

---

# Los derechos educativos: 25 años de experiencia constitucional\*

por Ángel J. GÓMEZ MONTORO  
*Universidad de Navarra*

## 1. Consideraciones introductorias

Muchas veces se ha insistido en las dificultades que suscitó la redacción del art. 27 de la Constitución española (en adelante CE). En este punto, los debates constituyentes enfrentaron a dos modelos que hasta entonces se habían presentado como irreconciliables y de los que sus defensores hacían una cuestión de principio. Se ha señalado igualmente que sólo desde esta perspectiva es posible entender la redacción final del mencionado precepto, en el que coexisten contenidos muy diversos, vinculados con posiciones ideológicas distintas que alcanzaron un importante consenso en las fórmulas más o menos amplias —y si se quiere ambiguas— que se recogen en cada uno de los diez apartados que lo integran.

Sin desconocer esa realidad, pienso que, más allá de las circunstancias co-

yunturales que influyeron en la redacción del Texto constitucional, esa pluralidad de contenidos —ese carácter «pluridimensional» del que con frecuencia se habla— es una consecuencia necesaria de los distintos bienes e intereses que concurren en la educación y que, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, se hallan en una «estrecha conexión... derivada de la unidad de su objeto» (STC 86/1985, FJ 3º).

Buena parte de los problemas que se suscitan en este ámbito derivan de la dificultad que sin duda existe para articular la libertad de enseñanza con el derecho a la educación en tanto que derecho prestacional y con el aseguramiento de una igualdad esencial entre los españoles. La consecución de este equilibrio no es desde luego tarea fácil, y poco

\* El presente trabajo coincide, básicamente, con la ponencia que presenté en el curso *Libertad, igualdad y pluralismo en educación* que se celebró dentro de los Cursos de Verano de la Universidad Complutense en El Escorial del 7-11 de julio de 2003, bajo la dirección de Miguel Ángel Sancho Gargallo, a quien agradezco la autorización para publicarlo en esta revista.

contribuyen a ello las lecturas ideológicamente sesgadas de la Constitución. Esta ha tenido, sin duda, el mérito de integrar «por primera vez en la historia española, la libertad en la transmisión del saber y la efectividad en el acceso a su recepción, en un intento de conciliar los principios constitucionales de libertad e igualdad» (Fernández-Miranda). Es verdad que ese consenso, plasmado en el art. 27 de la Constitución, no supuso el fin de las controversias y, de hecho, la alternancia en el poder de las dos ideologías dominantes ha llevado consigo profundas reformas del sistema educativo, acometidas desde las propias posiciones y con la consiguiente polémica. Afortunadamente, muchos de los excesos partidistas han sido rectificadas por el Tribunal Constitucional, que ha desarrollado en estos años una labor de «pacificación», estableciendo puntos de equilibrio que han venido a moderar los efectos negativos de las visiones más reductoras de algunos actores políticos. De hecho, puede afirmarse que, por lo que a la problemática jurídico-constitucional se refiere, buena parte de las cuestiones esenciales estaban ya relativamente resueltas (o al menos existían los criterios para resolverlas) en el año 1985. Esto no quiere decir que los problemas hayan desaparecido; pero cabe afirmar que existen importantes puntos de encuentro en los que no es fácil que se produzcan retrocesos, si bien, y por las razones que expondré, me parece que la situación es más satisfactoria en lo que se refiere a la dimensión prestacional del derecho a la educación que en lo que atañe a su dimensión de libertad.

## 2. La pluralidad de contenidos del art. 27 de la Constitución y la necesidad de un análisis integrador

La educación se presenta como un fenómeno complejo, con múltiples repercusiones en el mundo del Derecho y, más en concreto, en el ámbito de los derechos subjetivos, lo que explica la pluralidad de contenidos del art. 27 de nuestra Constitución. Cabe señalar, en primer lugar, un *derecho a recibir educación*, o más sencillamente el derecho a la educación, que se proclama en el inciso primero del art. 27.1 y cuyo contenido como derecho prestacional se concreta fundamentalmente en la enseñanza básica gratuita (art. 27.3). Existe, en segundo término, un *derecho de libertad* que tiene su reflejo en el inciso final del art. 27.1 CE, según el cual «se reconoce la libertad de enseñanza»; en el apartado 3, que garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones; y en el apartado 6, que reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro de los principios constitucionales. Pero en el art. 27 se incluyen también contenidos que no son los propios de un derecho sino de normas que imponen *obligaciones al Estado* y, al mismo tiempo, le habilitan para que adopte las medidas necesarias en orden a garantizar la escolarización (art. 27.4), establecer la programación general de la enseñanza (art. 27.5), llevar a cabo las labores de inspección y homologación del sistema educativo (art. 27.8) y ayudar —financieramente, se entiende— a los centros docentes que reúnan los requisi-

tos que la ley establezca, todo ello para conseguir que la educación conduzca a «el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos y convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (art. 27.2).

A estos contenidos —que junto a la *libertad de cátedra* que garantiza el art. 20.1 c) CE, son sin duda los más importantes en lo que los derechos educativos se refiere— se añaden los *derechos de participación* que garantizan los apartados 5 (en términos muy generales por lo que se refiere a la programación de la enseñanza) y 7 (que de manera más precisa, aunque con un contenido a determinar por el legislador, dispone que «los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca»). El artículo se cierra con el reconocimiento de la autonomía de las Universidades (apartado 10), sin duda de gran trascendencia pero que plantea una problemática en buena medida diferente a la que va a ser objeto de este análisis.

Además de esta pluralidad de contenidos, que como se ha escrito «deben distinguirse en lo que son diferentes, pero sin olvidar que forman parte articulada e instrumental de un todo armónico del que reciben toda su consistencia y vigor» (Martínez López-Muñoz), conviene insistir en la pluralidad de los actores cuyos derechos confluyen en la educación y que, de alguna manera, están presentes a lo largo del art. 27 CE. En primer lugar los alumnos, que son los titulares del dere-

cho a la educación. En segundo lugar, los padres, a los que la Constitución les reconoce el derecho-deber de atender a sus necesidades (art. 39.3), y entre ellas la educación, eligiendo la que entiendan más acorde a sus propias convicciones (art. 27.3). Pero los padres no sólo tienen derechos propios en este ámbito sino que, en cuanto representantes legales de los hijos, son ellos quienes tienen que adoptar muchas de las decisiones que a éstos afectan, también en materia de derechos fundamentales. En tercer término, los profesores, que gozan de libertad de cátedra (art. 20.1 c). En cuarto lugar, aquellas personas físicas y jurídicas que, en ejercicio del derecho reconocido en el art. 27.6 CE, se convierten en titulares de centros docentes. Y, por último, el poder público, que propiamente no tiene derechos pero sí importantes funciones según acaba de señalarse, a las que se añade la obligación genérica de atender a la protección integral de los hijos que enuncia el art. 39.2 CE. A la hora de integrar los derechos e intereses de todos ellos, el criterio principal debe ser, sin duda, el interés del menor, pero sin olvidar que la determinación de éste corresponde *prima facie* a los padres.

Pero en la Constitución existen otros preceptos relevantes en materia educativa. Además de las normas de distribución de competencias entre Estado y CCAA, que quedarán al margen de este análisis, cabe mencionar entre otros el art. 16, que asegura las libertades ideológica y religiosa con las que la educación —y sobre todo la libertad de enseñanza— está estrechamente relacionada; el art. 20, que proclama las liber-

tades de expresión y recoge también algunos de sus límites, entre los que se encuentra la tutela de la juventud y de la infancia (apartado 4); los arts. 35 y 38 que garantizan respectivamente las libertades de elección de profesión u oficio y de empresa; el ya citado art. 39.3, que recoge el deber de los padres de prestar asistencia «de todo orden» a los hijos o el art. 44 que proclama la obligación de los poderes públicos de promover el acceso a la cultura, a la ciencia y a la investigación.

Para completar esta relación es necesario referirse a dos artículos no directamente relacionados con la educación pero que sin duda tienen gran trascendencia para determinar el alcance de los derechos del art. 27: en primer lugar, el art. 9.2 CE, manifestación por excelencia del Estado Social proclamado en el art. 1.1 CE y según el cual los poderes públicos promoverán las condiciones para que «la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». En este mandato de igualdad real suele verse con frecuencia un título especial de intervención del Estado en materia educativa; más adelante veremos en qué medida y con qué alcance. El segundo precepto es el art. 10.2 CE, según el cual la interpretación de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados se debe llevar a cabo de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos. Como es sabido, son muchas e importantes las referencias a las libertades educativas que se contienen en Tratados de diverso tipo. No me voy a detener aquí en su enumeración, pero algunas de ellas irán apareciendo a lo lar-

go de este trabajo pues, en no pocos casos, han servido para aportar luces decisivas en algunos de los aspectos menos claros y más controvertidos de la regulación que sobre esta materia contiene nuestra Norma fundamental.

Todos estos elementos normativos constituyen, básicamente, el marco de referencia a la hora de determinar el modelo educativo querido por el constituyente. Lo primero que cabe afirmar es que se trata precisamente de eso, de un marco («un marco de coincidencias» por utilizar una expresión del Tribunal Constitucional que ha hecho fortuna para referirse a la Constitución en general) dentro del cual deben moverse los legisladores y que permite opciones político-educativas diversas, como lo evidencian los cambios legislativos que en esta materia ha habido desde la entrada en vigor de la Constitución. Pero dicho esto, no puede ignorarse que en ese marco no cabe todo y que hay decisiones bien precisas del constituyente que los poderes constituidos no deben ignorar. Entre ellas destaca la clara opción por la armónica convivencia entre el derecho de todos a la educación y la libertad de enseñanza, que aparecen proclamados conjuntamente y con la misma intensidad en el apartado primero del art. 27, lo que ha llevado a que vaya extendiéndose una fórmula que refleja bien esta tendencia y que no es otra que la del «derecho a la educación en libertad». Toda visión reductiva en este ámbito llevaría, políticamente, a romper con la voluntad del constituyente y jurídicamente, a ignorar algunos de los principios más importantes y sobre los que existe un acuerdo generalizado de

interpretación de la Constitución: me refiero a los principios de unidad de Constitución y de concordancia práctica (formulados hace ya tiempo por K. Hesse y asumidos por nuestro Tribunal Constitucional), que exigen del intérprete el esfuerzo por integrar los valores en tensión, sin sacrificar unos en beneficio de otros. La búsqueda de esos puntos de encuentro en los que se consiga la máxima coexistencia de estos contenidos es lo que básicamente ha inspirado las decisiones del Tribunal Constitucional que, en la práctica, ha venido en muchos casos a realizar *reinterpretaciones* constitucionales de la legalidad educativa (primero de la Ley Orgánica de Centros Docentes, luego de la Ley Orgánica de Derecho a la Educación) encaminadas a buscar un punto de equilibrio del que en ocasiones se había apartado el legislador.

Desde esta perspectiva integradora procederé, a continuación, a examinar los contenidos del derecho a la educación y, sobre todo, los de la libertad de enseñanza que son los que suelen presentarse como más controvertidos.

### 3. El derecho de todos a la educación

Según el apartado 1 del art. 27 CE «todos tienen el derecho a la educación». El derecho a la educación en sentido estricto se configura como un derecho prestacional, es decir, como una facultad que se concreta en la posibilidad de exigir del poder público un determinado bien o servicio, en este caso, el de la educación. A diferencia de otros derechos de este tipo, que aparecen incluidos en el

Capítulo III del Título I de la Constitución como principios rectores que sólo se hacen efectivos por la mediación y en los términos que establezca el legislador, el derecho a la educación es un verdadero derecho fundamental que, en cuanto tal, vincula a los poderes públicos, legislador incluido (art. 53.1 CE), y que puede hacerse efectivo ante los órganos judiciales y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2), lo que obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para su efectividad.

Por lo que al contenido del derecho se refiere, es evidente que no incluye la facultad de exigir cualquier tipo de educación: desde el punto de vista constitucional, el derecho incluye recibir gratuitamente la educación básica (art. 27.4), en los términos previstos por el legislador en la programación general. A éste le corresponde concretar, respetando eso sí el contenido esencial de este derecho, el alcance de la enseñanza básica. Según el art. 9 de la LOCE ésta comprende la Educación Primaria y la Educación Secundaria obligatoria, diez años de escolaridad que abarcan de los 6 a los 16, si bien se reconoce el derecho de los alumnos a permanecer en ese régimen hasta los 18 años. En el resto de las enseñanzas que el legislador pueda establecer (desde la enseñanza preescolar e infantil al bachillerato o la enseñanza a personas adultas), no hay *ex constitutione* un derecho incondicionado al acceso y a la gratuidad, si bien la libertad del poder público en este terreno se ve limitada por el derecho general de igualdad, que impide tratos desiguales no justificados.

El derecho a la educación se concreta en un haz de facultades que, sin pretender ser exhaustivo, son las siguientes: acceso a un puesto escolar y a la permanencia en el mismo; acceso a las correspondientes enseñanzas regladas y a ser evaluado objetivamente y gratuidad de la enseñanza. Con frecuencia se incluye también un derecho a la calidad de la educación, pero se trata más de una obligación del poder público que de un verdadero derecho subjetivo directamente exigible.

A la hora de mencionar los titulares del derecho, la Constitución ha optado por el término más amplio —«todos»—, lo que ha llevado al legislador a un reconocimiento generalizado del derecho que, por lo que a la enseñanza obligatoria se refiere, incluye tanto a españoles como a extranjeros y, dentro de estos, tanto a quienes se encuentran regularmente en España como a quienes están de manera irregular (art. 9.1 de la LO 4/2000), si bien y en el caso de la enseñanza no obligatoria, la titularidad se ha limitado —y como es sabido no sin polémica— a los extranjeros residentes (art. 1.3 LOE y art. 9.3 de la LO de derechos de los extranjeros, en la versión dada por la LO 8/2000).

El derecho a la educación es, sin duda, uno de los logros más relevantes del Estado social que, al facilitar el acceso de todos a la educación, se ha convertido en un decisivo factor de integración y de igualdad de oportunidades. No puede tampoco desconocerse el papel relevante que en esta plena escolarización han tenido en los países de Europa los sistemas de instrucción pública y que sin

escuela pública resultaría hoy muy difícil —si no imposible— atender la demanda educativa. Pero dicho esto, debe asimismo insistirse en que el derecho a la educación entendido como derecho prestacional no es argumento para limitar la libertad de enseñanza, incluida la de crear centros docentes, pues a diferencia de otros derechos prestacionales como la administración de justicia en los que existe un monopolio estatal, en el caso de la educación, la Constitución ha previsto la coexistencia de un derecho prestacional con la libertad de creación de centros, de manera que el Estado cumple con su obligación constitucional tanto cuando crea centros públicos como cuando apoya los nacidos de la iniciativa social. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al afirmar que «al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el número 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9º, de las correspondientes ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca» (STC 86/1985, FJ 3º).

#### 4. La libertad de enseñanza

Si el derecho a la educación es ante todo un derecho que permite exigir del Estado un puesto escolar, la libertad de enseñanza es un derecho de libertad y en cuanto tal, una facultad para obrar sin injerencias del poder público. Como muy pronto puso de relieve nuestro Tribunal Constitucional, se trata de una libertad estrechamente conectada con otras que están también garantizadas constitucionalmente: «la libertad de enseñanza

que explícitamente reconoce nuestra Constitución (artículo 27.1) puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente artículos 16.1 y 20.1a)» (STC 5/1981, FJ 7º), si bien tiene un contenido propio y autónomo. La coexistencia de una libertad así entendida con la exigencia de que el Estado asegure plazas escolares para todos y vele por la calidad de la enseñanza plantea, sin duda, tensiones. De hecho, se insiste con frecuencia en que este es el contenido jurídico verdaderamente conflictivo. Creo, sin embargo, que en muchos casos esa conflictividad deriva más de posiciones ideológicas —interesadas en insistir en la contraposición— que de las reales dificultades jurídico-constitucionales: es indudable que éstas existen, pero no lo es menos que hay vías para la correcta articulación de las dos dimensiones, y la experiencia de estos años así viene a confirmarlo.

Es bien sabido que bajo el término libertad de enseñanza se engloban una pluralidad de contenidos, distintos aunque estrechamente relacionados. En una acepción muy amplia, la libertad de enseñanza abarca cualquier forma de transmisión de conocimientos. Así entendida, no plantea especiales problemas: los padres son libres de transmitir a sus hijos aquellos conocimientos, ideas y valores que consideren oportunos y de la manera que entiendan más adecuada. Pero esta libertad no termina aquí, sino que incluye el de-

recho a elegir para sus hijos «la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (art. 27.3). Y, aunque la Constitución no lo diga expresamente, incluye asimismo el derecho a elegir centros distintos a los creados por el poder público, derecho que presupone, a su vez, la libertad de creación de tales centros, pues es evidente que la elección sería imposible si todos los centros fueran públicos. Al reconocer estas libertades, la Constitución viene a aceptar que la educación es una función indeclinable del Estado pero que antes que ello es un derecho y un deber de los padres; los niños son de sus padres y no, como pretendieran los revolucionarios franceses, «propiedad del Estado», sin perjuicio, insisto, de que las importantes responsabilidades que a éste le corresponden para velar por el interés de los menores, especialmente en los casos en que pueda verse en peligro por la actitud irresponsable de sus progenitores. Esta es, por otra parte, la tendencia generalizada en los textos internacionales; con especial claridad lo señala —por citar sólo un ejemplo— el art. 10.1 del Pacto Internacional del Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual «se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo».

a) *El derecho a elegir el tipo de educación*

Como acabo de señalar, el apartado 3 del art. 27 CE garantiza a los padres el derecho a elegir para sus hijos la forma-

ción moral y religiosa que estimen pertinente. Se trata de un derecho estrechamente vinculado con la libertad religiosa, tal y como se refleja de manera clara en muchos textos internacionales (así, según el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la libertad de pensamiento, conciencia y religión incluye la manifestación de las propias creencias mediante la enseñanza, y en términos similares se pronuncia el art. 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Pero se trata de un derecho que va más allá del propio hogar y alcanza sin duda a la educación escolar. Por ello, y aunque los contenidos de los derechos a la elección de la formación religiosa y moral y a la elección de centro no sean coincidentes (como ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 5/1981, FJ 8º, «el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el artículo 27.3 de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el artículo 13.3 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales»), uno y otro se encuentran estrechamente vinculados (y así, afirma el Tribunal en la misma sentencia y fundamento que acabo de citar que «es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral»).

Es conocido que nuestra Constitución no proclama de manera expresa la libre elección del tipo de centro (privado o público) y que esa omisión no fue precisamente inocente. Sin embargo, una interpretación del art. 27 CE desde los Tratados internacionales ha conducido a

su necesario reconocimiento pues es quizás este contenido de la libertad de enseñanza el que queda fijado de manera más clara en muchos de esos Tratados: así, el art. 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que «los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos»; y de manera aún más precisa el art. 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que «los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas» (siempre, eso sí, que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba).

Esta ha sido, desde luego, la conclusión a la que ha llegado el Tribunal Constitucional para el que «no hay dificultad alguna en admitir que el derecho de todos a la educación, en cuanto derecho de libertad... comprende la facultad de elegir el centro docente, incluyendo *prima facie* la de escoger un centro distinto de los creados por los poderes públicos» (ATC 382/1996, FJ 4º). Conclusión que alcanza a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ubicando esta libertad en el art. 27.1 aunque destacando al mismo tiempo su estrecha conexión con la reconocida en el apartado 3.

Se trata de un derecho de libertad sin contenido prestacional, en el sentido de que no puede exigirse del Estado la creación de un centro conforme al tipo de educación deseado. Pero si esto es así, la



contrapartida necesaria es entonces el reconocimiento de que tales centros puedan ser creados por entidades ajenas al poder público, sin perjuicio de que el Estado pueda atender las razonables peticiones de los ciudadanos, creando centros públicos con características específicas. Por otra parte, y como también ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, este derecho a la libre elección incluye el derecho a permanecer en el centro elegido, que se vería vulnerado en el caso de producirse una expulsión arbitraria. Este derecho despliega su eficacia frente al propio centro docente, pero no impide la expulsión cuando por el alumno no se respeten las normas de convivencia (ATC 382/1996, FJ 4º).

Pero, como ya he dicho, el apartado 3 del art. 27 CE tiene de alguna forma un contenido que no coincide con el de la elección de centro sino que es más amplio. Incluye, desde luego, el derecho de los padres a proporcionar la formación religiosa y moral por las vías que estimen pertinentes y que podrán estar al margen del sistema educativo (cuestión especialmente problemática en la que no puedo detenerme es la de la compatibilidad entre la llamada *home schooling* y el mandato de enseñanza básica obligatoria del art. 27.4 CE, que está llegando ya a algunos Tribunales y sobre la que será necesario un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional). Creo, además, que del art. 27.3, tal y como está redactado, es posible extraer también algunas consecuencias para la enseñanza pública. Es verdad que el precepto no puede entenderse como un derecho prestacional

que permita exigir del Estado que satisfaga la formación en las convicciones religiosas de los padres; pero al mismo tiempo, la Constitución no se limita a proclamar un mero derecho de libertad, un ámbito de inmunidad frente al poder público, sino que ordena a éste «garantizar» el derecho de los padres para que sus hijos reciban la educación moral y religiosa que ellos decidan. Este mandato puede entenderse, desde luego, en el sentido de evitar interferencias de terceros, pero puede sin duda avalar el que el Estado, mediante acuerdos con las distintas religiones con implantación social, garantice la enseñanza de la religión en las aulas para quien así lo desee. No creo que esto pueda entenderse como ruptura de la «neutralidad» ni de la separación que necesariamente debe garantizarse entre Iglesia y Estado. Se trata, más bien, de cumplir con un mandato constitucional y de atender a unas demandas reales por parte de los padres y permite, además, garantizar una igualdad en la formación para aquellas personas que no tienen capacidad real de elección entre enseñanza pública o privada (bien porque no exista un colegio privado en su municipio con las características deseadas, bien porque, existiendo, no reciba fondos públicos y, por ello, resulte inasequible para algunas economías familiares). Así lo ha entendido, el Tribunal Constitucional para el que «esta neutralidad no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27. 3 Constitución)» (STC 5/

1981, FJ 9º). Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la interpretación oficial del citado art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (General Comment 22, de 30.VII.1993, n.º 6) señala que la libertad de religión es compatible con que el curriculum escolar común a todos pueda incluir «materias como la historia general de las religiones y de la ética, si se imparten de modo neutral y objetivo».

b) *El derecho a la creación de centros docentes.*

La libertad de elección de centro tiene como correlato necesario el derecho a la creación de centros docentes que es proclamado con carácter general en los Tratados internacionales y que ha sido recogido con fórmula clara en el apartado 6 del art. 27 CE, según el cual «se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales». Garantiza este derecho la creación de instituciones docentes para impartir enseñanza en los distintos niveles educativos.

Aunque proclamado como derecho de libertad, es evidente que no estamos ante un simple derecho de defensa o de no injerencia por parte del poder público, sino ante un ámbito que, por razones diversas y fácilmente entendibles, está impregnado de normativa jurídica y en el que la correcta articulación de la libertad con los importantes títulos de intervención del Estado resulta especialmente complicada. No obstante, después de casi veinticinco años y por obra sobre todo de la jurisprudencia constitucional, el alcan-

ce del derecho es relativamente claro. De manera necesariamente sintética expondré sus perfiles tal y como se deducen de la mencionada jurisprudencia:

- Titulares del derecho son, como señala la propia Norma fundamental, las personas físicas o jurídicas, lo que no impide que el legislador pueda introducir determinadas limitaciones cuando existan razones de peso que lo justifiquen, como de hecho hizo en el art. 21 LODE.
- Incluye el derecho del titular del centro a establecer un ideario o carácter propio, que puede extenderse a aspectos distintos de los estrictamente religiosos o morales (STC 5/1981, FJ 8º).
- La libertad de creación de centros es compatible con el sistema de autorización, con la consiguiente facultad de la Administración educativa para verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos legalmente establecidos. Se trata, sin embargo, de una autorización estrictamente reglada que no deja margen de discrecionalidad a la Administración y que no puede implicar un control material del ideario (SSTC 5/1981, FJ 8º y 77/1985, FJ 10º).
- El art. 27.3 garantiza asimismo a su titular el derecho a la dirección del centro, que tan polémico resultó en los debates parlamentarios pero que parece una conse-

cuencia inseparable del derecho a la creación y que abarca, en sentido positivo, «el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y 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 y del Profesorado»; desde el punto de vista negativo exige «la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección» (STC 77/1985, FJ 20º).

El derecho a la creación de centros docentes no es desde luego un derecho absoluto sino que está sometido a límites. El primero de ellos se menciona en el propio apartado 6 del art. 27: el respeto a los principios constitucionales, cuyo alcance debe entenderse a la luz de lo dispuesto en el apartado 2, según el cual «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». Un segundo límite deriva de las normas que el Estado pueda adoptar, y así se proclama en los documentos internacionales (por ejemplo art. 13.4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o art. 20.2 de la Convención sobre los derechos del niño), que se refieren a «normas mínimas» que en todo caso no podrán desfigurar el contenido del derecho a la libre creación de centros.

Mayores problemas pueden plantearse por la colisión entre este derecho y los que amparan a los demás miembros de la comunidad educativa. Pero aunque algunos conflictos concretos puedan tener cierta trascendencia, creo que con carácter general no pueden suponer una quiebra de la libertad de los titulares del centro ni un sacrificio del ideario. Así lo ha señalado de manera clara el Tribunal Constitucional en los casos de colisión entre el titular del centro y la libertad de cátedra de los docentes: estos conflictos deben resolverse teniendo en cuenta la obligación de quien se incorporó al centro de respetar un ideario que previamente conocía y sabiendo, además, que esa libertad tiene un alcance sensiblemente menor en la enseñanza no universitaria, disminuyendo de manera gradual en los niveles inferiores (STC 5/1981, FJ 9º). Y, asimismo, para los supuestos de conflicto entre titular del centro y los padres, el Tribunal ha afirmado que «al haber elegido libremente para sus hijos un centro con un ideario determinado están obligados a no pretender que el mismo siga orientaciones o lleve a cabo actividades contrarias con tal ideario» (*idem*). Lo mismo puede afirmarse respecto de los alumnos y su obligación de respeto del ideario del centro: puesto que éste no puede ser contrario a los principios y valores constitucionales, y entre ellos y de manera muy destacada a los derechos fundamentales, y ha sido aceptado libremente por el alumno o por quien ostenta su representación legal, no será habitual que surjan conflictos. Resulta por ello llamativa la insistencia que en su día puso la LODE en la necesidad de garantizar el respeto a la libertad de conciencia de

los alumnos. Es evidente que ni el ideario del centro ni ninguna otra aparente justificación pueden legitimar una lesión de dicha libertad; pero no lo es menos que su invocación no puede servir para oponerse a un ideario que fue libremente aceptado, sin desconocer, por otra parte que, aunque los padres deban atender a la voluntad del menor en función de su edad y capacidades, es a ellos a quienes corresponde decidir la educación moral y religiosa que desean para sus hijos.

Me parece, por tanto, y creo que así lo demuestra la experiencia, que los puntos de colisión entre libertad de creación de centros y los referidos límites no plantean especiales problemas. Existen, sin embargo, otros argumentos, sin duda más difusos, que se invocan con frecuencia para limitar esta libertad de erección de centros docentes y que giran en torno a la igualdad. Se insiste en la innegable eficacia igualatoria que ha tenido la universalización de la educación, a la que se contraponen una enseñanza privada que vendría a satisfacer intereses particulares, de legitimidad dudosa, que contribuiría a acentuar las diferencias, cuando no a formar *élites* de poder. Frente a ella se esgrime la obligación del poder público de asegurar la no discriminación (art. 14 CE) y de promover las condiciones reales de igualdad tal y como proclama el art. 9.2 CE.

Aunque este resumen, necesariamente simple, pueda parecer una caricatura no es difícil encontrar este tipo de argumentos en algunos análisis doctrinales y en importantes medios de comunicación.

Frente a ello debe señalarse, en primer lugar, que el modelo de escuela única, pública y laica, tan querido para algunos, además de no garantizar de manera tan clara la consecución de la pretendida igualdad no es, en todo caso, ni el asumido por nuestra Constitución ni el recogido en ninguno de los Tratados internacionales que, como venimos viendo, formulan de manera clara la necesidad de conjugar las competencias del Estado con los derechos de los padres y la libre creación de centros docentes. La Constitución consagra unas libertades que, en cuanto tales, no pueden verse —o al menos no deben considerarse así ni por los actores políticos ni por los aplicadores del Derecho— como un mal menor o como algo sospechoso. Se trata de verdaderos derechos fundamentales, vinculados con la dignidad de la persona y su libre desarrollo, que deben hacerse plenamente efectivos por los poderes públicos, sin que de su ejercicio puedan derivarse consecuencias negativas de ningún tipo (siempre, claro está, que se respeten los valores constitucionales y los derechos de los demás).

Por otra parte, y como antes he señalado, tampoco el carácter prestacional del derecho a la educación es argumento que justifique la limitación de la libertad de enseñanza, pues el Estado puede satisfacerlo tanto ofreciendo plazas públicas como facilitando —mediante las oportunas ayudas— el acceso a las plazas privadas. La coexistencia de ambas permite sin duda un pluralismo que no puede perjudicar a nadie y que equilibra la consecución de la igualdad con la garantía de la libertad; de una libertad

que no sólo es uno de los valores superiores del ordenamiento como proclama el art. 1.1 CE, sino que, aunque con frecuencia se olvida, también debe ser asegurada y promovida por los poderes públicos de acuerdo con el mandato del mismo art. 9.2 de la Constitución. Como se ha señalado con toda lucidez «la realidad de una sociedad pluralista muestra que no hay ciudadanos distintos porque haya escuelas diferentes, sino cabalmente todo lo contrario: hay escuelas distintas y partidos políticos distintos, y medios de comunicación distintos... porque hay ciudadanos con diversas percepciones de la existencia» (Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, 1996, 185).

Si se acepta este planteamiento, que entiendo se adecua a la voluntad de la Constitución de conjugar derecho a la educación con libertad de enseñanza, no tiene sentido enfrentar ambos modelos educativos de forma excluyente o que el poder público «entre en competencia» con la iniciativa de origen privado. Por otra parte, y si efectivamente se constatará la existencia de desigualdades importantes entre los alumnos de los distintos tipos de educación, lo correcto sería adoptar las medidas para mejorar la calidad de la enseñanza pública (o de la privada, si fuera el caso) y, al mismo tiempo, garantizar una efectiva capacidad de elección con independencia de las posibilidades económicas de las familias.

Esto conduce derechamente al último de los temas que quería tocar en este artículo un tema sin duda trascendental para el pleno desarrollo de estos derechos y que por ello exigiría un tratamien-

to que desborda las pretensiones mucho más modestas de este balance de carácter general: me refiero al alcance del mandato constitucional de ayuda a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca (art. 27.9 CE).

c) *La financiación pública de los centros privados*

El correcto entendimiento del mandato del art. 27.9 CE tiene una relevancia indudable, pues sólo mediante la adecuada financiación de los centros no públicos se garantiza el derecho de los padres a la elección del tipo educativo y, en última instancia, la igualdad de oportunidades. Ha sido también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que a lo largo de estos años ha ido delimitando, en buena medida, el contenido del mandato constitucional, así como las consecuencias que el legislador puede legítimamente unir a la percepción de fondos públicos. Por lo que al primer punto se refiere, el alto Tribunal ha dejado claro que no existe un derecho incondicionado a la ayuda pues, como señaló en fórmula sin duda brillante aunque susceptible de ser matizada, «los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales» (STC 86/1985, FJ 4º). Al mismo tiempo, y como en otros lugares el propio Tribunal Constitucional ha señalado, el art. 27.9 no puede tampoco entenderse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda (STC 77/1985, FJ 11º). La Constitución contiene un mandato —«ayudarán»— y no una simple posibilidad, que se justifica por el papel que

los centros privados prestan a la sociedad y a la libertad de elección de tipo de educación constitucionalmente garantizada. Por otra parte, es verdad que los fondos públicos no están para financiar los «caprichos» privados, pero no lo es menos que en un Estado democrático y social quienes los administran no pueden ignorar las preferencias sociales, máxime cuando vienen constitucionalmente avaladas y protegidas de la manera más reforzada: como un verdadero derecho fundamental. Se debe, por ello, hacer un uso «apolítico» de tales fondos, objetivo éste que en mi opinión está en buena medida por conseguir. Así parecen evidenciarlo, al menos, los márgenes de decisión que tienen las administraciones educativas autonómicas según las fuerzas políticas que las controlan.

Sin entrar ahora en la cuestión de si el régimen de concierto es o no la mejor manera de cumplir con el mandato constitucional de ayuda a la enseñanza privada, sí creo que éste sistema puede satisfacer las exigencias de la integración de los distintos derechos que coexisten en el art. 27 CE, pero para ello es necesario que los poderes públicos sean respetuosos con el pluralismo existente en la sociedad y con los derechos fundamentales que lo garantizan. Urgente parece, asimismo, que las ayudas a los centros concertados cubran de manera efectiva el coste real, al menos de acuerdo con los módulos de sostenimiento previstos para la enseñanza pública. La exigencia de gratuidad de los centros concertados que impone la ley (necesaria, por otra parte, para garantizar una efectiva igualdad de oportunidades en el momen-

to de la elección) sólo se justifica cuando la subvención cubre los gastos; de otra forma, se estaría —y en la práctica se está— exigiendo de los centros que sean ellos los que soporten, al menos parcialmente, el mandato de gratuidad dirigido a los poderes públicos, lo que evidentemente no tiene apoyo constitucional alguno.

Por lo que hace a las consecuencias de la financiación pública, ninguna duda cabe de que la percepción de fondos de esta naturaleza permite —e incluso exige— al poder público un grado de intervención que de otro modo no estaría justificado. Asimismo, es exigible de los centros privados que adopten una actitud de colaboración con los poderes públicos y de solidaridad en la solución de los problemas sociales, como ocurre ahora, por citar un solo aunque significativo ejemplo, con la emigración. Pero debe huirse de la tentación de utilizar esas exigencias para desvirtuar el carácter propio de los centros o para exigir una especie de renuncia al ejercicio de derechos fundamentales (Díaz Lema). No sólo porque se estaría con ello defraudando a quienes en el legítimo ejercicio de su derecho eligieron el centro, sino también porque se contravendría de manera clara una libertad que el constituyente ha configurado como uno de los derechos constitucionales que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Sólo con ofertas coherentes y estables, capaces de suscitar adhesiones precisas y claras, se garantiza el derecho primario de los padres a elegir el tipo educativo (Fernández-Miranda y Sánchez Navarro). Quizás tenga

todo el sentido recordar ahora que, como dispone el art. 13.4 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ninguno de los derechos educativos ni de las facultades que corresponden al poder público «se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza», a condición —eso sí— de que se respeten los principios básicos que deben orientarla (pleno desarrollo de la personalidad y respeto de la dignidad y los derechos humanos) y las normas mínimas que prescriba el Estado.

### 5. A modo de conclusión

Entiendo que, a pesar de las dificultades señaladas en las páginas que preceden, el balance de estos veinticinco años es positivo. La Constitución ha puesto unas bases sólidas sobre las que construir un sistema educativo en el que coexistan —no sólo pacíficamente sino con plena colaboración— enseñanza pública y privada. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha realizado una importante labor en la tarea de establecer criterios precisos sobre cómo compaginar las libertades educativas con las exigencias del derecho a la educación, y las libertades de los padres y titulares de centros con las indeclinables funciones que competen a los poderes públicos, y ha limitado, cuando ha sido necesario, los excesos en que a veces ha incurrido el poder político. El resultado ha sido la plena escolarización y una convivencia de centros públicos y privados menos problemática de lo que algunos podrían —o querrían— pensar. Sin embargo, en el

terreno de la libertad de enseñanza no todo está hecho: de una parte, y como antes he señalado, debe garantizarse un sistema en el que la financiación de los centros concertados cubra los módulos previstos para la enseñanza pública y, junto a ello, que no quede al albur de las mayorías que en cada momento gobiernen en la correspondiente Comunidad Autónoma. Por otro lado, las recientes reformas educativas parecen haber despertado viejos dogmatismos excluyentes y han vuelto a colocar a los temas educativos en el centro de la batalla política. Se corre el riesgo de que estas disputas (que, como digo, responden más a criterios ideológicos que a exigencias constitucionales) resten energías para acometer los verdaderos retos. Una vez garantizada la educación para todos, el objetivo debe ser mejorar su calidad con independencia del tipo de centro en que se imparta. Por otra parte, la educación debe constituir un verdadero factor de integración, que ahora se encuentra también con el reto del cada vez mayor número de alumnos hijos de inmigrantes que llenan las aulas. Para la consecución de estos objetivos, se echa en falta un verdadero «pacto por la educación» que, al igual que los existentes en otros ámbitos, implicara a las autoridades tanto estatales como autonómicas y locales, a todas las fuerzas políticas y los actores educativos, públicos o privados, y determinara con precisión los puntos de encuentro que, como tales, deben quedar al margen de los intereses sectoriales y de las coyunturales y cambiantes mayorías políticas.

### Referencia bibliográfica

La bibliografía sobre los distintos aspectos del derecho a la educación y la libertad de enseñanza es amplísima y las referencias que se hacen a continuación no pretenden en modo alguno ser exhaustivas. Entre los trabajos más tempranos cabe destacar el libro de A. FERNÁNDEZ-MIRANDA, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española* (Madrid, 1988) y las numerosas aportaciones de A. EMBID IRUJO, especialmente su obra *Las libertades en la enseñanza* (Madrid, 1983). Entre la bibliografía más reciente, el comentario de A. FERNÁNDEZ-MIRANDA y A. J. SÁNCHEZ NAVARRO al art. 27 CE, en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid, vol. III, 1996) y los libros de A. EMBID IRUJO, *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI* (Madrid, 2000); F. J. DÍAZ REVORIO, *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha* (Toledo, 2002) y J. MARTÍNEZ de PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza* (Madrid, 2003), aunque algunas de las conclusiones a las que llega este autor son, desde luego, distintas de las que aquí se defienden. Un completo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se contiene en D. GARCÍA-PARDO, *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (Madrid, 1998). De interés es también el volumen de los *Cuadernos de Derecho Judicial* dedicado a *Los aspectos jurídicos del sistema educativo* (Madrid, 1993) y dentro del mismo y por su alcance más general, el

trabajo de J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «El art. 27 de la Constitución: análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratados internacionales suscritos por España». Por lo que al sistema de conciertos se refiere, son de obligada referencia los trabajos de I. de los MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, (Madrid, 1995) y J. M. DÍAZ LEMA, *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional y en el Derecho Comparado* (Madrid, 1998). Y entre los análisis de Derecho comparado, tienen gran interés las obras de J. R. POLO SABAU, *La libertad de enseñanza en el Derecho norteamericano* (Madrid, 1999) y C. VIDAL PRADO, *La libertad de cátedra: un estudio comparado* (Madrid, 2001).

**Dirección del autor:** Ángel J. Gómez Montoro, Departamento de Derecho Constitucional. Universidad de Navarra. 31080 Pamplona. (gmontoro@unav.es)

Fecha de recepción de la versión definitiva de este artículo: 15. IX. 2003

### Resumen:

#### Los derechos educativos: 25 años de experiencia constitucional

El art. 27 de la Constitución española encierra una pluralidad de contenidos, reflejo de las posiciones ideológicas que se enfrentaron en los debates constituyentes pero que, más allá de las concretas coyunturas políticas, aparecen como una consecuencia lógica de la necesidad de integrar los distintos bienes y derechos en juego en el ámbito educativo. La educación es un derecho prestacional que



debe asegurar el Estado, pero garantizando al mismo tiempo la libertad de enseñanza (que incluye el derecho de los padres a la elección del tipo de educación y la libertad de creación de centros con todo lo que ello supone) y una verdadera igualdad de oportunidades. En estos veinticinco años han sido muy importantes los logros en la integración de todos estos elementos, en la que el Tribunal Constitucional ha tenido un papel destacado, pero parece necesario seguir profundizando en las libertades educativas.

**Descriptores:** Derecho a la educación, libertad de enseñanza, libertad de creación de centros docentes, igualdad de oportunidades en la enseñanza, financiación de la educación.

### Summary:

#### **Educational rights: twenty-five years of constitutional experience**

The content of Article 27 of the Spanish Constitution reflects the plurality of competing ideologies that were proffered in the debates that ensued prior to its formulation. But beyond these political factors, its inclusion in the Constitution is inspired by a common interest to uphold the different goods and rights related to education. The State has the duty to provide for the education of its citizens. This, however, must be compatible with guaranteeing basic educational freedoms such as the right of parents to choose the kind of education they want for their children and the freedom of private individuals or groups to establish educational institutions. It is also duty of the State to ensure that

its citizens enjoy equal opportunities in having access to quality education. In the past twenty-five years, we have witnessed the efforts that are being exerted to integrate all these elements. In this regard, the Constitutional Court has played an important role. There is, however, a need to continue in our efforts to fully comply with all the requisites of educational freedoms.

**Key Words:** Right to education, freedom of education, right to establish educational institutions, equality of opportunities in education, economy of education.