Prieto Sanchís, *ob. cit.*, pág. 358.
28. Consúltase la excelente obra de J. J. Sánchez de Horcajo, *La cultura: reproducción o cambio. El análisis sociológico de P. Bourdieu*. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 1979.
29. Lorenzo Martín Retortillo, *ob. cit.*, pág. 75.
30. J. López Medel, *ob. cit.*, pág. 75.
31. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, *ob. cit.*, pág. 125.

32. Véase un trabajo muy interesante sobre la ambigüedad resultante del consenso constitucional de R. de Aguilá y R. Montoro, *El discurso político de la transición española*. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 1984, pág. 159.
No obstante, Pedro de Vega enmarca, dentro de la evolución del Estado Liberal al Estado Social, el carácter consensuado de las Constituciones porque, al extenderse el derecho al sufragio y al acceder a las Asambleas Constituyentes representativas de clases sociales diversas, las Constituciones no han podido por menos de ser el resultado de un consenso, en el que confluyen intereses dispares y a consecuencia del cual surge, como lógico correlato, una buena dosis de ambigüedad en el enunciado de bastantes de sus principios ordenadores básicos. En el prólogo a la obra de Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*. Tecnos. Madrid, 1983.
33. F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*. Civitas. 1985, pág. 544.
34. J. Solé Tura, «La Constitución de 1978 desde el punto de vista comunista», en *Documentación Administrativa* n.º 180, pág. 56. Sin embargo, en su paso por el Senado, se produciría la ruptura de este consenso logrado para el artículo 27, al introducirse el párrafo 2.º del artículo 10, cuya finalidad iba dirigida fundamentalmente a introducir la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como elemento de interpretación y, sobre todo, a fundamentar en los Tratados y Pactos internacionales, la elección del tipo de educación y la dirección de los centros docentes de carácter privado que, aunque implícitos en la declaración genérica de la libertad de enseñanza, habían sido objeto de consenso entre UCD y el PSOE.
Con la aprobación de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, como primera ley de desarrollo del artículo 27, se romperá ese consenso constitucional tan difícilmente logrado. Ver sobre este punto, F. Laporta, «Libertad de enseñanza, Constitución y Estatuto de Centros Escolares», *SISTEMA* n.º 40, 1981, pág. 42. También alude a esta primera ruptura del consenso constitucional Jaime Nicolás Muñiz, «Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución Española», *REDC* n.º 7, 1983, pág. 337.
35. Artículo 27.7: «Los profesores, los padres, y, en su caso, los alumnos, intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos con fondos públicos, en los términos que la ley establezca».
.9: «Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.»
.10: «Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la ley establezca.»
36. Jesús Prieto de Pedro, ob. cit., pág. 508. Sobre el carácter quasi constituyente del legislador español al desarrollar por ley orgánica materias que no han sido objeto de acuerdos constitucionales, véase J. Solé Tura y M. A. Aparicio, *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*. Tecnos. Madrid, 1984. Por otra parte no representa ninguna novedad el establecimiento de requisitos jurídicos para ser beneficiarios de las ayudas con fondos públicos si recordamos el sistema de conciertos establecido por la Ley General de Educación.
37. Artículo 53.1: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)».
38. La senadora Gloria Bегuэ se destaca especialmente por sus intervenciones de carácter técnico y pedagógico. *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*. Edición preparada por F. Sainz Moreno. Servicio de publicaciones de las Cortes Generales, t. IV, pág. 4.447. Tanto Martín Retortillo como Villar Arregui reconocen, entre otros defectos del texto constitucional, la obligatoriedad de los poderes públicos de sufragar, en virtud del artículo 27.3, las creencias morales y religiosas de los padres. *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, t. III, págs. 3.318 y 3.331, respectivamente.
39. F. Garrido Falla precisa que el PSOE no identificaba su posición ideológica con la redacción definitiva del artículo 27 porque no recogía la filosofía socialista de la educación. En *Comentarios a la Constitución*, ob. cit., pág. 544. En opinión de Luis Prieto Sanchis la nueva Constitución representa un verdadero pacto entre las principales opciones ideológicas, ob. cit., pág. 374.
40. Lo que evita acudir a un proceso de reforma constitucional para cambiar el sistema educativo. M. de Puelles, ob. cit., pág. 489.
41. *Idem*, pág. 489.
42. Luis Priego Sanchis, ob. cit., pág. 362.
43. Luis Prieto Sanchis, ob. cit., pág. 361. Véanse también las actas de la ponencia constitucional (1 de agosto de 1977 a 10 de abril de 1978) en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 2 (segundo cuatrimestre), 1984, pág. 267.
44. Véase el borrador del artículo 31 en *Documentación Administrativa* n.º 180, 1979. Este precepto quedaba de la siguiente forma:
1. «Se reconoce el derecho a la educación.
 2. Los poderes públicos garantizan, en condiciones de igualdad, el acceso de todos a la enseñanza, mediante una programación general de la educación y de las instituciones docentes de todos los niveles.
 3. La enseñanza básica será obligatoria y gratuita.

4. Se reconoce la libertad de creación de escuelas, dentro del respeto a los principios constitucionales.
 5. Los poderes públicos podrán inspeccionar el sistema educativo en su conjunto.
 6. Los poderes públicos homologarán y podrán ayudar eficazmente a las escuelas que reúnan los requisitos que la ley establezca».
45. Luis Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 361.
46. Artículo 28.1: «Todos tienen derecho a la educación.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de escuelas, dentro del respeto a los principios constitucionales.
 7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos, intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos.
 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
 10. La ley regulará la autonomía de las Universidades.
- El texto del Anteproyecto puede verse en Documentación Administrativa, n.º 180, 1978, pág. 101.
47. Luis Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 361.
48. Idem, pág. 370.
49. G. Peces-Barba manifestó que había acudido a la reunión de la ponencia del día de la firma, para constatar si es posible en ese momento el restablecimiento del consenso, que motivó su salida, de los artículos 15, 26 y 34. En Documentación Administrativa, ob. cit., pág. 330.
50. Con ello se satisfacía a la Federación Católica de Padres y, en definitiva, se constitucionalizaba la doctrina de la jerarquía católica sobre este punto. En Luis Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 369. El pensamiento de la Iglesia oficial gira en torno al carácter subsidiario del Estado en materia de enseñanza, ya que «corresponde a la Administración Pública no sólo la promoción y gestión de centros, allí donde la necesidad educativa no hubiera sido suficientemente cubierta por la sociedad, sino también el estimular iniciativas de la misma sociedad, arbitrando condiciones jurídicas y económicas favorecedoras», en «Declaración sobre la enseñanza». Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española. Madrid, 1975. Puede consultarse también sobre este tema el libro publicado por la Federación Católica de Asociaciones de Padres de Familia y Padres de Alumnos, Libertad de enseñanza para todos. Madrid, 1977.
51. Documentación Administrativa n.º 180, 1978, Pág. 336.
52. Luis Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 369.
53. Es este un precepto importante que ha dejado insatisfechos a los sectores confesionales cuyas pretensiones en este punto suponían el mantenimiento del régimen vigente en lo que se refiere a la enseñanza de la religión. En Luis Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 364.

No obstante, hay que diferenciar necesariamente entre la actitud de la Iglesia-institución y la jerarquía oficial y lo que Rafael Díaz Salazar denomina las «bases» de la Iglesia. Siguiendo una trayectoria cronológica, en los primeros meses de 1976 se celebró la XXIV Asamblea Plenaria de la CEE, de cuyas discusiones es resultado un documento sobre la enseñanza en el que se afirmaba la supremacía del derecho de los padres a elegir el centro educativo, la necesidad de que el Estado garantice la libertad y la financiación de los centros seculares de la Iglesia, la formación religiosa, etc... Con motivo de la XXVI Asamblea Plenaria de la CEE, los obispos se reafirmaron en la necesidad de mantener el pluralismo escolar y en la imposibilidad de una escuela neutra.

El 23 de noviembre de 1979, los obispos, con motivo de la XXXII Asamblea Plenaria de la CEE, publicaron una nota titulada «Dificultades graves en el campo de la enseñanza». En ella se afirmaba que *no era democrático un Estado que monopolizara la enseñanza y que pensase que el deber de garantizar a todos el derecho a la educación debiera conducir a la supresión de la enseñanza no estatal*. Los obispos deseaban que el Estado apoyase la libertad de creación de centros con su proyecto educativo peculiar. Opinaban que la lucha por la libertad de enseñanza no era una pugna de élites contra el pueblo.

El 29 de noviembre de 1978, el cardenal M. González Martín publicó una carta pastoral ante el referéndum constitucional que se convertirá en el principal punto de apoyo para aquellos católicos que se oponían a la Constitución. En esta carta pastoral, que fue asumida por un nutrido grupo de obispos, se afirmaba que «en la Constitución se omite a Dios, con la gravedad que suponía proponer una Constitución agnóstica a un país de bautizados; había una falta de referencia a la ley natural amparando un proyecto de «sociedad permisiva»; se abría la puerta al aborto, a la inestabilidad de la familia y a la falta de libertad de enseñanza». En la obra de Rafael Díaz Salazar, Iglesia, Dictadura y Democracia. Ediciones HOAC. Madrid, 1981, págs. 326 a 340.

Véanse también algunos números de la revista ECCLESIA en los que se manifiesta la opinión de la Iglesia-Institución. En concreto el número 1847, de 23 de julio de 1977 reproduce algunos párrafos del Documento de la Sagrada Congregación para la educación católica. Aún reconociendo que el lugar apropiado para la difusión de la religión es la parroquia y la familia, sin embargo es la escuela el lugar privilegiado para la asimilación del sentimiento religioso. Por ello se defiende el pluralismo de centros, como expresión de la libertad de enseñanza y del derecho de las familias a escoger la escuela que mejor responda a su concepción educativa. El contenido de este documento es una reproducción de la Declaración sobre la educación cristiana «Gravissimum educationis» proclamada en el Concilio Vaticano II. Véanse las páginas 7, 10, y 15.

En el editorial de ECCLESIA de 27 de mayo de 1978 (n.º 1.887) conocida ya la redacción del artículo 26 del Anteproyecto de Constitución se vuelve a insistir en estos postulados insistiendo en la legitimación oficial de la Conferencia Episcopal, pág. 3. Consúltense también los números 1.844 y 1.833 relacionados con este tema y con los derechos fundamentales en la educación. La reacción a la postura oficial se manifiesta en el documento «cristianos por la escuela pública» elaborado por diversas comunidades de base, movimientos apostólicos y revistas teológicas y pastorales. En este documento aparecido en mayo de 1978 se abogaba por un sistema de escuela única y pública, común para todos, obligatoria, gratuita, igualitaria, pluralista, no confesional y planificada y gestionada democráticamente. Se rechazaba la financiación indiscriminada a todos los centros privados como medio para garantizar a los padres el derecho a elegir el centro de enseñanza porque, ni ese derecho era real para todos, ni el presupuesto escolar lo permitía. En Rafael D. Salazar, ob. cit., pág. 342.

54. Luis Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 373.
55. Jordi Solé Tura, «La Constitución española de 1978 desde el punto de vista comunista», en Documentación Administrativa, n.º 180, pág. 53. En contra Alfonso Fernández-Miranda y Campaamor, ob. cit., pág. 137.
56. Luis Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 362.
57. Es preciso insistir de nuevo en la diferente postura adoptada por la Iglesia-Institución en relación con los movimientos de base y algunos grupos de teólogos. Véase la opinión expresada en el número 1.845 de ECCLESIA respecto a la situación de monopolio y privilegio ejercida por la Iglesia Católica. Tal vez porque la libertad de enseñanza es un concepto jurídico de contornos imprecisos, se ha podido resumir en el todo el conjunto de intereses y aspiraciones de quienes defienden el sistema educativo tradicional. En Luis Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 362.
58. Luis Prieto Sanchís, ob. cit., págs. 371.
59. Con la consolidación democrática de la actual Constitución parece iniciarse una etapa de tolerancia y convivencia religiosa, que llega a nuestras fronteras con cierto retraso respecto a otros países europeos. Esta emancipación y autonomía de lo político, que implica el proceso de secularización, comienza a ser una realidad en la España moderna. Véase Luis Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 320.
60. Llama la atención el hecho de que una de las consecuencias de la Libertad de enseñanza sea la elección por parte de los padres del tipo de educación que desean para sus hijos y, al mismo tiempo, los propios padres limiten su participación en la gestión de los centros. En Luis Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 362.
61. Pastora Herrero, Partidos políticos y educación, y, en concreto, los diferentes programas de los partidos políticos.
62. Luis Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 369.
63. La identificación entre lo confesional-católico y el pensamiento de los partidos considerados de derechas ha sido analizada en el capítulo anterior. Por oposición, los partidos laicos, no confesionales —generalmente representados por la izquierda— son necesariamente identificados con un rechazo hacia la libertad de enseñanza.
64. El artículo 25 del Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas señalaba, «Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza». En Documentación Administrativa, n.º 180, pág. 374. El principio de la libertad de enseñanza no aparece recogido, como ya hemos señalado, en ninguno de los textos anteriores. Véanse sobre todo las páginas 64, 101 y 336.
65. Se trata del Informe de la ponencia sobre las enmiendas presentadas al Anteproyecto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 17 de abril de 1978, en Documentación Administrativa, n.º 180, págs. 211-214.
66. Nos referimos al delicado problema de la satisfacción real de los derechos fundamentales cuando su desarrollo efectivo entra en colisión con la realización de otros derechos fundamentales. La efectividad de la libertad y la igualdad es un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos.

1. Tendremos que tener presente en todo momento las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Centros Escolares y sobre la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación. En la primera de ellas, se señala en el Motivo 1º: «El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él pronunciamiento sobre la adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución». En Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 1, 1981, pág. 32.
2. Es muy interesante constatar, no obstante, la profunda divergencia del magistrado F. Tomás y Valiente en su voto particular, respecto al contenido de la sentencia sobre la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares. Sobre la naturaleza jurisdiccional o política del Tribunal Constitucional véase la obra de Eduardo García de Enterría, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español», en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 1, 1981.
3. Los preceptos constitucionales no pueden ser interpretados aisladamente y desde sí mismos, sino siempre en relación con otros preceptos y con la unidad de la propia Constitución en la que están articulados. Auto del Tribunal Constitucional 60/1981, de 17 de junio citado por Lorenzo Martín Retortillo, El 23-F. Sus secuelas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Civitas, 1985, pág. 29.
4. *En efecto, la Constitución los considera «principios rectores de la política social y económica» que sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria una vez que hayan sido desarrollados por ley (art. 53.3).*
5. Véase A. Torres del Moral y M. L. Villarrubia, «La constitucionalización de los derechos del minusválido» en Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978, n.º 2 (monográfico) de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1979.
6. Voto particular de F. Tomás y Valiente a la sentencia sobre el Estatuto de Centros Escolares, al que se adhieren los magistrados Angel Latorre Segura, Manuel Díez de Velasco y Plácido Fernández Viagas. En Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 1, 1981, pág. 42.
7. Nos referimos a la Constitución de 1931 que, a pesar de sus errores, constituye el primer ejemplo histórico de socialización de la enseñanza.
8. Voto particular a la sentencia sobre la LOECE. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 1, pág. 42.
9. Véase la enmienda presentada por el Grupo Progresistas y Socialistas Independientes, cuyo primer firmante era Lorenzo Martín Retortillo, proponiendo la supresión tanto del párrafo 6.º como del 9.º del artículo 27 (entonces 25), en Constitución española. Trabajos Parlamentarios. Edición preparada por F. Sainz-Moreno. Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, t. III, pág. 2.758.
10. A. Embid Irujo, «El contenido del derecho a la educación», en Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 31, pág. 673.
11. A. Embid, ob. cit., págs. 673-677.
12. A. Embid, Las libertades en la enseñanza. Tecnos, 1983, pág. 181.
13. Como ya hemos señalado (ver nota n.º 2 del capítulo 1.º) tanto la Ley de Principios del Movimiento Nacional en el principio 9.º como el Fuero de los Españoles en su artículo 5.º, al igual que la Ley General de Educación en el 2.º, hablaban del derecho a la educación. Aunque A. E. Pérez Luño remonta el origen del derecho a la educación incluso a la Constitución de 1812. En «Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812», Anuario de Derechos Humanos, n.º 2. Universidad Complutense de Madrid, 1983, pág. 358.
14. Nos remitimos en este punto a los Decretos promulgados por el Gobierno Provisional surgido tras la Revolución de 1868, en el Capítulo I.
15. Una excelente excepción es el trabajo de A. Embid Irujo, «El contenido del derecho a la educación», en Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 31, pág. 657.
16. A. Embid Irujo, ob. cit., pág. 656. Podríamos, pues, diferenciar dentro del derecho a la educación dos aspectos diferentes, un contenido social o prestacional, y otro contenido de carácter jurídico que comprendería tanto la libertad del alumno de aprender y de recibir una información objetiva, como el derecho a obtener una determinada titulación académica, o la garantía de un procedimiento disciplinario.

17. A. Embid Irujo, ob. cit., págs. 673 y 674.
18. El derecho a elegir la formación religiosa y moral de los hijos es consecuencia directa de la proclamación de la libertad religiosa consagrada en el artículo 16 de la Constitución. En A. Embid Irujo, ob. cit. pág. 673 y 674. Véase también el trabajo de A. Rouco Varela, «El derecho fundamental a la enseñanza religiosa y su reordenación en la Constitución», en Constitución y relaciones Iglesia-Estado. Ed. Biblioteca Salmanticensis. Salamanca, 1978.
19. La mayor parte de autores consultados derivan una amplia gama de derechos y libertades del contenido de la libertad de enseñanza. Véanse las obras de J. López Medel, Un proceso educativo. El artículo 27 y sus circunstancias. ICCE, 1980; M. Useros. Problemas de la enseñanza y Constitución. Ed. Marsiega. Madrid 1978; Isidoro Martín Martínez, «La enseñanza superior católica ante la Constitución», en El hecho religioso en la nueva Constitución española. Ed. Colegio de Abogados de Murcia, Salamanca, 1980; y J. Ortiz Díaz, La libertad de enseñanza. Universidad de Málaga, 1980.
20. Esta segunda postura coincide con los planteamientos de A. Embid Irujo en las libertades en la enseñanza, respecto al contenido de esta libertad pública y con la opinión expuesta por F. Tomás y Valiente en el Voto particular a la sentencia sobre el Estatuto de Centros Escolares, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 1, 1981. Desde otra perspectiva, Javier Barnes Vázquez también diferencia entre un sentido amplio y otro estricto de la libertad de enseñanza, en «La educación en la Constitución de 1978. Una reflexión conciliadora», en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 12, págs. 48 y ss.
21. Ver las intervenciones en el Congreso de los Diputados de Gómez de las Rocas, en Constitución Española. Trabajos parlamentarios. Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, t. II, págs. 2.090 a 2.093 y la intervención del padre Martínez Fuertes en el Pleno del Senado, el cual, entre otras afirmaciones señala: «la libertad de enseñanza consiste por una parte, en la facultad de los padres de escoger la educación de sus hijos, y, por otra, en la facultad de los centros de programar los contenidos y utilizar la metodología que estimen conveniente». en t. IV, pág. 4.444.
22. Véase la intervención de Gómez de las Rocas en el Congreso de los Diputados, ob. cit., págs. 2.090-2.093.
23. Intervención de Gloria Begué Cantón en el Pleno del Senado, en Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, t. IV, pág. 4.447.
24. Así se deduce del artículo 53.1 de la Constitución. Véase Oscar Alzaga, Comentarios a la Constitución de 1978. Ed. del Foro, 1978, pág. 256.
25. Es un hecho conocido que, una vez restablecido el consenso constitucional, se incluyó el principio de la libertad de enseñanza como instrumento protector de la enseñanza privada, y por consiguiente, del derecho a crear centros docentes. En M. Useros, Problemas de la enseñanza y Constitución. Marsiega, Madrid, 1978, pág. 29.
26. En «La Constitución española de 1978», Documentación Administrativa, n.º 180. Madrid, 1978.
27. Véase, entre otros, Oscar Alzaga, ob. cit., pág. 258.
28. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «Enseñanza. Artículo 27», dentro de los Comentarios a las Leyes Políticas dirigidos por Oscar Alzaga, t. III, EDESA, 1983, pág. 146. El problema se agudiza cuando se hace derivar la libertad de enseñanza de la libertad de la ciencia, como señala Javier Gálvez, «La libertad de la ciencia engloba dos manifestaciones perfectamente diferenciables por su encuadramiento, e incluso, por su naturaleza: la libertad de enseñanza y la libertad de cátedra. En Comentarios a la Constitución 1978, dirigidos por F. Garrido Falla. Civitas, 1985, pág. 403.
29. O lo que la doctrina italiana (Lucifredi, Potosching, Mortari) llaman «libertà nella scuola» frente a «libertà della scuolla», en Jesús Prieto de Pedro, ob. cit. pág. 521.
30. J. M. Zumaquero critica abiertamente a los partidarios del pluralismo en el centro escolar por propugnar más o menos veladamente la escuela única. En Los derechos educativos en la Constitución española de 1978 EUNSA. Pamplona, 1984, pág. 89. Del mismo modo Isidoro Martín Martínez afirma que en la Constitución de 1978 se abre la posibilidad de implantar una escuela de pluralismo ideológico dentro del mismo centro, incompatible con una concepción cristiana de la educación, que supone la unidad y armonía de un proyecto educativo. En «La enseñanza superior católica en la Constitución», en El hecho religioso en la nueva Constitución española, ob. cit., pág. 413.
31. Artículo 34.1 de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares: «Se reconoce a los titulares de los centros privados el derecho a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución. En Compendio de Legislación escolar. Ed. Escuela Española. 1981.
32. Aunque el Voto particular del Magistrado F. Tomás y Valiente no coincide con el planteamiento global de la sentencia, sí coincide en este punto, en concreto, con los razonamientos de la misma, aunque añade también como manifestación genuina de este principio, el pluralismo ideológico interno de los centros docentes públicos, garantizado por el artículo 23 de la LOECE. En BJC, n.º 1, 1981, pág. 42.
33. Véase el artículo 15 de la LOECE. F. Tomás y Valiente critica la sentencia del Tribunal Constitucional que no ha proporcionado los criterios suficientes para paliar la ambigüedad del texto

- constitucional en algunos extremos. En Boletín de Jurisprudencia Constitucional n.º 1, pág. 42. La articulación entre los diferentes derechos concurrentes es actualmente, según la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, la siguiente: «los profesores, dentro del respeto a la Constitución y a las leyes, tienen garantizada la libertad de cátedra. Su ejercicio se orientará a la realización de los fines educativos, de conformidad con los principios establecidos por esta ley», en Legislación sobre enseñanza. Selección de textos de A. Embid Irujo. Tecnos, 1985.
34. Sentencia el Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 1, pág. 32. Esta negativa del Tribunal a dictar una «sentencia interpretativa» ha sido criticada por A. Embid Irujo en «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza» en Revista Española de Derecho Constitucional n.º 15, pág. 194.
 35. F. Tomás y Valiente, Voto particular a la sentencia sobre la LOECE en BJC, n.º 1, pág. 42.
 36. Jesús Prieto de Pedro, ob. cit., pág. 517.
 37. Aunque no es ésta una conclusión mayoritaria, ya que Javier Barnes Vázquez precisa que 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.CE) hace referencia y queda reservada primariamente, a la libertad de creación de centros. En «La educación en la Constitución de 1978», ob. cit., pág. 48.
 38. A. Embid Irujo habla del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de los hijos como una manifestación de la patria potestad o del deber genérico de educar a los hijos, en «El contenido del derecho a la educación», ob. cit., pág. 673. Una de las definiciones más exhaustivas del contenido de la libertad de enseñanza nos la proporciona Miguel Herrero de Miñón, en una intervención en el Congreso de los Diputados; «La libertad de enseñanza es, en segundo lugar, la libertad de crear centros escolares distintos de los estatales, de establecerlos, de identificarlos con un proyecto educativo que les dé un carácter propio. La libertad de enseñanza sólo es posible si, además, el sector público establece una red de centros públicos allí donde el sector público sea demandado por quienes van a utilizar ese servicio pero no indiscriminada y ruinosamente. La libertad de enseñanza es la libertad de los profesores de enseñar. Pero, ésta, como toda libertad ha de coheretarse con el derecho de los alumnos de aprender y no ser manipulados, con el derecho de los padres a elegir una educación, derecho que no debe ser defraudado por los manipuladores, y con el derecho de todos a establecer y dirigir centros docentes, presididos por un carácter propio que tampoco debe ser vaciado de contenido mediante el abuso y la infidelidad». En Constitución española. Trabajos parlamentarios. Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, pág. 613.
 39. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor ob. cit., pág. 144, y Javier Barnes Vázquez, ob. cit., pág. 39.
 40. Carl Schmitt, Teoría de la Constitución. Ed. Alianza, Madrid, 1982, pág. 177. En nuestra doctrina, véase Luis Aguiar de Luque, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», en Revista de Derecho Político, n.º 10, págs. 108-109.
 41. Javier Barnes Vázquez, ob. cit., pág. 48.
 42. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, ob. cit., pág. 145.
 43. Javier Barnes Vázquez, ob. cit., pág. 39. En el mismo sentido, Alfonso Fernández-Miranda en «Enseñanza. Artículo 27», ob. cit., pág. 187.
 44. Citada por Francisco Tomás y Valiente en el voto particular a la sentencia sobre el Estatuto de Centros Escolares, BJC, n.º 1.
 45. F. Tomás y Valiente. Voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LOECE, BJC, n.º 1, pág. 48.
 46. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, ob. cit., pág. 180.
 47. Javier Barnes Vázquez, ob. cit., pág. 39. Este autor critica la calificación que hace F. Tomás y Valiente, en el Voto particular a la LOECE, de la libertad de cátedra como garantía institucional según él, porque de esta libertad no se derivan «normas organizativas» y por su ubicación en el artículo 20.1.c. No vamos a detenernos dentro de este trabajo de investigación en el estudio de la autonomía de las Universidades como instituciones garantizadas por nuestro sistema educativo en el artículo 27.10.CE. Como señala Rubio Llorente su consideración como garantías institucionales está fuera de duda y aunque, a juicio de este autor, la garantía institucional no engendra derechos subjetivos en favor de los individuos, la erosión de las instituciones protegidas por la garantía, sí viciaría de inconstitucionalidad cualquier ley, y ésta es, sin duda, la consecuencia que más ha de tenerse en cuenta. En «La Constitución como fuente del Derecho», La Constitución y las fuentes del Derecho, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, págs. 68 y 69.
 48. Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 Motivo 1.º, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional n.º 1, 1981, pág. 34.
 49. Idem, pág. 34.
 50. Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, BJC, n.º 1, pág. 34.

51. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor piensa que la libertad de enseñanza en los centros privados debe recibir la denominación de «libertad de expresión docente» ya que no es posible, en virtud de la libertad de enseñanza, un sistema de pluralismo interno en los centros presidido por el principio de libertad de cátedra, ob. cit., págs. 181-187. También Oscar Alzaga opina que se debía haber utilizado otra expresión distinta para designar a la libertad de todos los enseñantes ya que, o se concibe la libertad de cátedra «como una libertad que tiene por sujetos pasivos a los catedráticos» y entonces es un derecho específico de un estudiante, lo cual parece difícilmente compaginable con la generación de la libertad que caracteriza al siglo XX, o se entiende como libertad de todo profesor, cualquiera que sea su cualificación y nivel, permitiéndole enseñar lo que mejor le parezca, lo cual atentaría contra todo principio de organización de la vida académica. De aquí que, quizás hubiera sido preferible hablar de «libertad de docencia e investigación». En la Constitución de 1978 (Comentario sistemático), Ediciones del Foro. Madrid, 1978, pág. 218. También considera desafortunada la expresión libertad de cátedra —cuando la enseñanza es impartida por muchos más sujetos además de los catedráticos— Enrique Gómez-Reino y Carnota, en «El régimen de las libertades públicas en la Constitución española», en *Lecturas sobre la Constitución española*, obra coordinada por Tomás Ramón Fernández. vol. I, Facultad de Derecho UNED, pág. 53.
52. Voto particular de Francisco Tomás y Valiente a la sentencia de 13 de febrero de 1981 sobre la LOECE, en BJC, n.º 1, pág. 45. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor también considera a la libertad de cátedra como garantía institucional, aunque con diferentes efectos, ob. cit., pág. 180. Del mismo modo, Rafael González-Tablas y Sastre configura la libertad de cátedra como una garantía institucional de la que «el titular no puede prevalerse para adocctrinar», en *El derecho a la educación como derecho fundamental en la Constitución española de 1978*. Sevilla, 1980, pág. 153.
53. Jorge de Esteban y Luis López Guerra, ob. cit., pág. 170.
54. Jorge de Esteban y Luis López Guerra, ob. cit., pág. 170.
55. La enmienda de Brabo Castell, del Grupo parlamentario comunista pretendía la sustitución de la libertad de cátedra por la «libertad de expresión docente»; en contra, M. Fraga Iribarne ya que, «la debida ampliación de la libertad de cátedra, más allá de sus límites actuales, podrá y deberá hacerse por la legislación y por la jurisprudencia», En *Constitución española*, Trabajos parlamentarios, t. II, págs. 2.076-2.080.
56. G. Peces-Barba Martínez, *Constitución española*. Trabajos parlamentarios, t. I, pág. 1.076.
57. La redacción de los preceptos de las Constituciones alemana e italiana son muy semejantes; mientras que el artículo 5.3 de la Constitución alemana señala: «el arte, la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres. La libertad de enseñanza no exime de la fidelidad a la Constitución»; el artículo 33 de la Constitución italiana dice, «el arte y la ciencia son libres, así como su enseñanza». En Jorge de Esteban, *Constituciones españolas y extranjeras*. Taurus, Cfr. P. Biscaretti, *Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid, 1973, pág. 693, el cual insiste especialmente en la consideración de la libertad de pensamiento. En este sentido, una enmienda del Sr. López Pina iba dirigida a la sustitución del artículo que recogía la libertad de cátedra, por otro en el que se declaraba la libertad tanto del arte como de la ciencia y, consecuentemente, su enseñanza. En *Constitución Española*. Trabajos parlamentarios, t. III, págs. 2.355 a 2.357.
58. Rafael González-Tablas y Sastre, ob. cit., pág. 153 Consultar también la obra ya citada en Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, en pág. 547.
59. J. L. Carro, *Polémica y reforma universitaria en Alemania (Libertad científica, cogestión y numerus clausus)*. Ed. Civitas, 1976, pág. 51.
60. Idem, pág. 52. Sobre la garantía institucional véase Carl Schmitt en *Teoría de la Constitución*. Alianza Madrid, 1982, págs. 175 a 177. Respecto a la relación entre garantías institucionales y derechos individuales, señala P. Lucas Verdú que «las garantías son la aseguración por las normas constitucionales, no de derechos individuales, sino de ciertas instituciones». La importancia de estas garantías residiría, pues, en el plano de la interpretación de la realidad constitucional. En *Curso de Derecho Político*, vol. II Tecnos. Madrid, 1983, págs. 676-678. En el vol. III, editado en 1976, Pablo Lucas Verdu realiza una definición muy acertada de la libertad de cátedra y se manifiesta a favor de su consideración más como una garantía institucional «en beneficio del mismo profesor, de sus alumnos y de la sociedad en general, que como un derecho individual del profesor. Una auténtica garantía institucional de la libertad de cátedra señala: «equidista tanto de la sumisión burocrática de los docentes y científicos como del desconsiderado ataque por aquellos de los fundamentos de la convivencia o de los derechos y libertades de los demás». En *Curso de Derecho político*, vol. III, 1976, págs. 173 a 177.
61. No ha sido el propósito de este trabajo realizar una primera parte general relativa al estado actual de los derechos fundamentales y las libertades públicas y a la polémica sobre la superación del concepto de derecho público subjetivo, como categoría fundamental sobre la que giran la mayor parte de las construcciones jurídicas del Derecho Público. Sobre este tema nos remitimos a los trabajos de A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos. Madrid, 1984. También se pueden consultar los dos volúmenes de Luis Fernando Prieto Sanchis, *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Universidad Complutense de Madrid, 1981 y los capítulos 2.º y 3.º del libro de P. Lucas Verdu, *Curso de Derecho Público*, vol. III, Tecnos, 1976.

62. Auto del Tribunal Constitucional 60/1981 de 17 de junio, citado por Lorenzo Martín Retortillo en El 23-F. Sus secuelas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cuaderno Civitas, 1985, pág. 29. También Alfonso Fernández Miranda y Campoamor, ob. cit. pág. 145.
63. J. L. Martínez López-Muñiz «La educación en la Constitución española (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)» en Persona y Derecho, 6, 1979, citado por A. Embid Irujo, «El contenido del derecho a la educación» en Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 31, 1981, pág. 671.
64. En opinión de A. Embid, la tensión entre libertad e igualdad es tan eterna como los fundamentos sociales del Estado que nos toca contemplar, y por ello, no fácilmente resoluble. En Libertades en la enseñanza. Tecnos, 1983, pág. 188.
65. Ver la obra, ya citada de R. Gómez-Ferrer, «El régimen general de los centros privados de enseñanza» en Revista de Administración Pública n.º 70, 1973.
66. Ver las intervenciones de Gloria Begué y L. M. Xirinacs en el pleno del Senado, así como las de L. Gómez Llorente y Jordi Solé Tura en el Congreso de los diputados, en Constitución española. Trabajos parlamentarios, t. IV, págs. 4.442, t. II, págs. 2.112 a 2.121, respectivamente.
67. Según J. L. Villar Ezcurra, el término medio de esta tensión viene ofrecido por la idea de servicio público, lo que es lo mismo, por una publicación en la actividad de la enseñanza oficial (sustancialmente el reconocimiento de títulos) que no implique un monopolio en la titularidad de los centros. En «El derecho a la educación como servicio público». Revista de Administración Pública, n.º 88.
68. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, ob. cit., pág. 123.
69. A. E. Pérez Luño, «Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz en 1812», Anuario de Derechos Humanos, n.º 2, pág. 358. La Constitución jacobina de 1793 recogía el derecho al trabajo, a la protección frente a la pobreza y el derecho a la educación. Véase también la obra de A. E. Pérez Luño, Los derechos fundamentales, dentro de la colección Temas clave de la Constitución Española. Tecnos, 1984, pág. 37.
70. Prácticamente se habla del tema de la gratuidad durante todo el siglo XIX. Véase la obra de M. de Puelles, Educación e ideología en la España contemporánea. Labor, 1980.
71. Las primeras consagraciones constitucionales contemplan sólo de manera explícita el derecho a impartir educación, y más concretamente, el derecho a la creación de centros docentes. En F. Rubio Llorente «Constitución y Educación», en Constitución y Economía, EDERSA, 1977, pág. 105.
72. La polémica desatada con motivo de la introducción de este artículo puede verse en Lorenzo Martín Retortillo, Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado. Akal, Madrid, 1984). En opinión de Silvio Basile, el artículo 10.2 tiene el mérito de ofrecer parámetros relativamente precisos, en base a los que resultará más fácil para los jueces españoles admitir otros derechos fundamentales no expresamente sancionados por la Constitución, extendiendo a ellos eventualmente las garantías del artículo 53. En «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», dentro de la obra La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por E. García de Enterría y A. Predieri. Civitas, 1980, pág. 278.
73. La ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad, y régimen económico del matrimonio, señala en su artículo 154: «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».
74. Javier Barnes Vázquez, ob. cit. pág. 24.
75. La sentencia del Tribunal Administrativo de Renania Palatinado de 18 de junio de 1980 afirma el derecho del escolar mayor de 14 años a decidir sobre la participación en la clase de religión, a pesar de la oposición de sus padres. En A. Embid Irujo, «Derecho a la educación y derecho educativo paterno» en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 7, pág. 391.
76. El carácter «reforzado» de este precepto se deriva de la facultad que el artículo 53 concede a los particulares para recurrir en amparo la violación de los derechos comprendidos en el Título I, Capítulo 2º, Sección 1.ª, de su desarrollo a través de Ley Orgánica como señala el artículo 81 y del procedimiento agravado que prevé el artículo 168 de la Constitución para reformar los preceptos constitucionales a los que el citado artículo hace referencia.
77. A. Embid Irujo, «Derecho a la educación y derecho educativo paterno (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982)», en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 7, 1983.
78. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, ob. cit., pág. 129.
79. J. J. Ruiz-Rico, J. Cazorla y M. Bonachela. Derechos, Instituciones y Poderes en la Constitución de 1978. Universidad de Granada. 1983, pág. 163. Oscar Alzaga, ob. cit., pág. 256. Tampoco lo considera una libertad pública Jesús Prieto de Pedro, ob. cit., pág. 518.
80. C. Schimtt, Teoría de la Constitución. Alianza, 1982, pág. 174.

81. Así lo denomina Jesús Prieto de Pedro, ob. cit., pág. 507. Silvio Basile relaciona el derecho a la educación con su configuración como «servicio público» en «Los valores superiores...», ob. cit., págs. 289 a 290.
82. A. Embid Irujo. Las libertades en la enseñanza. Tecnos, 1983, pág. 185.
83. A. Embid Irujo, ob. cit., págs. 184 y ss. La postura contraria es defendida, entre otros, por J. Ortiz Díaz quien utiliza sus argumentos en defensa de la libertad de enseñanza, en La libertad de enseñanza. Universidad de Málaga, 1980, pág. 186. Sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas véase Luis López Guerra, «La distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de educación» en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 7, 1983.
84. El derecho a la educación no existe como tal derecho a nivel constitucional en la Grundgesetz, aunque sí aparece consagrado en las Constituciones de los Länder, en A. Embid Irujo, «El contenido del derecho a la educación», en Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 31, págs. 656 y 657. El artículo de la Constitución de Baden-Württemberg de 11 de noviembre de 1953 señala: «1. Todos los jóvenes tienen, sin consideración a su procedencia social o situación económica, el derecho a una educación y formación en consonancia con sus dotes. 2. Los centros públicos de enseñanza han de establecerse de acuerdo con dicho principio». Las Constituciones de los Länder de Baviera, Bremen, Northerania- Westfalia y Renania-Palatinado contienen disposiciones semejantes. En Hans Joachim Faller, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal Alemana», en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 7, págs. 41 y ss., 1983.
85. En opinión de Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, tanto los españoles como los extranjeros, estarían incluidos como sujetos del derecho a la educación ateniéndose, en el caso de los extranjeros, a lo que dispongan los correspondientes tratados internacionales, ob. cit., pág. 126.
86. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1976. Pero el cumplimiento de esta obligación de los poderes públicos no puede ser instantáneo y por ello es, de momento, ineludible que en algún caso y durante algún tiempo subsista la satisfacción de la enseñanza por parte de los centros privados, en Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 1, 1981, pág. 48.
87. Rafael González-Tablas y Sastre, ob. cit., pág. 78.
88. Hans Joachim Faller, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal Alemana», en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 7, 1983, pág. 16.
89. Germán Gómez Orfanel, «Panorama de las tendencias educativas en el siglo XX», Revista de Educación, n.º 242, 1975.
90. Hans Joachim Faller, ob. cit., pág. 43.
91. Idem, pág. 25.
92. Idem, págs. 33 y 34.
93. J. L. Villar Ezcurra, ob. cit., pág.
94. Hans Joachim Faller, ob. cit., pág. 43.
95. F. Rubio Llorente establece la siguiente clasificación: 1. Derechos fundamentales. 2. Garantías institucionales. 3. Mandatos al legislador. 4. Principios fundamentales y fines del Estado. Los mandatos dirigidos al legislador tienen como finalidad la promulgación de leyes indispensables para el ejercicio de determinados derechos, sobre todo de carácter prestacional. Son fuente de Derecho objetivo e imponen obligaciones, pero su eficacia para engendrar también derechos subjetivos depende de que el legislador pueda ser forzado a dictar estas leyes, sin las cuales se frustra el ejercicio real de derechos contenidos en la Constitución, en «La Constitución como fuente del Derecho», dentro del volumen colectivo La Constitución y las fuentes del Derecho. Instituto de Estudios fiscales, vol. II, 1979, págs. 62 a 72.
96. Hans Joachim Faller, ob. cit., pág. 59.
97. Walter Kämpfer, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Suiza», en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 7, pág. 145.
98. Sentencia de 23 de julio de 1968 sobre el régimen lingüístico en Bélgica, en BJC n.º 9, 1982. El artículo 2.º del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales dice textualmente: «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. 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 esta enseñanza conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas». Véase en Constitución y Educación. Preparación y selección de textos por J. Damián Traverso. Servicio de publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, pág. 32.
99. Artículo 14 del Convenio: «El disfrute de los derechos y libertades reconocidos en este Convenio debe ser asegurado sin distinción alguna por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría

- nacional, fortuna, nacimiento u otra situación». En el tema que nos ocupa la opinión de la Comisión Europea es diferente a la del Tribunal ya que, a su juicio, «el artículo 2, a pesar de su formulación negativa, consagra el derecho de todos a la instrucción. Se trata de un derecho cuya extensión no está definida ni precisada por el Convenio y cuyo contenido varía en el tiempo y en el espacio, en función de las circunstancias económicas y sociales. Siendo Bélgica un país altamente evolucionado, el derecho a la instrucción comprende (...), el acceso a la enseñanza preescolar, primaria, secundaria y superior; implica también un derecho a sacar pleno provecho de la instrucción recibida; pues, en las circunstancias económicas y sociales actuales de Bélgica y del resto de los países firmantes del Protocolo, no puede imaginarse que el artículo 2 se limite a garantizar el derecho a una instrucción puramente desinteresada o humanista». En la Sentencia de 23 de julio de 1968 relativa al régimen lingüístico en Bélgica. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 9, 1982, pág. 50.
100. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968, en BJC, n.º 9, págs. 79 y ss.
 101. *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968, BJC, n.º 9, págs. 79 y ss.*
 102. Voto particular, en parte disidente, a la sentencia de 23 de julio de 1968. En *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Prólogo de E. García de Enterría, Civitas, 1979.
 103. Otra cosa es, en opinión del juez Terje Wold, el derecho de acceso a los centros de enseñanza, cuestión que nada tiene que ver con el derecho de la Convención y cuya regulación compete por entero, sin vinculación alguna, al propio Estado.
 104. Es preciso recordar que una de las conclusiones básicas del contenido de la sentencia relativa al régimen lingüístico en Bélgica, es que del artículo 2 del Protocolo Adicional, no se deriva para los Estados obligación alguna de subvencionar la lengua de los nacionales, ni siquiera «el respeto a las preferencias lingüísticas de los padres en el plano de la enseñanza», en *El sistema europeo...*, ob. cit., pág. 198.
 105. Jacques Velú, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Bélgica», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 7, pág. 221. A. Embid Irujo amplía el contenido del derecho a la educación a los siguientes aspectos: 1. Derecho a cursar la enseñanza que, en cada momento, sea considerada básica por la legislación ordinaria. 2. Derecho a un control objetivo y racional del saber que posibilite el acceso a cualquier titulación del sistema educativo, en función de la capacidad del escolar. 3. Derecho al acceso a los centros de enseñanza sin más limitaciones que las establecidas por razones de interés público mediante el instrumento normativo adecuado. 4. Derecho a una educación impartida sin discriminación alguna. En especial, el derecho a recibir la enseñanza en la lengua propia del escolar. 5. Derecho a un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedades y a la existencia de garantías procedimentales en la imposición de sanciones. 6. Derecho a la participación responsable en los órganos de gobierno de la escuela, en relación a la edad del alumno». En «El contenido del derecho a la educación», ob. cit., págs. 658 a 670.
 106. Jacques Velú, ob. cit., pág. 220.⁴En opinión de este autor, la redacción negativa del derecho a la educación evita una interpretación que obligaría a los gobiernos a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a todos la educación deseada.
 107. Karl Spielbüchler, ob. cit., pág. 91.
 108. El contenido natural de las posibilidades de la educación garantizada es diferente en cada Estado firmante, y por el mismo motivo pueden existir también diferencias regionales en los Estados Federales, en Karl Spielbüchler, ob. cit., pág. 90.
 109. Walter Kämpfer, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación. Informe General». En *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 7, pág. 250.
 110. Este Real Decreto se puede encontrar en la obra de J. M. Maravall, *La reforma de la enseñanza*, pág. 197. Para completar el tema de la articulación de los derechos fundamentales, nos remitimos al siguiente capítulo.
 111. Artículo 49 de la Constitución Española. Ver el comentario a este artículo de A. Torres Moral y M. L. Villarrubia, «La constitucionalización de los derechos del minusválido», en *Los derechos humanos y la Constitución de 1978*, n.º 2 (monográfico) de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1978.
 112. Véase la sentencia de 23 de julio de 1968 relativa al régimen lingüístico en Bélgica, en BJC, n.º 9.
 113. Boletín Oficial del Estado de 16 de marzo de 1985, n.º 65. Es importante también tener en cuenta la Disposición Adicional Primera del citado Decreto cuando señala: «a los efectos de la financiación para la consecución de la igualdad a que se refiere el artículo 4.1, en los centros específicos de Educación Especial, en las condiciones que se establezcan y dentro de los créditos habilitados a tal fin se tendrá en cuenta las atenciones personalizadas, así como el personal necesario al cuidado de los alumnos disminuidos referidos en el artículo 25.2.
 114. El artículo 14 de la Convención no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos. Ciertas desigualdades de derecho no tienden sino a corregir

desigualdades de hecho. Véase la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre este punto, en la sentencia ya citada de 23 de julio de 1968.

115. Artículo 53.1 de la Constitución de 1978.
116. Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril. Sobre el problema del contenido esencial de los derechos fundamentales, nos remitimos al próximo capítulo.

1. Véase la intervención del senador Xirinacs Damians en la Comisión constitucional del Senado, en el sentido de que se añadiera a la redacción del artículo 27 (entonces 25) la realización del artículo 27 «en condiciones de igualdad». En Constitución Española. Trabajos Parlamentarios. Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, vol. III, pág. 3.321. También es muy ilustrativa la intervención del diputado comunista J. Solé Tura sobre las desigualdades históricas de los españoles ante el hecho educativo. En el vol. II de los mencionados trabajos sobre la Constitución Española, págs. 2.119 a 2.121.
2. Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad ante la ley son numerosas. Una amplia relación de las mismas puede verse en A. Carrasco Perera, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», REDC, n.º 11, 1984.
3. Javier Jiménez Campo, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», REDC, n.º 9, 1983, pág. 106. Tampoco se muestra muy conforme este autor con la consideración de la igualdad como derecho subjetivo, pág. 72.
4. Silvio Basile, «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en la obra colectiva La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por E. García de Enterría y A. Predieri. Civitas, pág. 287.
5. F. Rubio Llorente, «La Constitución como fuente del Derecho», en La Constitución española y las fuentes del Derecho. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1979, pág. 67.
6. J. Jiménez Campo, ob. cit., pág. 75.
7. F. Laporta, «El principio de igualdad: introducción a su análisis», SISTEMA, n.º 67, 1985, pág. 6.
8. Silvio Basile, ob. cit. pág. 283.
9. A. Carrasco Perera muestra las posibilidades que se ofrecen, en un plano teórico, a la justicia constitucional: 1. Una subsunción directa del supuesto de hecho (ley supuestamente inconstitucional o derecho constitucional pretendidamente violado), bajo la presuposición de que los conceptos constitucionales están definidos por el autor de la ley fundamental. Sería una aplicación «automática» de la norma fundamental. 2. Una interpretación finalista, en el sentido de que la Constitución incorpora un sistema de valores. El Tribunal Constitucional nunca ha utilizado este método sino para soluciones aisladas o como determinación de lo que llama «factor razonabilidad». En «El juicio de razonabilidad...», ob. cit., págs. 40-43.
10. Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 y 8 de abril de 1981, ambas citadas por A. Carrasco Perera, pág. 49.
11. A. Carrasco Perera, ob. cit., pág. 49. A juicio de A. Pérez Luño, la hermenéutica constitucional debe trascender la mera subsunción lógica, realizando siempre de forma óptima los objetivos de la Constitución. En «La interpretación de la Constitución», Revista de las Cortes Generales, n.º 1, 1984, pág. 89.
12. STC de 10 de noviembre de 1981, BJC, n.º 7, pág. 513.
13. STC de 10 de noviembre de 1982, BJC, n.º 7, pág. 509.
14. A. Carrasco Perera, ob. cit., pág. 57.
15. STC de 3 de agosto de 1983, BJC, n.ºs 28-29, 1983, pág. 949.
16. Voto particular del magistrado Luis Díez Picazo a la sentencia 75/1983, de 3 de agosto, BJC, n.ºs 28-29, pág. 949.
17. El voto particular a la sentencia de 3 de agosto de 1983 explica su postura de la siguiente forma: «si lo que se trata es de favorecer la eficacia de la gestión, tal objetivo podría lograrse estableciendo medidas que permitiesen una valoración ponderada de la edad entre los diversos méritos y circunstancias de los concursantes, para lo cual no es necesariamente proporcionada la disposición excluyente que enjuiciamos, pues bastaría otra tendente a imponer en el concurso criterios legislativos de preferencia en favor de los concursantes menores de 60 años». En BJC, n.ºs 28-29, pág. 949.
18. A. Carrasco Perera, ob. cit., págs. 46-47.
19. Según A. Carrasco, el juicio de razonabilidad aparece como un juicio complejo, donde se mezclan decisiones de valor matizadas por la razonabilidad, ciertas apreciaciones de carácter político concretadas únicamente en criterios de «admisibilidad y no de excelencias» y, sobre todo, de carácter jurídico de aquella decisión bajo la cobertura de un proceso, materialmente

- (y no sólo formalmente), justiforming, ob. cit., pág. 54. Enrique Alonso García ofrece tres alternativas para la utilización de la razón y la lógica jurídica en la jurisprudencia constitucional, la alternativa menos gravosa, la regla de la idoneidad, y la regla de la proporcionalidad. En La interpretación de la Constitución, CEC. Madrid, 1984, págs. 225 a 232.
20. STC 3/1983, de 25 de enero, BJC n.º 22, 1983, pág. 148. Aunque el Tribunal declara la inconstitucionalidad parcial del artículo 170 del Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, texto refundido por la Ley de Procedimiento Laboral, en su inciso primero, relativo al incremento del importe en un 20 %, a consignar por el empresario. Véase un comentario a esta sentencia en A. Carrasco Perera, ob. cit., págs. 96 a 98. También se puede consultar el trabajo de Luis Aguiar de Luque, «Relación de sentencias del Tribunal Constitucional dictadas de enero a mayo de 1983», REDC, n.º 9, 1983.
 21. Las causas que justifican la evolución de la generalidad de la ley hacia la posibilidad de realizar diferenciaciones normativas se pueden encontrar en el artículo de J. Jiménez Campo, ob. cit., pág. 84.
 22. Geoffrey Marshall, Teoría Constitucional. Espasa Calpe. Madrid, 1982, pág. 191.
 23. J. Jiménez Campo, ob. cit., pág. 94.
 24. Idem, pág. 94. Como acertadamente afirma, lo que el artículo 14 proscribió no es la diferenciación de regímenes jurídicos, sino las diferencias discriminatorias, las que carezcan de un fin legítimo (no contradictorio con la Constitución), o las que, aún contando con él, delimiten de modo irrazonable el círculo personal de los afectados, ob. cit., pág. 104.
 25. Geoffrey Marshall, ob. cit. pág. 199; y P. Lucas Verdu, Curso de Derecho Político, vol. III, Tecnos, 1976, págs. 98-99.
 26. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.ºs 16-17, 1982, pág. 633.
 27. Véase la nota 77 del Capítulo III.
 28. Para hacerse una idea exacta de los diferentes planteamientos suscritos por los diferentes partidos políticos sobre el tema de la igualdad ante el hecho educativo, se puede consultar el Estatuto de Centros Escolares. Trabajos parlamentarios. Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales. Madrid, 1981.
 29. Véase el comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982, en A. Embid Irujo, «Derecho a la educación y derecho educativo paterno. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982». Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 7, 1983.
 30. Así parece entenderlo José María Maravall, La reforma de la enseñanza. Laia. Barcelona, 1984, pág. 135.
 31. Véase en Legislación sobre enseñanza. Preparación de textos de A. Embid Irujo. Tecnos, 1985.
 32. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 1, 1981, pág. 47.
 33. Voto particular de F. Tomás y Valiente a la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, en BJC, n.º 1, pág. 48.
 34. El conflicto entre la libertad por un lado, y la igualdad por otro aparece con especial agudeza cuando la igualdad en cuestión es la de acceso a las instituciones públicas o privadas de alguna importancia, en Geoffrey Marshall, ob. cit., pág. 191.
 35. La fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho significa, en opinión de Silvio Basile, el mantenimiento de las estructuras económicas del capitalismo, permitiendo intervenciones públicas más o menos amplias como correctivo de los desequilibrios más graves que aquél implica. En «Los valores superiores...», ob. cit., pág. 267.
 36. Sobre este tema es interesante la lectura de la obra de Carlos de Cabo Martín, Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones. Universidad de Salamanca. Salamanca, 1978.
 37. A juicio de S. Basile, es la dignidad de la persona el principio que puede constituir por sí mismo el fundamento ideológico del Estado Social, derivándose no sólo del propio artículo 10, sino también el apartado 2 del artículo 9, ob. cit., pág. 275. También R. García Cotarelo encuentra la síntesis de los contrarios —igualdad y libertad— que parecerá perfecta en un principio, en el Estado Social. En, Del Estado del bienestar al Estado del malestar. CEC. Madrid, 1986, pág. 15.
 38. Artículo 27.5: «Los poderes públicos garantizan el derecho a la educación mediante una programación general de la enseñanza con participación efectiva de todos los sectores afectados, y la creación de centros docentes». Artículo 27.7: «Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos, intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos».
 39. Véase sobre la naturaleza jurídica del Estado Social, Javier Pérez Royo, «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social», REDC, n.º 10, 1984.
 40. Sobre este punto es interesante la lectura de la obra de E. García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Civitas. Madrid, 1981.

41. A. Garrorena Morales, aún reconociendo su valor normativo, no deriva de la cláusula del Estado Social derechos subjetivos individuales. No tiene, pues, consecuencias jurídicas de exigibilidad inmediata. En *El Estado Social y Democrático de Derecho*. Tecnos. Madrid, 1984, págs. 99 a 106. También R. García Cotarelo piensa que a los derechos económicos y sociales se les considera «algo menos» que derechos aunque ostenten el título de tales, ob. cit., pág. 70.
42. Para P. Lucas Verdu, la cláusula del Estado Social ofrece los criterios interpretativos de todo el ordenamiento constitucional de tal forma que la aplicación de toda la Constitución ha de inspirarse en su significado más profundo. En «Estado Social y Democrático de Derecho», dentro de los Comentarios a las Leyes Políticas dirigidos por Oscar Alzaga. EDERSA, 1983, pág. 40.
43. Sentencia citada por A. Embid Irujo, en «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza», REDC, n.º 15. 1985. El Tribunal Constitucional español está utilizando esta cláusula como elemento de interpretación básico para fundamentar sus decisiones y no para «compensar» o «dulcificar» una decisión desfavorable como suele hacer el Tribunal Constitucional Federal alemán.
44. Ver la abundantísima bibliografía que sobre el Estado Social proporciona J. Pérez Royo, ob. cit., pág. 180.
45. M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza. Madrid, 1980, pág. 15. También es ésta la opinión de E. Forsthoﬀ, en *El Estado de la sociedad industrial*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1975, pág. 44.
46. Elías Díaz, «El Estado Democrático de Derecho en la Constitución española», SISTEMA, n.º 41, 1981.
47. A. Garrorena Morales, ob. cit., pág. 47.
48. Siendo G. Peces-Barba ponente constitucional defendió el Estado Democrático de Derecho como fase superior al Estado Social (neocapitalista) de Derecho, como el paso de un modo de producción capitalista a un sistema socioeconómico de carácter socialista en el que las libertades y el pluralismo estuvieran efectivamente garantizadas, en Elías Díaz, ob. cit., pág. 60. Por su parte, el propio G. Peces-Barba también señala que sobra el término social al estar comprendido dentro del Estado Democrático. En *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*. Fernando Torres editor. Valencia, 1984, pág. 29.
49. A. Garrorena Morales, ob. cit., pág. 236.
50. Elías Díaz, ob. cit., pág. 47.
51. Por democracia económica entiende M. García Pelayo, la participación en las decisiones del Estado que afectan a la globalidad o a amplios sectores de la economía nacional. La democracia empresarial tiene lugar en el seno de la empresa y significa compartir la autoridad derivada del trabajo que hace productivos a tales medios, ob. cit., pág. 50.
52. M. García Pelayo, ob. cit., págs. 13 a 28.
53. M. García Pelayo, ob. cit., págs. 50-51.
54. M. García Pelayo, ob. cit., pág. 26.
55. Idem, pág. 56.
56. E. Forsthoﬀ niega esta interpretación social de los derechos fundamentales, aunque nos encontremos en un moderno Estado convertido esencialmente en un Estado Social que realiza prestaciones y que es un Estado distributivo. En su opinión, tal interpretación social de los derechos fundamentales es consecuencia de la incapacidad para pensar dialécticamente, incapacidad que caracteriza a la actual Teoría del Estado negativamente, así como a la jurisprudencia. En «El Estado...», ob. cit., pág. 256.
57. M. García Pelayo, ob. cit., págs. 81-82.
58. En concreto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981, en Javier Pérez Royo, ob. cit., pág. 176.
59. Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, en BJC, n.º 2, pág. 93. También citada por J. Pérez royo en pág. 174.
60. Javier Pérez Royo, ob. cit., pág. 165.
61. Hans Peter Schneider, «Peculiariedad y función de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, n.º 7, 1979.
62. STC 3/1983, de 25 de enero, citada por A. Garrorena Morales, pág. 105.
63. Esta idea de la ausencia estructural de instituciones garantistas es de Carlos de Cabo, en *La crisis del Estado Social*, P.P.U., 1986, pág. 73-74.
64. R. García Cotarelo, ob. cit., págs. 90-91.
65. Cfr. R. García Cotarelo, ob. cit., págs. 170-171.
66. F. Murillo Ferrol, «La distribución de la riqueza», en *Constitución y Economía*. EDERSA, 1977, pág. 181. Sobre el tema de la igualdad de oportunidades y la democratización de la enseñan-

za son muchas y muy diferentes las opiniones. Por ejemplo, José Jiménez Blanco señala que la democratización fundamental equivale a la igualdad de oportunidades y, muy especialmente ante el sistema educativo, como disolvente de las desigualdades sociales y, en principio, abierto a todos los ciudadanos. En «La calidad de la enseñanza en España», dentro de la obra colectiva, *La educación en España*. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos. Madrid, 1970, pág. 100. Sin embargo, en opinión de Carlos Lerena, la escuela no sólo no tiene la virtud de hacer desaparecer dentro de su ámbito la desigualdad social, sino que su función es traducir esa igualdad discutible a una desigualdad considerada indiscutible, la de la «valía escolar», con lo que no hace sino reforzar la desigualdad primitiva. En *Escuela, ideología y clases sociales en España*. Ariel. Madrid, 1976, pág. 308. Del mismo modo señalan Amando de Miguel y J. L. Romero que la estricta igualdad de oportunidades no es la que seleccionaría por la inteligencia, sino la que logra corregir el sesgo de la clase social en la distribución de la inteligencia. Para estos autores, la igualdad de oportunidades en la educación es la que contempla la facilidad de acceso a las aptitudes intelectuales por los niños de todas las clases sociales. En *El capital humano. Ideas para una planificación social de la enseñanza en España*. Confederación Española de Cajas de Ahorros. Madrid, 1969, págs. 103-105. Sobre la relación entre el rendimiento educativo y la influencia familiar, véase la obra de Isidoro Alonso Hinojal, *Educación y sociedad*. Las sociologías de la educación. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 1980, págs. 102-106.

67. M. García Pelayo se refiere al Estado Social denominándolo Estado Manager e indicando que la selección y jerarquización de objetivos ha de tener en cuenta no sólo los distintos valores o intereses en juego, sino también su interpretación, es decir, ha de determinarse en qué medida una decisión considerada como funcional desde el punto de vista social, puede ser disfuncional desde el punto de vista político o económico. En *Las transformaciones...*, pág. 37.
68. M. García Pelayo, ob. cit., pág. 467.
69. Elías Díaz, ob. cit., pág. 41. En opinión de Silvio Basile, el significado del artículo 9.2 no va más allá de la justificación del intervencionismo público corrector de desequilibrios, en atención al mantenimiento del sistema económico actual y, por tanto, contra su propio tenor, no ha sido incluido en función de una efectiva transformación social. Ob. cit., pág. 267. Véase también la enmienda de Carlos Ollero dirigida a sustituir los términos «promover» por «establecer» y «remover» por «suprimir» o «superar». En *Derecho y teoría política en el proceso constituyente español*. CEC. Madrid, 1986, pág. 46.
70. En *Las Constituciones europeas*. Edición preparada por M. Darana Peláez, vol. II, Ed. Nacional, Madrid, 1979.
71. Cfr. Pedro de Vega, en el Prólogo a la obra de Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*. Tecnos. Madrid, 1984, pág. 23. A favor de la eficacia transformadora del artículo 9.2, J. A. González Casanova. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Vicens Vives, 1984, pág. 459. Jorge de Esteban y Luis López Guerra, *El régimen constitucional español*, vol. I, Labor, pág. 315 y M. Martínez Sospedra, *Aproximación al Derecho Constitucional español*. Fernando Torres editor. Valencia, 1980, pág. 24, entre otros.
72. A. Predieri, «Régimen económico y social en la Constitución italiana», en *Constitución y Economía*, EDESA, 1977.
73. Erradicando, prosigue A. Pizzorusso, las formas de parasitismo que resulten de la acumulación de capital carente de provecho social. En *Lecciones de Derecho Constitucional*, vol. I, Madrid, 1984, págs. 171-173.
74. A. Embid Irujo, «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 31, pág. 676.
75. Luis Sánchez Agesta, *El sistema político de la Constitución de 1978*. Ed. Nacional. Madrid, 1978, pág. 82.
76. M. A. García Herrera, «La tutela de las libertades públicas en la Constitución», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 2 (monográfico) sobre *Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978*, 1979, pág. 109. Es lo que A. Pizzorusso denomina, aplicándolo al artículo 3.2 de la Constitución italiana, una «indicación finalista» del precepto que permite orientar la función legislativa hacia fines sociales que constituyen el resultado de la interpretación del principio de igualdad ante la ley como canon general de racionalidad. Ob. cit., págs. 171-173. En el mismo sentido P. Biscaretti, *Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid, 1973.
77. M. García Pelayo señala acertadamente que, mientras en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos económicos) es una condición para el ejercicio de la libertad, ob. cit., pág. 26.
78. M. García Pelayo, ob. cit., pág. 46.
79. La STC de 10 de noviembre de 1981 es comentada en la obra, ya citada de J. Pérez Royo, pág. 76. En la STC 11/1981, de 8 de abril, el Tribunal se manifiesta a favor de la democracia social, BJC, n.º 2, pág. 93.
80. J. Jiménez Campo, ob. cit., pág. 104.

81. Como señala P. Biscaretti, las aplicaciones del principio del artículo 3.2 —esencialmente dirigido a ayudar a las clases trabajadoras que, por sus desfavorables condiciones económicas pueden, a menudo, encontrarse ante la imposibilidad de hecho de desarrollar no pocos de los derechos públicos que, sin embargo, se les reconocen teóricamente— han impulsado a la emanación de numerosas normas de ejecución encaminadas a conseguir tanto una suficiente igualdad de los puntos de partida de todos los ciudadanos, como a asegurar mediante múltiples intervenciones del Estado, un nivel mínimo de bienestar pese a cualquier infortunio de la vida, apuntando a realizar por tal camino un completo sistema de seguridad social capaz de hacer, mediante un órgano complejo de normas e instituciones establemente libre de toda necesidad a todos los ciudadanos. En *Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid, 1973.
82. Como afirma I. de Otto, lo característico de la moderna teoría moral es, precisamente, que las posiciones valorativas y relativistas hayan venido a coincidir en una posición teórica-argumental, en la que se aproximan racionalidad y consenso y se formulan las condiciones de posibilidad de un consenso racional en cuestiones prácticas, condiciones que más bien exigen que el proceso de la argumentación se mantenga abierto. En *Defensa de la Constitución*, págs. 38-39. También Carlos de Cabo considera que las acciones estatales en materia económico-social cierran progresivamente el abanico de las opciones políticas posibles dentro del sistema; que el mantenimiento del mismo exige una actuación política, en cierto modo común, basada en el consenso en lo fundamental entre las fuerzas políticas dominantes. Es la moderna «democracia consensual». En «Estado de derecho y capitalismo dominante. Aspectos significativos del planteamiento constitucional español», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 9 (Nueva Época), 1979, pág. 112.
83. Artículo 53.3 de la Constitución Española de 1978.
84. El orden constitucional se defiende con su correcto funcionamiento sobre una base social, económica y política adecuada, con la creación de una conciencia constitucional adecuada, en Ignacio de Otto, ob. cit, págs. 57-58.

1. José. L. Carro se refiere a los límites inherentes de los derechos fundamentales en «Libertad científica y organización universitaria», REDA, n.º 13, 1977, pág. 223.
2. Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1980, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 5, pág. 357.
3. Carl Schmitt, Teoría de la Constitución. Alianza, 1982, pág. 175.
4. Ignacio de Otto considera al artículo 27.2 como la cláusula equivalente al artículo 18 de la Ley Fundamental alemana, que prohíbe el abuso de los derechos contra el orden fundamental liberal democrático; véase en Defensa de la Constitución y partidos políticos. CEC, 1985, pág. 20.
5. Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 1, 1981.
6. En opinión de Javier Galvez, los límites a los que refiere el párrafo cuarto del artículo 20 sólo tienen por finalidad llamar la atención sobre aquellos derechos que pueden ser más fácilmente desconocidos pretextando el ejercicio de una libertad consagrada en el artículo 20. En Comentarios a la Constitución dirigidos por F. Garrido Falla. Civitas, 1985, pág. 399.
7. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 1, 1981. Como afirma Stein, cualquier limitación de un derecho fundamental en favor de los intereses estatales dificulta el logro de los intereses particulares. Pero si la limitación va tan lejos que los particulares no pueden, de ninguna manera, lograr sus intereses protegidos por el derecho fundamental porque se cierran todos los caminos que conducen a su realización, tal limitación afecta a su contenido esencial y es, por tanto, inconstitucional. En Derecho Político. Biblioteca Jurídica Aguilar, 1973, págs. 247 a 250.
8. Aunque G. Peces-Barba califica como «obvia» la limitación al desarrollo legislativo de los derechos fundamentales. En «Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 2, pág. 44.
9. A. E. Pérez Luño, Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución. Tecnos. Madrid, 1984, pág. 420.
10. A. E. Pérez Luño, ob. cit., pág. 421.
11. Idem, pág. 421.
12. A. E. Pérez Luño, Los derechos fundamentales. Tecnos, Madrid, 1984.
13. A. E. Pérez Luño, Derechos Humanos..., ob. cit., pág. 422.
14. Idem, pág. 423. Véase sobre el problema de la interpretación constitucional el trabajo de A. E. Pérez Luño «La interpretación de la Constitución», en Revista de las Cortes Generales, n.º 1, 1984, págs. 97 a 117, en donde afirma que dada la pluralidad de sentidos atribuibles a la norma, implica una opción o valoración del intérprete y, en todo caso, esas elecciones o juicios de preferencia del intérprete en favor de unos fines o valores en lugar de otros, son inherentes a cualquier actividad hermenéutica.
15. A. E. Pérez Luño, Derechos Humanos..., ob. cit., pág. 424. Miguel A. García Herrera articula la delimitación del contenido esencial en torno al artículo 10.1, a la dignidad de la persona humana. En «La tutela de las libertades públicas en la Constitución», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 2, 1979, pág. 113.
16. A. E. Pérez Luño, ob. cit., págs. 424-425.
17. Véanse sus dos obras ya citadas en las que parece contradecirse o, en cierto modo, dudar.
18. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 2, 1981, pág. 93.
19. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, pág. 93.
20. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, BJC, n.º 2, pág. 94. Véase la relación que establece Luciano Parejo Alfonso entre el contenido esencial de los derechos fundamentales y la garantía institucional. En «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, REDA, n.º 3, 1981, pág. 188.

21. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, BJC, n.º 2, pág. 94.
22. Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 1984, BJC, n.º 39, 1984.
23. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, BJC, n.º 2, 1981.
24. Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, BJC, n.º 1, 1981, pág. 35.
25. Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, citada por A. Carrasco Perera en «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», REDC, n.º 11, 1984, pág. 35.
26. Este es el término que utiliza A. Carrasco Perera, en «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», REDC, n.º 11, 1984, pág. 85.
27. Idem, pág. 85. En opinión de Luis Aguiar de Luque, la funcionalidad garantizadora del concepto de contenido esencial y, más aún, la expresa referencia que ahí se hace a la tutela del Tribunal Constitucional, tienen por objeto remarcar el control de constitucionalidad que recae sobre el ejercicio de los derechos y libertades del Título Primero, Capítulo Segundo, destacándole de aquel otro que incide sobre el resto de la Constitución y ponderando el derecho subjetivo que dichas normas contienen. En «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», Revista de Derecho Político, n.º 10, 1981, pág. 20.
28. A. Carrasco Perera, ob. cit. págs. 88-89.
29. Idem, pág. 86.
30. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, BJC, n.º 2, 1981.
31. Ley Orgánica 8/1985, de 3 de junio, en Legislación sobre enseñanza. Edición preparada por A. Embid Irujo. Tecnos, 1985.
32. A. Carrasco Perera, ob. cit., pág. 86. En opinión de E. Stein, el legislador puede prohibir la utilización de determinados medios e, incluso, en ciertas circunstancias, puede imponer determinadas formas de actuación. Pero siempre debe dejar abierta al particular la posibilidad de realizar, al menos, sus fines últimos como él prefiera. Se trata de una posibilidad cuya realización depende de la voluntad de cada cual. En Derecho Político, ob. cit. pág. 204-206.
33. A. Carrasco Perera, ob. cit., págs. 81-82. A juicio de A. Predieri, la alusión al contenido esencial implica el reconocimiento de una limitación externa de la norma legislativa que opera como límite de su contenido y que se halla en una noción de Derecho Natural, o de sentir común o de conciencia social, o de extrapolación del conjunto de todo ello. Se viene así, a crear un método de normación basado en un principio de subordinación de la ley, no a la Constitución, sino a la quasi fuente del contenido esencial. El acto normativo se convierte en una cooperación del poder legislativo y del Tribunal Constitucional. Nunca como en este caso la Constitución es lo que los jueces dicen que es: precisamente porque ha querido ser aplicada de esta manera. En «El sistema de las fuentes del Derecho», dentro de la obra La Constitución española de 1978. Un estudio sistemático dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría. Civitas, págs. 204-206.
34. Angel Carrasco Perera, ob. cit., págs. 55 a 90. Así aparece utilizado el contenido esencial en las sentencias de 21 y 26 de julio de 1983 para resolver recursos de amparo interpuestos contra decisiones judiciales. Enrique Alonso García señala que cuando el Tribunal Constitucional habla de razonabilidad lo único que hace es esconder otras fuentes. En La interpretación de la Constitución. CEC. Madrid, 1984, pág. 203.
35. Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, citada por A. Carrasco Perera, ob. cit., págs. 82-83. Otras argumentaciones de esta sentencia señalan que «por definición la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. (...) Dicha garantía se desconoce cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre».
36. Ignacio de Otto, ob. cit., pág. 7.
37. Walter Kamper, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Suiza», REDC, n.º 7, 1983, pág. 115.
38. En contra de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales frente a terceros se manifiesta E. Stein, el cual se pronuncia por su eficacia mediata a través de la actuación de los órganos del Estado, pero no por aplicación directa de los mismos. En Derecho Político, ob. cit., págs. 242-243.
39. Véase, en este sentido, la obra de E. García de Enterría, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», REDC, n.º 1, 1981, pág. 53. También Silvio Basile, en «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», dentro de la obra La Constitución española de 1978. Un estudio sistemático dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría. Civitas, 1981, pág. 274.
40. F. Rubio Llorente, «La Constitución como fuente del Derecho», en La Constitución y las fuentes del Derecho, vol. I. Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pág. 64. Aunque siga siendo evidente, a su juicio, que su contenido primario es el original.

41. Consúltense, en este punto, la opinión de A. E. Pérez Luño en «La interpretación de la Constitución», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 1, 1984, págs. 86-87.
42. Luis Aguiar de Luque, «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, n.ºs 18-19, págs. 20-21. En opinión de A. Embid Irujo, las normas sobre los derechos fundamentales pueden influir directamente en el mundo jurídico privado a través de las siguientes vías:
 1. Vinculación al legislador en su tarea configuradora de las relaciones privadas.
 2. Acción derogatoria de las normas anteriores juzgadas inconstitucionales.
 3. Acción indirecta sobre el ámbito contractual privado, considerando nulos, por contrario al orden público o a las buenas costumbres todo tipo de pactos celebrados en contra de las prescripciones constitucionales, previa acción de una parte interesada.
 4. Acción de irradiación sobre cualquier tipo de relaciones privadas —incluso no contractuales— que deben sujetarse en su constitución y efectos a las «decisiones de valor» implícitas en los derechos fundamentales y en la misma Constitución. Aunque el propio Embid señala como casi irrealizable este último punto, por ejemplo en el principio de igualdad no duda en extender la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta influenciar ámbitos privados tradicionalmente exentos de la tutela de cualquier órgano público, y a considerar como guía fundamental de interpretación el artículo 9.2. Véase su trabajo sobre «El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado», *REDA*, n.º 25, 1980, págs. 205-206.
43. A. Embid Irujo, *ob. cit.*, págs. 205-206. También Luis Aguiar de Luque, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, n.º 10, págs. 115-116.
44. Tomás Quadra Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Civitas. Madrid, 1981, pág. 77.
44. Sobre la aplicación de la teoría institucional a la determinación del contenido esencial véase la obra de A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, *ob. cit.*, pág. 79. Una crítica a la consideración de los derechos fundamentales como garantías institucionales en L. Parejo Alfonso, *Garantía institucional y autonomías locales*. IEAL. Madrid, 1981, pág. 23.
45. Ignacio de Otto, *ob. cit.*, pág. 30.
46. Este precepto es, en opinión de T. Quadra Salcedo, la clave de la interpretación constitucional, *ob. cit.*, pág. 76.
47. J. L. Carro, «Libertad científica y organización universitaria» *REDA*, n.º 13, 1977, pág. 212.
48. Así los denomina J. L. Carro refiriéndose a las limitaciones de las libertades garantizadas por la Constitución alemana, limitaciones derivadas del sistema general de los derechos fundamentales, del Estado Social reconocido en el artículo 20.1 y de la necesidad de posibilitar su ejercicio por los demás. En *Polémica y reforma universitaria en Alemania*, *ob. cit.*, pág. 77.
49. La indeterminabilidad es una de las características de los derechos fundamentales. Así lo entiende N. Bobbio en «¿Hay derechos fundamentales?», dentro de la obra colectiva *Crisis de la democracia*. Ariel, 1985, pág. 95.
50. Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, BJC n.º 1, 1981, pág. 33.
51. A. Embid Irujo, *La libertades en la enseñanza*. Tecnos, 1983, págs. 233-234.
52. A. Embid Irujo, *ob. cit.*, pág. 290.
53. E. Volterra, L. Elia, y A. La Pérgola, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Italia» *REDC*, n.º 7, 1983, págs. 180-183. En Francia, la libertad de enseñanza ha sido declarada principio constitucional por decisión del Consejo Constitucional francés, de 23 de noviembre de 1977. Consúltense la obra de Louis Favoreu y Loïc Philip, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Sirey. París, 1984, págs. 376-383. Esta libertad estaría incluida, según Jean Rivero, dentro de las libertades del pensamiento. En *Les libertés publiques*, vol. I. Presses universitaires de France. París, 1981, pág. 35.
54. A. Embid Irujo, *ob. cit.*, pág. 145-147.
55. Véase el capítulo segundo de la obra de A. Embid Irujo ya citada, sobre todo págs. 80-143.
56. Se establecen, por otra parte, una serie de límites a la apertura por los particulares de centros privados. Las escuelas primarias sólo pueden ser permitidas cuando «la autoridad educativa les reconozca un interés pedagógico especial, o a petición de las personas encargadas de la educación de los niños, cuando haya de crearse como escuela interconfesional, confesional o ideológica y no exista en la localidad una escuela pública de enseñanza primaria de este tipo. La autorización para abrir escuelas particulares (subsidiarias de las públicas), con una exacta correspondencia con las escuelas del sistema público está sujeta a una serie de requisitos: cuando no estén a un nivel inferior al de las escuelas públicas, en lo que concierne a los fines de la enseñanza y a su organización, así como a la formación científica de su personal, y cuando no se fomente entre los alumnos una distinción derivada de la situación económica de los padres. A. Embid Irujo, *ob. cit.*, pág. 127-129.
57. Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, BJC n.º 1, 1981, pág. 33.
58. *Idem*, pág. 33.

59. Véanse tanto la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 como el voto particular de F. Tomás y Valiente a la misma, BJC n.º 1 1981, págs. 33 y 43 respectivamente.
60. Jaime Nicolás Muñiz, «Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española», REDC, n.º 7, pág. 350.
61. Idem, pág. 350.
62. A. Embid Irujo, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre enseñanza», REDC, n.º 15, pág. 190.
63. Artículo 7.1 de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares: «Toda persona, física o jurídica, pública o privada de nacionalidad española, tiene libertad para establecer y dirigir centros docentes, dentro del respeto a la Constitución y a las leyes». Compendio de legislación escolar. Ed. Escuela española, 1982, Cfr. F. Laporta, «Constitución y Estatuto de Centros Escolares», SISTEMA, n.º 40, 1981.
64. Artículo 55 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación: «Los profesores, los padres de los alumnos y, en su caso, los alumnos, intervendrán en el control y gestión de los centros concertados a través del Consejo Escolar del Centro, sin perjuicio de que en sus respectivos reglamentos de régimen interior se prevean otros órganos para la participación de la comunidad escolar». Legislación sobre enseñanza, edición preparada por A. Embid Irujo. Tecnos, 1985.
65. Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio de BJC n.º 51, 1985, pág. 820.
66. N. Bobbio, ob. cit., pág. 95.
67. Hans Joachim Faller, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal de Alemania», REDC, n.º 7, pág. 30.
68. A. Iniesta ha señalado que el hogar principal de la enseñanza de la religión es la comunidad cristiana, la familia, el grupo cristiano, la parroquia, en M. Useros, Problemas de la enseñanza y Constitución. Marsiega. Madrid, 1978, pág. 54.
69. M. Useros nos da la siguiente definición de ideario educativo: «un sistema coherente de ideas y principios destinados a engendrar y dirigir el proyecto educativo, y que compromete a toda la comunidad educativa, como un servicio a una comunidad determinada». En (Para padres y educadores). Problemas de la enseñanza y Constitución. Ed. Marsiega. Madrid, 1978, pág. 104. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor extiende el alcance del ideario a cualquier otro aspecto, ya sea religioso, moral, filosófico, pedagógico, etc... o a todos aquellos que especifique la oferta educativa, en «Enseñanza. Comentario al artículo 27» dentro de los Comentarios a las Leyes Políticas dirigidos por Oscar Alzaga. Edersa, pág. 158. En la sentencia del Tribunal sobre el Estatuto de Centros Escolares se ha negado el establecimiento apriorístico de una doctrina general, dejando para la jurisdicción ordinaria la solución de los posibles conflictos entre el titular del centro y la libertad de cátedra de los profesores y, en su caso, a través del recurso de amparo, en BJC n.º 1, 1981. Esta decisión fue criticada por el voto particular con las siguientes argumentaciones: «la siempre afirmación de que el Tribunal debe esperar el planteamiento de casos concretos de amparo para perfilar los límites de las libertades públicas y los derechos fundamentales del artículo 27 CE, en concurrencia con algunos de los derechos reconocidos por la LOECE, no es atendible, ni puede ser considerada convincente como base para excluir una sentencia interpretativa en el motivo primero de la demanda, ni ofrece a los ciudadanos las debidas garantías al respecto, pues bien podría suceder que esos recursos no fueran admisibles, quedando entre tanto las normas cuyo control abstracto se nos pide ahora sumidas en unos márgenes de ambigüedad, sin duda, inconvenientes, y los ciudadanos afectados por ellas, faltos de la seguridad jurídica que la Constitución postula (art. 9.3 CE), pág. 42. En opinión de J. L. Carro, el ideario educativo de un centro escolar puede referirse a ejemplo de vida, de disciplina, pero no al contenido mismo de la enseñanza que es constitucionalmente esencial. La enseñanza en un centro privado y, particularmente, en una escuela confesional o religiosa, ha de ser necesariamente libre, otra cosa es que el ideario religioso del centro haga que en la organización interna del mismo —que puede prever, por ejemplo, la misa diaria, ejercicios espirituales, etc.— aparte de permitir u obligar al alumno a frecuentar determinadas actividades no vinculadas a la enseñanza, ayude a detectar ese carácter que le es propio. El concepto de ideario educativo no puede afectar a la libertad constitucional de una enseñanza libre, y su campo de eficacia se desplegará en lo organizativo, pero jamás puede incidir en la enseñanza como tal. En «Libertad de enseñanza y escuela privada», REDA, n.º 33, 1982, pág. 218.
70. Véase la concepción que sobre el pluralismo manifiesta A. Montoro Ballesteros, Derechos económicos, sociales y culturales. Universidad de Murcia, 1978, pág. 172.
71. La libertad de expresión de la opinión de cada profesor individualmente considerado retrocede claramente a un segundo plano ante la libertad de información de alumno. Así lo entiende Karl Spielbüchler, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Austria», REDC, n.º 7, pág. 107. Opinión que es compartida por J. Barnés Vázquez, el cual insiste en que el centro del sistema educativo es el alumno o el educando y que los artículos 10.1 y 27.2 nos proporcionan una clara directiva para la interpretación y solución de los potenciales conflictos entre derechos constitucionales. En «La educación en la Constitución de 1978. Una reflexión conciliadora», REDC, n.º 12, 1984, págs. 56-57.
72. Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, BJC n.º 1, 1981, pág. 34

73. No coincide con la argumentación del voto particular cuando afirma que el derecho a establecer el ideario de un centro tampoco es absoluto, y ha de ceder en algunos casos en beneficio de derechos fundamentales de rango superior al derecho recogido en el artículo 34.1 de la LOECE, STC de 13 de febrero de 1981, BJC n.º 1, 1981, págs. 35 y 47.
74. STC de 13 de febrero de 1981, BJC n.º 1, pág. 34. J. L. Carro indica que la protección de la juventud y la infancia parece que está pensada sobre todo como limitación para los demás derechos reconocidos en el artículo 20 y no precisamente para la libertad de cátedra en la medida en que ésta, en cuanto libertad de enseñanza aplicable a todos los niveles de instrucción, viene garantizada constitucionalmente como condición previa de un desarrollo de la personalidad libre del joven y del niño. En «Libertad de enseñanza y escuela privada», ob. cit., pág. 211.
75. Esta es la interpretación, una vez más, del voto particular de F. Tomás y Valiente a la sentencia de 13 de febrero de 1981, BJC n.º 1, pág. 45.
76. Nos remitimos en este punto a la cita 59 del capítulo 3.º Jean Rivero diferencia entre la neutralidad de los centros no universitarios y la tolerancia y objetividad de los universitarios. En *Les Libertés publiques*, vol. II. Presses universitaires de France, París, 1981, pág. 328-329. En algunas Constituciones como la Suiza se establecen límites a la libertad del profesor que «no ha de colaborar con su enseñanza a destruir el orden fundamental al cual debe su libertad de cátedra». En Walter Kampfer, ob. cit., pág. 139. También el artículo 5.3 de la Constitución alemana recoge una disposición semejante y, entre nuestra doctrina, Ignacio de Otto ha interpretado el artículo 27.2 de nuestra Constitución con un valor semejante. En *Defensa de la Constitución y partidos políticos*. CEC. Madrid, 1985, pág. 17.
77. J. L. Carro, ob., cit., págs. 211-217.
78. Voto particular a la STC de 13 de febrero de 1981, BJC n.º 1, 1981, pág. 46.
79. Idem, pág. 46. J. Barnes Vázquez señala que nuestro ordenamiento educativo —específicamente el artículo 27.2 en relación con el artículo 10.1 de la Constitución— impide la enseñanza sectorial desprovista de razonamientos científico, ob. cit., pág. 43. Sin embargo, el rechazo de una escuela pluralista está manifiesto en los documentos y manifestaciones eclesiales que defienden, entre otros, los siguientes puntos: el derecho de fundación de los centros de la Iglesia, la posición subsidiaria del Estado en materia educativa, el derecho de inspección eclesial, el control sobre los profesores y el deber de los católicos de llevar a sus hijos a escuelas católicas y la obligación del Estado de ayudar a estas escuelas confesionales. El problema radica, a juicio de A. Embid Irujo, en la intolerancia dogmática aneja a la doctrina eclesial, y al convencimiento consiguiente de poseer la única verdad que puede ser transmitida. En *Las libertades en la enseñanza*, ob. cit., pág. 196-211.
80. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor establece como límites al ideario educativo «las exigencias incuestionales de la ciencia», ob. cit, pág. 160. Del mismo modo, F. Tomás y Valiente, en el voto particular a la sentencia sobre la LOECE, señala como contrarios a la Constitución, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos, así como todos aquéllos que coarten o pongan en peligro el desarrollo pleno y libre de la personalidad del alumno, BJC n.º 1, 1981, pág. 44.
81. El artículo 22.2 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación se puede encontrar en *Legislación sobre la enseñanza*, ob. cit., pág. 86.
82. J. L. Carro, «Libertad de enseñanza y escuela privada», ob. cit., págs. 212-214.
83. Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio, BJC n.º 51, pág. 822.
84. Véase de nuevo el voto particular de F. Tomás y Valiente en el que afirma que no se podrá establecer un ideario educativo en los centros privados sostenidos con fondos públicos. En el mismo sentido, J. L. Carro, ob. cit., pág. 214.
85. STC 77/1985, de 27 de junio, BJC n.º 51, pág. 819.
86. J. L. Carro, ob. cit., pág. 216. Por el contrario, Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor considera que negar el derecho a la dirección de un centro es un intento de desnaturalizar el derecho de creación y formulación de un ideario. El hecho de que un centro pueda estar financiado con fondos públicos, no debe conducir a una perversión estimativa porque lo que se financia es la demanda social.
87. Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio, BJC n.º 51, pág. 819.
88. *Legislación sobre enseñanza*, ob. cit., pág. 65. Jaime Nicolás Muñiz indica que el artículo 13.4 proporcionaría, por lo tajante y absoluto del texto, una interpretación muy extensiva, aparte de facilitar la constitucionalización del derecho a dirigir centros privados. En «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en España», ob. cit., pág. 345.
89. Así lo expresa F. Tomás y Valiente aludiendo a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968, relativa al régimen lingüístico en Bélgica. BJC n.º 1, pág. 43. El problema de la dirección de los centros privados por parte de los titulares de los mismos se hizo polémico como consecuencia de las vicisitudes del texto en el proceso constitucional, y de la intención socialista de admitir los centros privados y su financiación pública a cambio de abrir con el número 7 del artículo 27 posibilidades autogestionarias también en los centros privados. Véase sobre este punto A. Fernández-Miranda y Campoamor,

- ob. cit., pág. 150, y la intervención del diputado socialista Sr. Bevia Pastor en los debates parlamentarios sobre la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares. En Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares. Trabajos parlamentarios. Servicio de publicaciones de las Cortes Generales, 1981, pág. 743.
90. STC 77/1985, de 27 de junio, BJC, n.º 51, pág. 819.
 91. Idem, pág. 819.
 92. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor señala, por el contrario, que el contenido esencial del derecho recogido en el artículo 27.7 estaría respetado sólo con que el legislador configurase alguna participación, cualquiera que sea el alcance que a ésta se le atribuye, ob. cit., págs. 193 y 195.
 93. La gestión de un centro docente es para M. Herrero y R. de Miñón algo accesorio. La participación de los interesados en la programación de la enseñanza, en la medida en que la reconoce la Constitución, debe ser llevada a cabo, pero siempre será una participación accesoria frente a la fundamental participación democrática, que es la de los ciudadanos votando a través de los diversos cauces y, fundamentalmente, de los partidos para elegir unas Cortes democráticas ante las cuales sea responsable el Gobierno que controla la Administración. En Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, ob. cit., pág. 515-517. Véase también el programa de Alianza Popular. Madrid, 1985, pág. 15.
 94. Véase el artículo 5 de la LODE que también permite otros órganos de participación según lo establecido en los diferentes Reglamentos de Régimen Interior. En Legislación sobre enseñanza, ob. cit., pág. 98. Por su parte, la LOECE, en el único artículo que reservaba a los centros o niveles sostenidos con fondos estatales o de otras entidades públicas, hacía referencia a una Junta Económica en la que estaban representados, además de la titularidad del centro, los profesores, los padres de los alumnos y, en su caso, los alumnos, con la misión de intervenir en el control y supervisión de la gestión económica del centro. La regulación de tales extremos se dejaba a un futuro Reglamento de Régimen Interior de cada centro. Este precepto (artículo 34.3.d) fue declarado inconstitucional en la sentencia de 13 de febrero de 1981. Los apartados 2 y 3.b del citado artículo también se declararon inconstitucionales.
 95. Estas son las competencias del Consejo Escolar que, en el recurso previo de inconstitucionalidad n.º 180/1984, promovido por J. M. Ruiz Gallardón, como comisario de 53 diputados del Congreso, se consideraban como no ajustadas a la Constitución. Junto a ellas, también se consideraba como atentatorio de la Constitución, el procedimiento establecido en el artículo 20 para la selección y admisión de alumnos, aplicable tanto a los centros públicos como a los centros concertados en virtud del artículo 53. Las restantes funciones que se le atribuyen al Consejo Escolar son las siguientes: g) proponer, en su caso, a la Administración la autorización para establecer percepciones complementarias a los padres de los alumnos con fines educativos extraescolares; h) participar en la aplicación de la línea pedagógica global del centro y fijar las directrices para la programación y desarrollo de las actividades complementarias, visitas y viajes, comedores y colonias de verano; j) establecer los criterios sobre la participación del centro en actividades culturales, deportivas, recreativas, así como en aquellas acciones asistenciales a las que el centro pudiera prestar su colaboración; k) establecer relaciones de colaboración con otros centros con fines culturales y educativos; l) supervisar la marcha general del centro en los aspectos administrativos y docentes. En Legislación sobre enseñanza, ob. cit., pág. 99.
 96. Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio. El artículo 61 establece la formación de una comisión de conciliación en caso de incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del mismo, o en caso de conflicto entre el titular y el Consejo Escolar del centro. A. Embid Irujo ha criticado la función interpretativa que realiza el Tribunal Constitucional en cuanto a la elección de la primera, y única terna propuesta por el Consejo Escolar, no por el procedimiento establecido, sino por la interpretación, en esta ley, de un precepto legal. En «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza» en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 15, 1985.
 97. El procedimiento previsto en el artículo 59 para la designación y cese del director es el siguiente:
 1. El Director de los centros concertados será designado, previo acuerdo entre el titular y el Consejo Escolar, de entre profesores del centro con un año de permanencia en el mismo, o tres de docencia en otro centro docente de la misma entidad titular. El acuerdo del Consejo Escolar del Centro será adoptado por mayoría absoluta de sus miembros.
 2. En caso de desacuerdo, el Director será designado por el Consejo Escolar del Centro de entre una terna de profesores propuesta por el titular. Dichos profesores deberán reunir las condiciones establecidas en el apartado anterior. El acuerdo del Consejo Escolar del Centro será adoptado por mayoría absoluta de sus miembros.
 3. El mandato del Director tendrá una duración de tres años.
 4. El cese del Director requerirá el acuerdo entre la titularidad y el Consejo Escolar del Centro.
 98. Voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, BJC n.º 1, 1981, pág. 43.
 99. Artículo 61 de la LODE. La Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares recogía en el Título 3.º (De los centros privados) el artículo 34 que señalaba las funciones del titular del

centro de la siguiente forma: «se reconoce a los titulares de los centros privados el derecho a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución. Asimismo podrán contratar el personal del centro y ejercitar los derechos y deberes dimanantes de esas relaciones contractuales con el personal, asumir la gestión económica del centro y la responsabilidad del funcionamiento del mismo ante la Administración, padres de alumnos, profesorado y personal no docente». La única alusión a los centros concertados es la que se refiere a la creación de una Junta Económica en la letra d) del citado artículo. La intervención de profesores, padres y alumnos se dejaba al desarrollo del Reglamento de Régimen Interior del Centro (artículo 34.2), lo cual ha sido declarado inconstitucional en virtud de la sentencia de 13 de febrero de 1981. En Compendio de legislación escolar, ob. cit., pág. 144. La desigualdad que ponía de manifiesto la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares respecto a los derechos constitucionales recogidos en el artículo 27.7 y 27.6 se puede analizar en los debates parlamentarios que dieron lugar a la citada ley. Véase la intervención del Diputado socialista Sr. Gómez Llorente, en Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, ob. cit., pág. 335.

100. Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1985, en BJC n.º 51, pág. 820.
101. Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1985, en BJC n.º 51, pág. 821.
102. Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1985, en BJC n.º 51, pág. 821.
103. Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1985, en BJC n.º 51, pág. 821.
104. «El País». Suplemento educación, 8 de abril de 1986, n.º 179. El Tribunal Constitucional ha señalado que la participación del Consejo Escolar en el procedimiento de despido de los profesores es una garantía ante cartas de despido como las que recoge la Sentencia 47/1985, de 27 de marzo, en la que se procedió al despido de una profesora por disconformidad con las normas de la dirección del centro, creando con ello fricciones que deterioran los criterios que presiden la enseñanza en el citado centro, y por desarrollar una actividad profesional que no se ajusta al ideario que rige dicho centro. En BJC n.º 48, pág. 453.
105. Es jurisprudencia establecida tanto en la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, como en la Ley Orgánica del Derecho a la Educación.
106. Véase en Legislación sobre enseñanza, ob. cit., pág. 101.
107. Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio, BJC n.º 51, pág. 822.
108. Consúltese la obra de J. L. Carro «Libertad de enseñanza y escuela privada», ob. cit., pág. 215.
109. Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio, en BJC n.º 51, pág. 822.
110. A. Embid Irujo, «El contenido del derecho a la educación», ob. cit., pág. 666.
111. Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio, en BJC n.º 51, pág. 822.
112. Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio, en BJC n.º 51, pág. 822.
113. Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985 de 17 de junio, en BJC n.º 51, pág. 822.

1. A. Embid Irujo, *Las libertades en la enseñanza*. Tecnos, 1983, pág. 208.
2. En *Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares*. Trabajos parlamentarios. Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, 1981, pág. 215.
3. Véase en *Compendio de legislación escolar*. Editorial Escuela Española, 1981.
4. Una de las funciones de la ideología es precisamente la de ocultar la verdad con objeto de dominio, el interés de una clase hecho pasar por la libertad sin limitaciones, la igualdad puramente formal hecha pasar por la igualdad sustancial, o de oportunidades. En N. Bobbio, «¿Hay derechos fundamentales?», dentro de la obra colectiva *Crisis de la democracia*. Ed. Ariel, 1985, pág. 23.
5. F. Rubio Llorente, «La política educativa en la España de los años 70», vol. III, Ed. Moneda y Crédito. Madrid, 1974, citada por A. Embid, «El contenido del derecho a la educación», pág. 675.
6. Estas son las características del modelo de enseñanza de la derecha parlamentaria: frente a un sistema participativo y autogestionario de pluralismo interno, un sistema de pluralismo externo y por tanto de respeto a la coherencia interna de cada centro de enseñanza como oferta social clara y definida. El principio de igualdad y de gratuidad en el derecho a la educación ha de realizarse a través del derecho primario a la elección del tipo de enseñanza en un sistema estructural de pluralismo externo. Por consiguiente, la financiación de la enseñanza deberá dejar de hacerse en base al criterio del carácter público o privado del centro para hacerse en base al criterio de la demanda social de un tipo educativo y de un centro en concreto. En Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, ob. cit., pág. 138.
7. Véase este precepto en *Legislación sobre enseñanza*, ob. cit., pág. 55. Sin embargo, A. Embid Irujo le reconoce valor de norma ordinaria. En *Libertades en la enseñanza*, ob. cit., pág. 207. Nicolás Muñiz niega eficacia jurídica a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en España», REDC, n.º 7, 1983, pág. 345. En el mismo sentido, A. Truyol y Serra reconoce que la Asamblea General de la O.N.U. sólo tiene, en principio, competencia para hacer «recomendaciones». Véase su estudio preliminar a la obra *Los derechos humanos*. Tecnos, 1979, págs. 31-32.
8. Luis Prieto Sanchis, «Relaciones Iglesia-Estado y Constitución», en *La Constitución española de 1978*. Estudio sistemático dirigido por E. García de Enterría y A. Predieri. Civitas, 1980, pág. 367.
9. A. Embid Irujo, «El contenido del derecho a la educación», REDA, n.º 31, 1981, pág. 672.
10. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «Enseñanza. Artículo 27», *Comentarios a las Leyes Políticas* dirigidos por Oscar Alzaga. EDESA, 1983, pág. 175.
11. Luis Prieto Sanchis reconoce implícitamente este derecho en la Constitución si relacionamos el párrafo tercero con el sexto, que garantiza la libertad de creación de centros docentes, lo cual supone la admisión de pluralismo educativo, ob. cit., pág. 367.
12. En relación con la Constitución suiza, Walter Kämpfer señala que la BV desconoce cualquier derecho general de los padres en el sentido del artículo 6.6., o en el sentido del artículo 2 del Protocolo Adicional de la Convención Europea de 1952. El derecho de los padres a la educación está, sin embargo, consagrado para toda Suiza por las prescripciones del Código Civil (artículos 276, 302 y 303 ZBG). Solamente se atribuye a los padres o al titular de la patria potestad un derecho constitucional en relación con la educación religiosa de sus hijos, respecto a lo cual hay que precisar que, sin duda, solamente se extiende hasta que el niño alcance la edad de 16 años (art. 49.3 BV). Después es al propio niño a quien corresponde decidir sobre su confesión religiosa. En «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Suiza», REDC, n.º 7, 1983, pág. 131. Del mismo modo, el artículo 30 de la Constitución italiana dispone el derecho y deber de los padres de mantener, educar y enseñar a sus hijos legítimos e ilegítimos y, en caso de incapacidad de los padres, la ley establecerá las medidas pertinentes para el cumplimiento de sus obligaciones, interpretándose esta disposición en el sentido de que el derecho a la educación no es exclusivo o preferente de la familia. La obligación de los padres expresada en el artículo 30 de la Constitución tiene su reflejo en el Código Civil y, en relación con la enseñanza básica elemental tiene un significado especial, ya que dicha obligación está regulada en el artículo 731 del Código Penal y, por tanto, su incumplimiento será considerado como una infracción penal. Consúltense el trabajo de L. Elia, E. Volterra y A. La Pèrgola, «Alcance

y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Italia», REDC, n.º 7, 1983, pág. 178.

13. A. Embid Irujo, «El contenido...», ob. cit., pág. 673. En el mismo sentido se pronuncia J. A. Alonso de Antonio, que considera como manifestación del derecho a la libertad religiosa, la educación de los hijos de los miembros de la comunidad religiosa. Este tema está previsto expresamente en los artículos 27.3 y 27.6 de la Constitución. En «El derecho a la libertad religiosa», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 2 (monográfico) sobre Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978. 1979, pág. 245.
14. En opinión de Luis Prieto Sanchís, la Constitución no impone una solución determinada, aunque la situación del precepto parece sugerir una cierta vinculación entre enseñanza y catequesis, en «Relaciones...», ob. cit., pág. 365. La Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares recogía en el artículo 5.º la recepción de la enseñanza religiosa «dentro del sistema educativo». Este precepto ofrece una gran similitud con el programa de Alianza Popular que reconoce como puntos fundamentales de su programa educativo el derecho de los padres a elegir el tipo de educación y a que los hijos o pupilos reciban, «dentro del sistema educativo», la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con las convicciones de los padres. Véase en Esnañar en libertad. Servicio de Publicaciones de Alianza Popular. Comisión de enseñanza. Madrid, 1983.
15. A. Embid Irujo, «Derecho a la educación y derecho educativo paterno». (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982), REDC, n.º 7, 1983, págs. 386-387. Esta sentencia puede encontrarse también en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional n.º 36, 1984.
16. Véase en Legislación sobre enseñanza, ob. cit., pág. 56. El Tribunal Europeo ha señalado que la educación de los niños es el procedimiento total mediante el cual, en cualquier sociedad, los adultos inculcan a los más jóvenes sus creencias, hábitos y demás valores, mientras que la enseñanza o instrucción se refiere especialmente a la transmisión de conocimientos y a la formación intelectual. Véase en la sentencia de 25 de febrero de 1982, BJC n.º 36, 1984, pág. 673.
17. Así se encuentra establecido por la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos. En Walter Kämpfer, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación. Informe General», REDC n.º 7, 1983, pág. 250.
18. La instrucción religiosa como asignatura ordinaria en las escuelas y el mantenimiento de las Facultades de Teología, tal y como recoge el artículo 149 C, es una garantía institucional. En Carl Schmitt, Teoría de la Constitución. Alianza, 1982, pág. 177.
19. Véase en la obra colectiva de E. Linde, L. I. Ortega y M. Sánchez Morón, El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Prólogo de E. García de Enterría. Civitas, 1977.
20. Idem, pág. 201.
21. Idem, pág. 203.
22. Idem, pág. 203.
23. Idem, págs. 203 y 204.
24. Idem, pág. 351.
25. La justificación que dio la Comisión que, en 1961 estudió este problema, para introducir la educación sexual en las escuelas primarias con carácter obligatorio era «el preocupante incremento de embarazos no deseados», en E. Linde y otros, ob. cit., pág. 349.
26. BJC n.º 36, 1984, pág. 674.
27. A. Embid Irujo, ob. cit., pág. 385.
28. Idem, pág. 393.
29. J. L. Carro, Polémica y reforma universitaria en Alemania. Civitas. Madrid, 1976, pág. 84.
30. A. Embid Irujo, ob. cit., pág. 396.
31. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982, BJC, n.º 36, 1984, págs. 674 y 675. También A. Embid Irujo, ob. cit., págs. 390 y 391. El derecho expresado en la segunda frase es accesorio del derecho fundamental a la instrucción.
32. Artículo 4.º de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, en Legislación sobre enseñanza. Selección y preparación de textos de A. Embid Irujo. Tecnos, 1985.
33. En Legislación sobre enseñanza, ob. cit., pág. 65.
34. Se ha interpretado el ideario del centro como un derecho autónomo, proyección del derecho a crear centros docentes. Véase la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, BJC, n.º 1, 1981, pág. 34.
37. En opinión de A. Fernández-Miranda y Campoamor, no hay educación sin transmisión de conocimientos ni enseñanza sin transmisión de valores, en «Enseñanza. Artículo 27», dentro de los Comentarios a las Leyes Políticas dirigidos por O. Alzaga. Edersa. 1983, pág. 165. El Tribunal Constitucional en la sentencia, ya tantas veces mencionada, sobre el Estatuto de Centros Escolares ha diferenciado entre aspectos propiamente educativos o formativos

de la enseñanza y la simple transmisión de conocimientos, «terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios», BJC n.º 1, 1981, pág. 34.

38. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, ob. cit., pág. 177.
39. Véase en Legislación sobre enseñanza, ob. cit., pág. 575 y ss. La Orden Ministerial de 9 de abril de 1981 fija los contenidos de la enseñanza de la religión y moral católicas, en el Boletín Oficial del Estado de 20 de abril de 1981 (n.º 94). Por la Orden Ministerial de 7 de noviembre de 1983 se incorpora al Bachillerato el programa de la enseñanza religiosa adventista propuesto por la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día, en el Boletín Oficial del Estado de 14 de noviembre de 1983 (n.º 272). La Orden Ministerial de 19 de junio de 1984 incorpora a los Planes de estudio de Bachillerato y Formación Profesional, las enseñanzas de formación religiosa de la Iglesia Jesuista de los Santos de los Últimos Días y se aprueban los cuestionarios y las prestaciones pedagógicas, en el Boletín Oficial del Estado de 6 de julio de 1984, (n.º 161).
40. Orden Ministerial de 16 de julio de 1980, en Legislación sobre enseñanza, pág. 575.
41. Artículo 1.º: «A la luz del principio de libertad religiosa, la acción educativa respetará el derecho fundamental de los padres sobre la educación moral y religiosa de sus hijos en el ámbito escolar.
En todo caso, la educación que se imparta en los centros docentes públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana».
Artículo 2: «Los Planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (E.G.B.) y de Bachillerato Unificado Polivalente (B.U.P.) y Grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.
Por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos. Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla.
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. En los niveles de enseñanza mencionados, las autoridades académicas correspondientes permitirán que la jerarquía eclesiástica establezca, en las condiciones concretas que con ella se convenga, otras actividades complementarias de formación y asistencia religiosa. En Legislación sobre enseñanza, pág. 67 y 68.
42. Son los padres quienes habrán de solicitar la formación religiosa de sus hijos, porque el artículo 27.3 reconoce un derecho que puede ejercitarse o no, y porque la solución contraria equivaldría a presumir las convicciones religiosas de los padres. Véase sobre este punto, Luis Prieto Sanchis, «Relaciones...», ob. cit., pág. 366.
43. EL último párrafo del artículo 1.º del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede alude expresamente al respeto de los valores de la ética cristiana en los centros públicos. Véase nota 41.
44. Primero: 1. La enseñanza de la Religión y Moral Católicas se impartirá en todos los Centros docentes, públicos o privados, como materia ordinaria de los Planes de estudio, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, en los niveles de Educación Preescolar y Educación General Básica —siempre que haya alumnos cuyos padres o tutores soliciten que se imparta dicha enseñanza—, tanto en sus modalidades ordinarias como en las de Educación Especial y Educación Permanente de Adultos.
1.2 En cualquier caso, la educación que se imparta en todos los centros docentes será respetuosa con las convicciones religiosas de los alumnos. En consecuencia, todos los profesores están obligados en su tarea educativa a respetar tales valores así como la conciencia de los alumnos».
La Orden de 16 de julio de 1980 sobre la enseñanza de la Religión y Moral Católica en Bachillerato y Formación Profesional señala: «La enseñanza de la Religión y Moral Católicas tendrá carácter optativo. Aquellos que no opten por la enseñanza de la Religión y Moral Católicas se inscribirán en los cursos de Ética y Moral que se describen en el anexo, sin perjuicio de lo que se convenga con otras confesiones religiosas respecto a la educación de sus miembros en el ámbito escolar». En Legislación sobre enseñanza pág. 576 y 582.
45. El último párrafo del artículo 1.º del Acuerdo atentaría en opinión de A. Embid Irujo, contra la Libertad de cátedra, en Las libertades en la enseñanza, ob. cit., pág. 205. Los costos de la enseñanza religiosa pueden ser asumidos en virtud de Tratados con las diferentes Iglesias como sería el caso de Austria. Por el Tratado de St. Germain, el Estado tiene que asumir los gastos de personal derivados de la enseñanza religiosa. En Karl Spielbüchler, «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Austria», REDC n.º 7, 1983, pág. 85.
46. Jorge de Esteban y Luis López Guerra, El régimen constitucional español, pág. 333.
47. Véase el trabajo de A. Embid Irujo, «El contenido...», pág. 676.
48. En Constitución Española. Trabajos parlamentarios. Edición preparada por F. Sainz Moreno. Servicio de publicaciones de las Cortes Generales, t. III, 1980, pág. 2.950.
49. Idem, pág. 2.950.

50. Véase la enmienda n.º 149 de Camilo José Cela y la enmienda n.º 239 firmada por Heribert Barrera Costa en nombre de Minoría Catalana, en Constitución Española. Trabajos parlamentarios, ob. cit., págs. 2.723 y 241 respectivamente. Hay que recordar que el primer borrador del texto constitucional filtrado a la prensa el 25 de noviembre de 1977, no se hablaba de la libertad de enseñanza y se decía que los poderes públicos «homologarán y podrán ayudar eficazmente a las escuelas que reúnan los requisitos que la ley establezca», en Documentación Administrativa, n.º 180, 1979.
51. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, vol. I, pág. 132.
52. Idem, pág. 176.
53. A. Embid Irujo, «El contenido...», pág. 677.
54. A. Fernández-Miranda y Campoamor, ob. cit., pág. 170.
55. Jorge de Esteban y Luis López Guerra, ob. cit., pág. 199. También A. Embid Irujo piensa que el artículo 27.9 contiene sólo una directiva «en blanco» para una futura ley ordinaria. En «El contenido...», ob. cit., pág. 677.
56. A. Fernández-Miranda y Campoamor, ob. cit., pág. 170.
57. Como señala A. Embid Irujo, de los derechos de libertad proclamados en la Constitución no es posible deducir un mandato de subvención a no ser que la misma Constitución lo contenga expresamente. En «El contenido...», pág. 676.
58. A. Fernández-Miranda y Campoamor, ob. cit., pág. 170.
59. Sentencia 77/1985, de 27 de junio, BJC n.º 51, 1985, 816.
60. Idem, pág. 1.002.
61. STC 86/1985, de 10 de julio, BJC n.ºs 52-53, 1985.
62. Idem, pág. 1.002.
63. Idem, pág. 1.002.
64. A. Embid Irujo, «La jurisprudencia...», ob. cit., págs. 190-202.
65. La mayor parte de los autores coinciden en negar una pretensión de subvención por parte de los Estados firmantes del Protocolo Adicional a cada tipo de educación deseada por los padres. En este sentido, Karl Spielbüchler, ob. cit., pág. 90. Jacques Velu señala al respecto, que el derecho a la instrucción se ha descrito con palabras negativas para evitar una interpretación que obligaría a los gobiernos a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a todos la educación deseada, aunque de ello no quepa deducir que el Estado carezca de toda obligación positiva para asegurar el respeto del derecho a la educación. En «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en Bélgica». REDC n.º 7, 1983, pág. 220. En opinión de A. Embid Irujo, la formulación negativa significa que las Partes Contratantes no reconocen un derecho a la educación que les obligue a mantener a su costa o a subvencionar un sistema de enseñanza de una forma o a una escala determinadas. En «Derecho a la educación...», págs. 387-388.
66. A. Embid Irujo, Las libertades en la enseñanza. Tecnos, 1983, pág. 208.
67. A. Embid Irujo, Las libertades en la enseñanza, pág. 129.
68. Idem, pág. 173.
69. A. Embid Irujo, «El contenido del...» ob. cit., pág. 676.
70. En Austria, el artículo 17.2 de la L.F. garantiza la libertad de las escuelas privadas, esto es, la libertad de constituir centros de instrucción y de educación, y de impartir en ellos docencia bajo la única condición de la demostración de la capacitación. No están garantizados por la Constitución subsidios estatales a los centros de enseñanza privados, sin embargo el Acuerdo con la Santa Sede de 1962 asegura a la Iglesia Católica subvenciones para los gastos de personal, que han de tener lugar bajo la forma de asignación de profesores estatales en número suficiente para el cumplimiento de la obligación de escolaridad, en las escuelas confesionales con estatuto de carácter público, en la medida en que la relación entre el número de alumnos y el número de profesores corresponde, en general, con la de los centros de enseñanza públicos similares, en Karl Spielbüchler, ob. cit., págs. 82 a 85.
71. A. Embid Irujo, Las libertades..., pág. 242. En contra, J. L. Villar Ezcurra, ya que si se consagra la obligatoriedad de la enseñanza para un determinado nivel, se proclama implícitamente su gratuidad. En «El derecho a la educación como servicio público», Revista de Administración Pública, n.º 88, pág. 170.
72. R. González-Tablas y Sastre, EL derecho a la educación como derecho fundamental en la Constitución española de 1978. Sevilla, 1980, pág. 77.
73. Idem, pág. 77.
74. Véase en Legislación sobre enseñanza, ob. cit., pág. 80. El artículo 13 de la Ley General de Educación decía en su apartado 2.º que la educación preescolar, de carácter voluntario, comprendía hasta los cinco años de edad. En el apartado 3.º se consagraba la gratuidad de la enseñanza Preescolar en los centros estatales, pudiendo serlo también en los centros

- no estatales que solicitasen el oportuno concierto, —concierto que nunca se realizaría en ningún nivel y para ningún centro de carácter privado—.
75. A. Fernández-Miranda y Campoamor piensa que puesto que con la financiación lo que se persigue es hacer posible la libertad de elección de centro, habrá de tenerse muy en cuenta la realidad de la demanda social, la viabilidad del centro privado, y la efectividad en el ejercicio de quienes ostentan otras convicciones. En «Enseñanza. Artículo 27», pág. 170.
 76. A. Fernández-Miranda y Campoamor, ob. cit., pág. 133.
 77. Damián Traverso, «Por un consenso constitucional», en *Revista de Educación* n.º 253, 1977, citado por L. Prieto Sanchís, ob. cit., pág. 367.
 78. Como por ejemplo el Real Decreto 488/1973, de 1 de marzo sobre sistemas de ayudas y beneficios a la iniciativa no estatal en materia de enseñanza.
 79. No todos los autores establecen esta relación entre gratuidad y derecho a la educación. Así Luis Sánchez Agesta es partidario de la ayuda a los centros privados, sin condiciones, basándose en los mandatos de la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza. En El sistema político de la Constitución de 1978. Editora Nacional. Madrid, 1980, pág. 143. Por otra parte, Luis Prieto Sanchís piensa que «nada impide que en el futuro el otorgamiento de las subvenciones se condicione a que el centro docente reúna determinadas características en cuanto a la fijación del ideario y del proyecto educativo, así como en lo referente a los modos de gestión; con ello, en definitiva, se lograría integrar los centros privados en la red de escuelas públicas». En «Relaciones...», pág. 372.
 80. Luis Sánchez Agesta incluye, además, el tiempo de escolarización en cada nivel de enseñanza, y las condiciones de las instalaciones, en El sistema..., ob. cit., pág. 142.
 81. A. Embid Irujo, «El contenido...», pág. 676.
 82. Artículo 1.º: «1. Todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de educación básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la ley establezca.
2. Todos, asimismo, tienen derecho a acceder a niveles superiores de educación, en función de sus aptitudes y vocación sin que, en ningún caso, el ejercicio de este derecho esté sujeto a discriminaciones debido a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno.
3. Los extranjeros residentes en España tendrán también derecho a recibir la educación a que se refieren los apartados uno y dos de este artículo. En Legislación sobre enseñanza, págs. 80 y 81. EL artículo 3.º de la LOECE pretendía «extender la gratuidad, en cuanto las posibilidades presupuestarias lo permitieran, a la etapa preescolar», en Compendio de Legislación Escolar. Ed. Escuela Española, 1980, pág. 139.
 83. En Legislación sobre enseñanza, págs. 85-86. El párrafo segundo del artículo 5.º de la LOECE relacionaba la financiación de los centros privados con la elección del centro: «El Estado, mediante la correspondiente Ley de Financiación de la enseñanza obligatoria, garantizará la libertad fundamental de elección de centro educativo, en los niveles de enseñanza que se establezcan como obligatorios y, consecuentemente, gratuitos». Esta Ley se puede encontrar en la obra ya citada, Compendio de Legislación Escolar. Ed. Escuela Española, 1982.
 84. Artículo 27.3 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, en Legislación sobre enseñanza, pág. 88.
 85. Artículo 51 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, en Legislación sobre enseñanza, págs. 96 y 97.
 86. Artículo 62.1.a) y b) de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, en Legislación sobre la enseñanza, pág. 101.
 87. Véase en Legislación sobre Enseñanza, pág. 86.
 88. *Sentencia Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio, BJC, n.º 51, 1985, págs. 813 y 814.*
 89. Este parece ser el sentido del párrafo primero del artículo 63: «En los supuestos de rescisión del concierto, la Administración educativa competente adoptará las medidas necesarias para escolarizar a aquellos alumnos que deseen continuar bajo régimen de enseñanza gratuita, sin que sufra interrupción en sus estudios». En Legislación sobre enseñanza, pág. 102.
 90. Véase en Legislación sobre enseñanza, ob. cit., pág. 575 a 588.
 91. Refiriéndose a los centros que satisfagan necesidades de escolarización, al nivel socioeconómico de las familias, a los precios percibidos por todos los conceptos y a la selección del alumnado conforme a los criterios establecidos para los centros públicos, gozando de preferencia aquellos centros que escolaricen con carácter exclusivo una zona. En Legislación sobre enseñanza, ob. cit., págs. 575-588.
 92. Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio, BJC, n.ºs 52-53, 1985, págs. 1.001 a 1.003. Algunos autores se muestran partidarios de ayudar a la demanda en lugar de a la oferta educativa, porque el fin perseguido es posibilitar el ejercicio de la libertad de enseñanza. Esta es la opinión de Alfonso Fernández-Miranda y

- Campoamor, ob. cit., pág. 172. Por el contrario A. Embid Irujo centra al objeto de las ayudas económicas en la realización del derecho a la educación, en «El contenido del derecho a la educación», ob. cit., pág. 679.
93. A. Torres del Moral y M. L. Villarrubia, «La constitucionalización de los derechos del minusválido», en *Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978*, n.º 2 (monográfico) de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, pág. 83.
 94. *Idem*, pág. 85.
 95. *Idem*, pág. 86. Los autores acuden al artículo 38.3 de la Constitución italiana para fundamentar «el derecho a la educación y a la adaptación profesional de los incapaces y disminuidos», en pág. 59.
 96. Sobre este punto señala F. Castedo que «el Estado sólo puede limitar los derechos individuales en la medida en que ello sea necesario para el libre y completo desarrollo de los mismos por los demás». En «La Constitución y las fuentes del Derecho», dentro de la obra colectiva *La Constitución Española y las fuentes del derecho*. Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, Madrid, 1979.
 97. Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero sobre la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares. BJC, n.º 1, 1981, pág. 48. No comprende A. Fernández-Miranda y Campoamor el sentido de esta garantía y califica de «ociosa» la referencia a la creación de centros docentes por parte de los poderes públicos, en «Enseñanza», ob. cit., pág. 135.
 98. A. Embid Irujo, «El contenido del derecho a la educación», ob. cit., pág. 681.
 99. A juicio de F. Murillo Ferrol, «el éxito de una reforma fiscal al alza depende, en buena parte, del tipo de proceso político que le da nacimiento». Lo que él denomina «el peso que el procedimiento de adoptar decisiones tiene sobre la mansedumbre de los ciudadanos». En «La crisis del Estado», en la obra colectiva dirigida por J. Linz, España: un presente para el futuro, vol. II. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1984, pág. 34.
 100. J. González Anleo, «EL sistema educativo español», en la obra colectiva ya citada, España: un presente para el futuro. Instituto de Estudios Económicos. Madrid 1984, págs. 324 a 326.
 101. Hans Joachim Faller afirma, en relación con la Ley Fundamental alemana, que el reconocimiento que en ella se hace del Estado Social (artículo 20.1), se contempla hoy como la garantía constitucional primaria de un sector educativo público eficaz. En «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal de Alemania», REDC, n.º 76, 1983, pág. 39.
 102. *Idem*, págs. 39 a 43.
 103. J. M. Maravall, *La reforma de la enseñanza*. Laia. Barcelona, 1984, págs. 197 a 199. Véanse las interesantísimas opiniones de J. González Anleo sobre la igualdad de oportunidades y la educación compensatoria la cual debe llegar, a su juicio, hasta elevar el nivel de información, el nivel económico y jurídico de las familias y grupos sociales menos favorecidos, fortaleciendo la Educación Especial y Preescolar y potenciando la cultura popular mediante el empleo de todos los medios disponibles. En «El sistema educativo español», ob. cit., págs. 324 a 326.
 104. Véase el Real Decreto de 28 de julio de 1983, citado por J. M. Maravall, ob. cit., pág. 189 a 196.
 105. *Idem*, pág. 190.
 106. J. M. Maravall, ob. cit., pág. 105.
 107. Sobre la consideración de los derechos fundamentales como un «orden objetivo de valores» ya hemos hecho referencia en capítulos anteriores. Véase, en concreto las notas 38, 39, 40, 41, 42 y 43 del Capítulo V. Sin embargo, como acertadamente observa Luis Aguiar de Luque, «aunque el ordenamiento español cuenta con mecanismos de respuesta ante posibles violaciones por omisión del poder ejecutivo y del poder judicial, no establece, en buena lógica, mecanismos expresos frente a omisiones del poder legislativo (la denominada por la Constitución portuguesa en el artículo 279, inconstitucionalidad por omisión) lo que no obsta para que por vía jurisprudencial pueda paliarse esto declarando ilegítimas situaciones o relaciones que no se habría consolidado si no hubiera existido dicha omisión». En «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», Revista de Derecho Político, n.º 10, 1981, pág. 114.
 108. Luis Aguiar de Luque, «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales. La interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional Español», Revista de Derecho Político, n.ºs 18-19, 1983, págs 20 y 21.



MINISTERIO DE EDUCACION Y CIENCIA

Centro de Publicaciones