

## CAPÍTULO 4

# EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LOS DERECHOS EDUCATIVOS RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

María Acracia Núñez Martínez\*

## I. Introducción

Los derechos educativos son derechos que pertenecen a la denominada tercera generación de derechos, que coincide con el denominado Estado Social surgido tras el fracaso del reparto liberal de papeles entre el Estado y el mercado. Ahora se reconoce, en general, la necesidad de que el Estado intervenga para solucionar los desequilibrios económicos, sociales y culturales existentes en la sociedad, es decir, para evitar las desigualdades y lograr la plena integración y autonomía de los individuos en la sociedad en igualdad de condiciones. Con ese fin el Estado está obligado a crear y garantizar las condiciones materiales para el ejercicio de estos derechos de tercera generación.<sup>1</sup> Los derechos educativos son derechos públicos subjetivos y de prestación, pero también son mandatos dirigidos al Estado para que cree las condiciones necesarias para hacer efectivo su ejercicio. A diferencia de lo que ocurre con otros derechos, en los que el Estado ha de mantener una actitud abstencionista y permitir que los individuos puedan disfrutar de ellos siempre y cuando ajusten su actuación a la norma, en el caso

\* Profesora de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la UNED.

<sup>1</sup> En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias 86/1985, 129/1989.

de los derechos educativos el Estado ha de crear las condiciones legales necesarias para hacer efectivo el ejercicio de estos derechos, como ha dejado patente el Tribunal Constitucional en las Sentencias 86/1985 y 129/1989, en las que señala la imposición de obligaciones que tienen por destinatarios a los poderes públicos, como es el caso de la obligatoriedad de la enseñanza básica, o establecen derechos de prestación, como es el caso de la gratuidad de la citada enseñanza básica. En los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, como es el caso del Estado español (artículo 1.1 de la Constitución española) los derechos educativos ocupan una posición central, ya que como indican De Esteban y González-Trevijano,<sup>2</sup> ejercen una *función socializadora*, pues los estudiantes han de ser concienzudamente preparados para su posterior y exitosa integración en la sociedad, razón por la cual todos los menores, independientemente de su nivel adquisitivo, han de poder acceder a un sistema educativo público y de calidad. Al mismo tiempo ejercen una *función democrática*, pues alcanzar un buen nivel educativo prepara al individuo para integrarse en la vida política y social así como para ejercer en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos el resto de derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente. Por último, los derechos educativos ejercen una *función de progreso*, pues las sociedades avanzadas necesitan estar sustentadas por individuos lo mejor preparados posible, pues únicamente de este modo la sociedad podrá continuar progresando en un mundo globalizado como en el que nos encontramos.

## II. Evolución histórica en el Estado español de los derechos del ámbito educativo

La Constitución española de 1978 no ha sido la primera de las Constituciones vigentes en España que ha procedido a la regulación de este derecho. Siguiendo a De Esteban y Trevijano procedemos a realizar un somero recorrido que enmarca la norma constitucional actual en nuestra historia constitucional. En el texto gaditano de 1812, en el artículo 366, se establecía con carácter obligatorio la implantación de escuelas de primeras letras, en las que los alumnos habrían de aprender tanto a leer como a escribir, a contar así como el Catecismo de la Reli-

<sup>2</sup> Jorge de Esteban y Pedro González-Trevijano, *Curso de Derecho Constitucional español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Vol. II. 1993, p. 206.

gión Católica; esto último se desprende del carácter confesional del texto doceañista. Esta parte dedicada a la educación se ubicaba en un Título concreto destinado a la regulación de la instrucción pública. Otro texto que regula estos derechos fue el de 1869, que establece el derecho a la fundación de centros docentes, igual que hizo el de 1876, que hace competente al Estado para la expedición de títulos académicos, así como para el establecimiento de la fijación de los criterios necesarios para su acreditación. La Constitución de la segunda República española, de 1931, supuso una auténtica transformación progresista en el ámbito educativo, pues, con fundamento en el carácter no confesional de la República española, instauró por primera vez en España el laicismo en la escuela, como ya hiciera la República francesa mucho antes. La educación era asimismo única y gratuita y con carácter obligatorio, al menos la primaria. Se reguló la libertad de cátedra contenida asimismo en el texto actual, y se limitó la educación de carácter privado que recaía en las órdenes religiosas.<sup>3</sup> El franquismo supuso un retroceso importante en los avances instaurados por la Constitución del 31, acaparando la Iglesia Católica de nuevo las labores educativas.

En el derecho comparado prácticamente todos los textos constitucionales recogen los derechos educativos, ocupando así mismo un lugar importante en las Declaraciones Internacionales de derechos, como es el caso de la *Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948*, que contiene una enumeración de derechos que ha de servir de base para las regulaciones que realicen a nivel interno los Estados; *el Convenio Europeo* de 1950, pese a que no lo incluyó en un primer momento procedió a su incorporación en fecha posterior, concretamente en su *Protocolo número 220 de marzo de 1952*, con la denominación de derecho a la instrucción; *el Protocolo Adicional 1º del Convenio de Roma de 1950*, ratificado por España en 1979; *el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio número 111 aprobado por la OIT en 1958* y que protege a todas las personas que reciban enseñanza técnica y profe-

<sup>3</sup> La manera de regular el derecho a la educación en este texto constitucional no es sino un reflejo de los cambios en el ámbito de los derechos que se fueron consolidando a lo largo del siglo XX, lo que supuso que los textos constitucionales recogieran las exigencias de tipo social, ejemplo de lo cual lo constituye la Constitución Mexicana de Querétano, de 1917, en cuyo articulado se hace una amplia y profunda enumeración de los derechos sociales. Esta tendencia socializadora se extendería a las Constituciones promulgadas hasta la Primera Guerra Mundial. Dentro de éstas destaca la Constitución alemana de Weimar de 11 de agosto de 1918, donde junto a los derechos clásicos se regulaban de forma extensa los derechos relativos a “la vida en sociedad”, entre los que destacan “educación y escuela”.

María Acracia Núñez Martínez

sional contra la discriminación); *la Declaración de Derechos del Niño de 1959, el Convenio de la UNESCO contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ICERD) de 1965*, cuyo artículo 14 recoge el derecho a la educación y a la formación sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico y promueve la adopción de medidas en el ámbito educativo tendentes a acabar con los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial; *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966*, aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre, así como su *Protocolo Facultativo*; *el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York 16 de diciembre de 1966, así como su *Protocolo Facultativo*, *la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979*, así como su *Protocolo Facultativo de 1999*, que abogan por que no exista discriminación hacia la mujer en el ámbito educativo, garantizando su acceso a todos los niveles de enseñanza, y fomentando la educación de carácter mixto tratando de reducir la tasa de abandono femenino del ámbito educativo; *el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio n° 169 adoptado por la OIT) en el año 1989* aprobado con el fin de que los indígenas adquieran los mismos niveles educativos que el resto de los individuos, también ese año fue aprobada la *Convención sobre los derechos del niño (CRC)* que establece el derecho de todos los niños a la enseñanza primaria sin costo económico alguno, así como su acceso a los niveles académicos superiores; del año 1990 es la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* en la que se regula que los hijos de los trabajadores migrantes habrán de tener acceso a la educación de igual modo que los menores nacionales, con independencia de la regularización de su situación, debiendo de posibilitarse, en la medida de lo posible, la enseñanza de la lengua y cultura maternas; *el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (Convenio número 182, adoptado por la OIT)*, que dispone que una vez que los menores hayan abandonado el puesto de trabajo que venían desarrollando en las peores condiciones laborales puedan acceder a la educación gratuita, y siempre que sea posible a la formación profesional; la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000*, cuyo artículo 14 establece el derecho a la educación de todas las personas, así como al acceso a la formación profesional y permanente, proclamando además la gratuidad de la enseñanza obligatoria, o la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRDP) y su Protocolo Facultativo de 2006*, que

garantiza que los menores que sufren discapacidad no queden excluidos de la enseñanza tanto primaria como secundaria por sufrirla, que la educación sea inclusiva y que puedan recibir formación a lo largo de su vida.

Tras la segunda Guerra Mundial, y fruto de nuevas exigencias sociales y políticas, en el plano nacional se reconocieron derechos a prestaciones, que fueron incorporados a las nuevas Constituciones; ejemplo de lo cual lo constituyen la Ley Fundamental de Bonn de 1949, las Constituciones griega o portuguesa, y más recientemente la actual Constitución española de 1978.

### III. Los derechos educativos en la Constitución española de 1978

Los derechos educativos se encuentran regulados en la Sección Primera del Capítulo II, sin duda la parte más importante del Título I, en la que se recogen los denominados Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. El Tribunal Constitucional ha manifestado desde sus primeras sentencias que los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, en cuanto vinculan a los poderes públicos, son directamente aplicables y originan obligaciones para ellos, a lo se podría añadir que también para el resto de las personas.

Los derechos y libertades no son meros principios programáticos, sino que son origen inmediato de derechos y obligaciones y constituyen preceptos de plena eficacia para las personas sin necesidad de mediación del legislador.<sup>4</sup> Por mandato del artículo 81, las leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales tendrán el carácter de ley orgánica (ello supone aprobación por mayoría absoluta en el Congreso en votación final sobre el conjunto del proyecto que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial). El Tribunal Constitucional, desde sus primeras sentencias (STC 11/1981, de 8 de abril) indicó los pasos necesarios para delimitar el concepto de contenido esencial. Lo que la Constitución ordena al legislador “no es que se abstenga de afectar al contenido esencial de los derechos, sino que al ejercer la regulación del ejercicio de los derechos, respete su contenido esencial, es decir, lo desarrolle adecuadamente y le dispense una protección eficaz”.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> SSTC 21/1981, de 15 de junio; 80/1982, de 20 de diciembre.

<sup>5</sup> Antonio Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, p. 85.

María Acracia Núñez Martínez

El artículo 27 de la Constitución es un artículo complejo, que incorpora varios derechos y libertades fundamentales: derecho a la educación, libertad de enseñanza, derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica, libertad de creación de centros docentes y la autonomía de las Universidades.

Pese a que pudiera parecer que estamos ante un elenco de derechos independientes, el Tribunal Constitucional (desde ahora TC), en la Sentencia 86/85, de 1º de julio, en su Fundamento Jurídico 3º se refiere a un *derecho omnicomprendido a la educación*, pues todos estos derechos tienen una gran conexión que se deriva de la unidad de su objeto, *el derecho de todos a la educación*. Además del derecho que ampara a todos a recibir formación el TC se refiere a la obligación de recibir esta educación en los distintos centros docentes tanto públicos, como privados o concertados repartidos por toda la geografía española. Al amparo de lo señalado por el alto Tribunal en la Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre, los menores de edad han de acudir a los centros educativos a recibir la enseñanza obligatoria. Esta sentencia fue dictada tras el recurso de amparo interpuesto ante el TC por unos padres que habían optado por la educación en casa o, como se denomina en otros Estados por el *homeschooling*. El Ministerio Fiscal emprendió acciones contra ellos por no escolarizar a sus hijos. El TC dio la razón al Ministerio Fiscal y procedió a la denegación del amparo alegando que con la obligatoriedad de la escolarización en modo alguno se vulneran derechos constitucionales de los padres. La opción de educar en el propio domicilio no se contempla legislativamente en nuestro país, pues el derecho y el deber a la educación, supone acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria de calidad que se extiende entre los 6 y los 16 años de edad, reconociéndose la libertad de los padres y alumnos de elegir un centro docente tanto público como privado o concertado, por lo que aunque no existe obligatoriedad de acudir a los centros creados por los padres públicos, si existe obligatoriedad de escolarizar a los hijos (FJ 4º de la STC 133/2010). Respecto a si a los padres se les limita la libertad de enseñanza por no permitirles educar directamente a sus hijos, la Presidenta del Tribunal Constitucional en el momento de dictarse esta Sentencia determinó que puede ejercer la citada libertad al fundar, orientar y dirigir centros docentes, por lo que en ningún caso se va a ver mermada. Esta libertad además se ve reforzada por el hecho de que los progenitores tienen constitucionalmente garantizado el derecho a que sus hijos puedan recibir tanto la formación religiosa como la formación moral que ellos estimen oportuna en la escuela. Pese a lo rotundo de esta sentencia, a día de hoy aún hay progenitores en España que continúan optando por

ofrecer a sus hijos la educación en casa, alegando que es allí donde van a recibir la mejor de las formaciones y, en todo caso, la más acorde con sus principios morales y filosóficos. Como se puede apreciar, no es un tema exento de polémica, pues es cierto que, aunque la sentencia del TC no deja lugar a dudas por su contundencia, los padres señalan que el legislador no ha aprobado normativa alguna que prohíba rotundamente la posibilidad de optar por este modelo educativo.

### 1. El derecho a la educación

La inclusión en sede constitucional del derecho a la educación no estuvo exenta de polémica a la hora de redactar el artículo que finalmente lo alberga (el artículo 27 CE). Fueron muchas las voces y opiniones que se alzaron pues la sociedad no quería mantenerse ajena al modo en el cual este derecho sería finalmente incorporado a la norma fundamental: varios eran los puntos de vista enfrentados, no estando la iglesia católica al margen de la polémica. Finalmente se logró consensuar un extenso artículo que refleja la voluntad de acuerdo de nuestros constituyentes y de cerrar la polémica suscitada mediante un acuerdo de mínimos, aunque no un auténtico pacto de Estado, que hubiera sido lo deseable. A día de hoy ese pacto de Estado por la educación aún no se ha producido, como pone de manifiesto el número de leyes orgánicas de educación que se han venido sucediendo desde la entrada en vigor de la Constitución.

El derecho de todos a la educación constituye un derecho fundamental vinculado a la dignidad humana que tiene por objeto “el libre desarrollo de la personalidad”, como se señala en el artículo 27 de la CE. En este sentido se pronuncia Balaguer Callejón<sup>6</sup> al afirmar que la educación “es el basamento de la capacidad para la libre autodeterminación personal” y, según lo dispuesto en el apartado primero del artículo 10 de la citada norma, viene a constituir uno de los pilares básicos tanto del orden político como de la paz social. Este derecho incorpora junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad real de tal derecho y ofrecerlo, en el caso de los niveles básicos de enseñanza, en las condiciones de gratuidad y obligatoriedad que exige el artículo 27 en su apartado cuarto de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción incorporados en el apartado quinto del citado precepto, así como el mandato apuntado en su apartado noveno, de las correspondientes ayudas públicas a

<sup>6</sup> Francisco Balaguer Callejón, *Derecho Constitucional II*, Madrid, Tecnos, 2003.

María Acracia Núñez Martínez

aquellos centros docentes que reúnan los requisitos exigidos por la ley. En la STC 86/1985 se señala que la ley que haya de regular los requisitos que habrán de reunir los centros docentes receptores de ayudas no podrá contradecir los derechos y libertades contenidos en el artículo 27 y habrá de determinar el régimen de ayudas, que no podrá en ningún caso vulnerar el principio de igualdad. Como ha señalado el TC en sus sentencias 86/1985 y 129/1989 estamos ante un derecho público subjetivo exigible frente a los poderes públicos, por lo que el Estado habrá de satisfacer un servicio público concreto.

Respecto a la titularidad del derecho a la educación se ha de señalar que al iniciarse el apartado primero del artículo 27 con la frase “todos tienen derecho a la educación” se extiende a las personas físicas tanto nacionales como extranjeras en territorio español. Para lograr el pleno desarrollo de la personalidad y la integración de los estudiantes en la sociedad con la máxima preparación y en igualdad de condiciones, los poderes públicos han de garantizar que todos los menores, independientemente de su nacionalidad, puedan acceder a los centros docentes.

#### *A. El derecho a la educación de los menores inmigrantes*

La ley orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social desde su entrada en vigor ha sufrido varias modificaciones, afectando algunas de ella de manera importante al derecho a la educación de los extranjeros. Se puede señalar la inclusión del artículo 2º llevada a cabo por la Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en cuyo apartado primero se incluye un mandato a los poderes públicos para promover la plena integración de los extranjeros en la sociedad española; continua el segundo apartado con otro mandato dirigido a las administraciones públicas que habrán de incorporar, con el propósito de lograr la integración entre los inmigrantes y la sociedad receptora, medidas con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos promoviendo la participación cultural. Especialmente se potenciarán a través de acciones formativas el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España y se desarrollarán acciones concretas para promover la incorporación de los foráneos al sistema educativo, garantizándose siempre la escolarización en la edad obligatoria, el conocimiento de las lenguas cooficiales y el acceso al empleo. El actual artículo 9.1 de esta ley establece que los extranjeros menores de 16 años, independientemente de si tienen autorización de estancia o residencia en España, tienen el derecho y el deber a la educación, lo que supone acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria de calidad, igual que los españoles, es decir, acceso a un puesto escolar, a la evaluación

y a la permanencia en el centro, siempre y cuando el estudiante respete sus normas internas; se prohíben, por tanto, las expulsiones de carácter arbitrario (auto del TC 382/1996 FJ 4º). Los menores de 18 años tienen asimismo reconocido el derecho a la enseñanza posobligatoria.

El derecho reconocido implica la obtención de la titulación académica así como el acceso al sistema público de becas y ayudas como si de españoles se tratara. Si el estudiante llegara a la mayoría de edad durante el curso escolar podrá seguir disfrutando de ese derecho reconocido hasta la finalización del curso. Los extranjeros mayores de edad residentes tienen derecho al acceso al resto de las etapas educativas posobligatorias, a la obtención de los títulos y a acceder al sistema público de becas en igualdad de condiciones que los españoles. Se incluye un mandato a los poderes públicos para que promuevan que los extranjeros reciban enseñanza, pues este hecho les será de gran ayuda para su posterior integración en la sociedad de acogida. Por último, en este artículo se contiene un mandato esta vez para los progenitores o tutores de los menores extranjeros residentes en el Estado español, pues han de escolarizarlos y acreditar a través de un informe que habrá de ser emitido por las autoridades autonómicas de la Comunidad en la que acuda al Centro docente para poder lograr la renovación de la autorización o solicitud de residencia de larga duración. Si se incumple con dicha obligación no podrán otorgarse.

En los Tratados Internacionales también se aboga por la escolarización de los extranjeros, como se desprende del artículo 3 del Convenio de la UNESCO de 1960 en el que se recoge el que los extranjeros han de tener “el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que los propios nacionales”. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus sentencias 94/1993 y 116/1993 al señalar que “existe un núcleo de derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”.

Es el caso de los derechos de la persona, como ser humano y no como ciudadano, derechos que en ningún caso están vinculados a la adscripción a una ciudadanía, sino que pertenecen a un colectivo más amplio, el de los seres humanos, por lo que legislativamente no deberían los individuos ser privados de los citados derechos.<sup>7</sup> Corroborando esta afirmación el TC, en su Sentencia 107/1984, ha señalado que “estamos ante derechos que son imprescindibles para

<sup>7</sup> Véase Ana María Marcos del Cano, “Minorías étnicas y derechos humanos”, en Gregorio Peces Barba Martínez (ed.), *Historia General de los Derechos Humanos del siglo XX*, vol. V, libro II, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 815-858.

María Acracia Núñez Martínez

la garantía de la dignidad humana, que conforma el artículo 10.1, que constituye fundamento del orden político español”.

### *B. Articulación institucional del derecho a la educación*

*La obligación de crear Centros docentes por los poderes públicos.* Los poderes públicos tienen la obligación de garantizar a los padres que sus hijos podrán ser escolarizados en un centro de enseñanza público, aunque ello no lleva en ningún caso aparejada la libertad de elección por parte de los padres del centro público al que desean que sus hijos acudan, pues ello va a depender de los criterios de demanda, como se desprende de la STC 77/1985, en la que el alto Tribunal señala que no existe un derecho constitucionalmente reconocido a ocupar preferentemente una plaza en un concreto centro docente. La Constitución obliga a los poderes públicos a garantizar este derecho, por lo que en caso de que se vulneren los afectados pueden acudir ante los órganos judiciales ordinarios, y en última instancia ante el Tribunal Constitucional en amparo.

### *C. La ayuda a los centros docentes privados que reúnan los requisitos que la ley exige*

La mención en el apartado quinto del artículo 27 de la ayuda a los centros docentes privados conlleva la inclusión en el texto constitucional de los denominados centros concertados, con lo que se produce la inclusión de los centros docentes que así lo soliciten al sistema de enseñanza pública. La concertación en todo caso no es obligatoria, con lo que los colegios privados que no lo deseen no se verán forzados a recibir la ayuda pública. La consecuencia de ello es que en el Estado español existen tres tipos distintos de centros docentes, los públicos (financiados en su totalidad con dinero público), los concertados (financiados con dinero público y privado), y los privados no financiados con dinero público, siendo su creación libre. La Administración sin embargo ha de verificar de manera reglada, como sostiene Torres,<sup>8</sup> si el centro cumple los requisitos legalmente establecidos para poder llevar a cabo su apertura, entre los que pueden señalarse que cuente con el número de docentes necesarios y que éstos cuenten con

<sup>8</sup> Antonio Torres del Moral, *Principios de derecho constitucional español. Sistemas de fuentes, sistemas de derechos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2010, t. I.

las titulaciones requeridas, si cuenta con las instalaciones necesarias y si su ideario respeta las condiciones fijadas.

Lo dispuesto en el apartado quinto no implica en ningún caso que todo centro privado tenga derecho a recibir una subvención por parte del Estado, sino que simplemente incorpora la Constitución una obligación genérica para los poderes públicos de aportar ayudas económicas a los centros privados en aquellos casos en los que éstos favorecen la prestación del derecho a la educación. El TC así lo ha puesto de manifiesto tanto en la Sentencia 77/1985 como en la 86/1985, en las que señala que con estas ayudas a los centros docentes privados no se coarta ni limita la libertad de enseñanza, ni la libertad de crear centros docentes, sino que se favorece su ejercicio al posibilitar que quien cree centros privados, si así lo estima oportuno, tenga la posibilidad de optar por la financiación pública o mantenerse al margen de ésta y optar por ser un centro financiado al cien por cien por financiación de carácter privado. Los centros privados que opten por la financiación pública podrán desempeñar actividades docentes lucrativas fuera del nivel de enseñanza sometido a concierto. Lo que el legislador ha de garantizar es el derecho a la educación gratuita en la enseñanza básica, no en el resto de los niveles educativos, por lo que el concierto no se extiende ni a la educación infantil, cuyo carácter no es obligatorio, ni en los niveles superiores, en los que al ser centros de carácter privado no se garantiza la gratuidad de la enseñanza. En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde fecha temprana, pues en Sentencia dictada el 23 de julio de 1968, señala que la *Convención Europea de Derechos Humanos*, reconoce el derecho a la libertad de educación, aunque éste derecho no ha de implicar obligaciones económicas por parte del Estado, pues éstas han de quedar marcadas ateniendo a elementos concretos y de índole variable.

#### *D. Desarrollo de la personalidad e ideología*

El apartado segundo del artículo 27 señala que 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. Como se puede apreciar, éste apartado regula que la educación ha de lograr el total desarrollo de la personalidad del estudiante, siendo para ello básico que los centros docentes de carácter público se hallen dotados de neutralidad ideológica. Del desarrollo de éste artículo se encargó la Sentencia 86/1985, que señala que la libertad de creación de centros docentes incluye el derecho a establecer el

ideario propio del centro, ideario limitado en todo caso por los principios democráticos de convivencia, así como por la salvaguarda del resto de los derechos fundamentales.

*a. La libertad de enseñanza*

El término libertad de enseñanza no había sido utilizado con anterioridad en ninguna de las Constituciones que previamente han estado vigentes en el Estado español, se hablaba de libertad de cátedra, como en la del 31 o de libertad de creación de centros docentes, pero no de libertad de enseñanza. En el derecho comparado tampoco es un término muy utilizado por los constituyentes de los Estados de nuestro entorno, sí lo hace la Ley Fundamental de Bonn, pero dándole más bien un sentido similar al de la libertad de cátedra. La libertad de enseñanza se consagra en el apartado primero del artículo 27, en el que se determina que la libertad de enseñanza incluye tres aspectos distintos:

1. La libertad de las personas físicas y jurídicas de fundar, orientar y dirigir centros docentes.
2. La libertad de los padres y alumnos de elegir un centro docente tanto público como privado o concertado. Satrústegui<sup>9</sup> señala al respecto que *el derecho a escoger el tipo de educación, consiste en la libertad de elegir centros docentes distintos de los creados por los poderes públicos.*
3. La libertad atribuida a los docentes para llevar a cabo labores tanto de investigación como de transmisión y de exposición del saber científico (libertad de Cátedra).

Alzaga ha señalado que la doctrina científica coincide mayoritariamente en entender por libertad de enseñanza la “libertad de fundar centros docentes, de dirigirlos, de gestionarlos, de elegir a los docentes, de fijar, en su caso, un ideario del centro; la libertad de impartir en los mismos, en el caso de que se estime pertinente por los padres y la dirección del centro, formación religiosa”.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Miguel Satrústegui, “Los derechos en el ámbito educativo”, *Derecho Constitucional Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes en los ciudadanos*. Valencia, VVAA, Tirant lo Blanch, 2002.

<sup>10</sup> Oscar Alzaga Villaamil *et. al.*, *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, Madrid, CERA, 1998, pp. 120 y ss.

Por su parte, en la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero anteriormente citada, se ofrece una clara definición de lo que el alto Tribunal entiende por libertad de enseñanza:

La libertad de enseñanza, como proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, implica tanto el derecho a crear instituciones educativas, como el derecho de los profesores a desarrollar libremente su función dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (FJ 7).

La STC 86/1985 menciona la vertiente prestacional vinculada a este derecho al señalar la obligatoriedad de los poderes públicos de procurar su efectividad real.

La libertad de enseñanza se desarrolla en cada uno de los aspectos que la dotan de contenido:

a) La libertad de las personas físicas y jurídicas (asociaciones, fundaciones, sociedades...) de fundar, orientar y dirigir centros docentes.

Esta libertad no se halla únicamente reconocida en la Constitución española de 1978. También la reguló el artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 28 de septiembre del año 2000.<sup>11</sup>

Existen limitaciones para poder llevar a cabo la creación de centros docentes, pues las personas que desempeñen su actividad laboral en la Administración educativa estatal, autonómica o local, los privados de manera expresa por sentencia judicial firme del ejercicio de esta libertad o las personas con antecedentes penales por delitos dolosos no podrán ejercer la citada libertad.

---

<sup>11</sup> Concretamente en su artículo 14 dispone: 1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la educación profesional permanente. 2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. 3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

María Acracia Núñez Martínez

Respecto a los requisitos que han de ser cumplidos para poder fundar un centro docente privado, la Sentencia 5/1981 señala que si bien es cierto que la libertad de creación de centros docentes incluye el derecho a establecer el ideario propio que ha de ser hecho público por el titular, de manera que no dé lugar a equívocos y los padres, al elegir ese centro, puedan asumir y aceptar el ideal expuesto; también lo es que se han de salvaguardar el resto de los derechos siempre dentro del marco establecido por los principios constitucionales, al servicio de los principios democráticos de convivencia. Respecto al reconocimiento del ideario educativo del centro, Fernández-Miranda ofrece una excelente definición acerca de que podemos entender por ideario del centro, señalando que éste “pone en conexión oferta y demanda educativa e integra dialécticamente la libertad de enseñanza activa y la libertad pasiva de elección educativa”.<sup>12</sup>

El TC ha tenido que pronunciarse en varias sentencias sobre lo que entien- de por ideario del Centro y sobre sus limitaciones, como por ejemplo en las Sentencias 77/1985 y 5/1981, en la que se afirma que el derecho a establecer un ideario no se encuentra restringido a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa (STC 5/1981, FJ 8º).

Una cuestión polémica surge cuando la dirección de un Centro docente decide modificar el ideario, algo que ha tenido lugar en no pocas ocasiones. A este respecto fue emitido un voto particular en la STC5/1981 en el que se afirmaba que el ideario es un elemento objetivo y propio del centro, por lo que su arbitraria modificación o sustitución conlleva una conducta fraudulenta en relación con los padres que optaron por ese centro en función del ideario y no desean que sus hijos sean formados con una educación ideológica distinta, y también es fraudulenta para con los docentes, pues la orientación ideológica del centro no les pareció impedimento para incorporarse a él, pero tal vez no se sientan en la misma disposición respecto a otra ideología. De este modo, como señala Vidal,<sup>13</sup> las modificaciones en el ideario únicamente pueden ser realizadas por el/los titulares del centro, que fueron quienes en el momento de su fundación le dotaron del ideario, pero si lo hacen han de hacerlo de manera pública,

<sup>12</sup> Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, “Comentario al artículo 27 de la Constitución”, en Oscar Alzaga Villaamil, coord., *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, EDERSA, 1983. También en Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Madrid, CEURA, 1988.

<sup>13</sup> Carlos Vidal Prado, “Veinticinco años de libertades educativas”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núms. 58-59, 2003-2004, pp. 206 y 207.

comunicándolo a los padres y a los docentes, para que éstos decidan si continúan o no en el centro. Si optan por continuar han de hacerlo asumiendo el nuevo ideario, no pudiendo atacarlo, y si no lo desean habrán de ser indemnizados, pues el despido del docente no es una opción válida en este caso, ya que no se producen ninguna de las causas contempladas legislativamente para que éste pueda ser llevado a cabo.

El ideario puede entrar en colisión con otros derechos incluidos en el artículo 27, como es el caso de la libertad de cátedra. En el caso de que el conflicto realmente llegue a producirse se ha de hacer una distinción entre los centros públicos y los centros privados. En la STC 5/1981 se alude a los centros públicos al señalarse que la libertad de cátedra en estos habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, cualquier orientación que suponga un enfoque concreto de la realidad natural, histórica o social. La libertad de cátedra es incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales.

En los centros privados la cuestión es más compleja, lo que es puesto de manifiesto por el mayor número de sentencias del TC sobre el tema. La STC 47/1985 señala que en los Centros docentes privados los profesores están obligados a respetar el ideario educativo propio del centro, por lo que la libertad del docente no le ampara para atacar ni abierta ni solapadamente al ideario. Una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido, aunque la simple disconformidad de un docente respecto del ideario nunca podrá ser causa de despido, a no ser que se exteriorice o se ponga de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro.

La libertad de creación de centros docentes implica asimismo la designación de la persona que habrá de dirigirlo, hecho que en el momento de redactarse la Constitución causó malestar en algunos Diputados, aunque finalmente se alcanzó el consenso. La dirección implica desempeñar las labores gestoras del centro, que tienen sobre todo que ver con la propuesta de los Estatutos que van a regir el funcionamiento del centro y con el nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica de los docentes.<sup>14</sup>

El TC, en su sentencia 77/1985, FJ 20, en relación con la libertad de crear centros docentes y de asumir las labores de dirección, señala que *implica la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables o que lo despojen de la necesaria pro-*

<sup>14</sup> María Victoria García-Atance, *Derechos y libertades en la Constitución española de 1978*, Madrid, Sanz y Torres, 2011. p. 284.

María Acracia Núñez Martínez

*tección*. La administración puede emprender mecanismos de control, con el fin de comprobar que el centro cumple con los requisitos marcados por las normas, pero en ningún caso se encuentra habilitada para controlar el ideario, si éste es compatible con la Constitución y con el resto de las normas jurídicas integrantes del ordenamiento jurídico actualmente vigente tanto de índole nacional como del ámbito internacional (SSTC 5/1981, FJ 8º y 77/1985 FJ 10º).

b) La libertad educativa de los padres.

Esta libertad consiste en que los progenitores tienen constitucionalmente garantizado el derecho a que sus hijos puedan recibir tanto la formación religiosa como la formación moral que ellos estimen oportuna en la escuela. Este derecho trae su consecuencia tanto de la libertad de enseñanza como en la de creación de centros docentes, y ha de garantizarse en la totalidad de los centros docentes existentes en el Estado, independientemente de su carácter de público, privado o concertado. Esta libertad se halla íntimamente relacionada con la libertad ideológica y religiosa regulada en el artículo 16 de nuestra carta magna, pues en el ejercicio de ambas libertades los padres escogen qué tipo de formación religiosa desean que sus hijos reciban en la escuela.

En el ámbito internacional se regula tanto en la Declaración Universal de Derechos de 1948 como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (General Comment 22, de 30.VII.1993, nº 6), en el que se señala la compatibilidad entre la libertad religiosa y un desarrollo curricular común a todos los discentes, en el que se imparta “historia general de las religiones y de la ética, si se imparten de modo neutral y objetivo”. También en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En todos ellos se dispone que a los padres les ampara el derecho a escoger el tipo de educación que desean para sus hijos, formando una parte esencial el derecho a recibir enseñanza religiosa confesional.

La citada libertad habrá de estar garantizada en los tres tipos de centros docentes existentes en el Estado español, privados, públicos y concertados, no pudiendo en ningún caso los poderes públicos poner trabas a que el deseo de los padres sea cumplido. Para lograr el ejercicio de ésta libertad España ha firmado una serie de Convenios con distintas religiones, siendo el primero de ellos en el tiempo el acuerdo adoptado con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 que establece que “la enseñanza de la religión católica se impartirá en todos los centros

en condiciones equiparables a las demás disciplinas, aunque no tendrá carácter obligatorio para los alumnos”. Del mismo modo el Estado Español ha firmado también acuerdos que garantizan la enseñanza en las escuelas con otras tres religiones; la musulmana, la hebrea y la protestante.

Durante muchos años la aplicación del Convenio con la Santa Sede no supuso problema alguno, pero en las últimas décadas, con la llegada a las aulas españolas de inmigrantes que profesan religiones diferentes a la católica (se calcula que más de cien mil alumnos matriculados en la escuela española practican la religión musulmana), unido a varios intentos llevados a cabo por los distintos gobiernos para modificar el modo de evaluación de la asignatura de religión, han llevado a la interposición de multitud de recursos ante el TC, de ahí que el número de sentencias sobre este tema haya sido numeroso: puede citarse a modo de ejemplo la 40/1999, así como el Auto 276/1983, que señala que cuando la Constitución garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa y moral están estableciendo una órbita de libertad privada, impidiendo formaciones ideológicas imperativamente predisuestas desde el Estado, o la 187/1991 que versa sobre el nombramiento de profesores de religión.

## 2. La libertad de Cátedra.

La libertad de Cátedra pese a no haber sido incluida entre los derechos y libertades regulados en el artículo 27 de la Constitución, como sí ocurre con los hasta aquí tratados, y haber optado el constituyente por su inclusión en el artículo 20.1 c), junto a la libertad de expresión, de la que es modalidad, es un derecho vinculado a los docentes de los centros tanto públicos como privados o concertados. Una parte de la doctrina, de la que forma parte Alzaga,<sup>15</sup> entiende, sin embargo, que los docentes que imparten sus clases en los centros de carácter privado, al estar sujetos a la hora de impartir docencia al ideario del centro, más que libertad de cátedra ellos ejercen “libertad de expresión docente”, que se encuentra íntimamente vinculada con la libertad de expresión. Esta libertad históricamente ha venido siendo vinculada no únicamente con la citada libertad de expresión, sino también con la de pensamiento, prensa, de religión, por lo que en regímenes no democráticos todas estas libertades son recortadas, pues nada puede atacar más a este tipo de regímenes que la libre difusión de ideas.

La primera de las Constituciones patrias que optó por su reconocimiento fue la de la segunda República, cuyo precepto número 48.3 determina el reco-

<sup>15</sup> Oscar Alzaga Villaamil, coord., *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1983.

María Acracia Núñez Martínez

nocimiento y la garantía de la libertad de Cátedra para maestros, profesores y catedráticos del sector público, a diferencia de lo que ocurrió en otros Estados como Alemania que la reservaron únicamente para los docentes de la enseñanza superior. El régimen de Franco supuso en la libertad de Cátedra, como en tantos derechos, un retroceso importante al dejar de estar reconocida.

En la actualidad, si bien es verdad que es un derecho que ampara al profesorado de todos los niveles académicos, se ha de señalar que depende en gran medida del tipo de centro en el que se imparta la docencia, pues el ideario del centro habrá de ser respetado por el docente, y del nivel educativo, ya que es en el nivel universitario en el que de manera más clara el docente puede ejercer libremente el citado derecho como ha dejado patente el Tribunal Constitucional en STC 5/1981, de 13 de febrero. Es por ello que la redacción de este artículo no estuvo exenta de polémica en sede parlamentaria nacional, pues un número no menor de Diputados entendía que su denominación de libertad de cátedra no es baladí, razón por la cual entendían que debía de otorgarse de manera exclusiva a los docentes del ámbito universitario, y no a los que ejercen su docencia en la enseñanza primaria, o en la secundaria. Martí Sánchez<sup>16</sup> se hace eco de los debates que tuvieron lugar en las Cortes Generales cuando se estaba redactando éste artículo. El autor señala que las propuestas formuladas por varios grupos de la oposición, especialmente por el Grupo Parlamentario Comunista para que se cambiase la denominación de libertad de Cátedra por libertad docente, término que no hace alusión a la Universidad fueron justamente en el sentido de ampliar esta libertad a los docentes de cursos inferiores. El Diputado de Alianza Popular Manuel Fraga señalaba que fuera del ámbito universitario no tiene sentido utilizar el término libertad de Cátedra. Tiempo después, también en sede parlamentaria, Alzaga se pronunciaba afirmando que únicamente cabe referirse a la libertad de Cátedra cuando se está instruyendo a adultos, que son los que tienen el nivel de madurez suficiente para poder discernir aquello que en uso de la libertad de Cátedra se da a conocer; incluso llegó a afirmar que “nunca se ha hablado de Cátedra en las escuelas”.

Otros autores como Fernández-Miranda<sup>17</sup> se han referido igualmente a la polémica interpretación de este derecho y de su difícil ubicación sistemática.

<sup>16</sup> José María Martí Sánchez, “Factor religioso y enseñanza en España”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2000, p. 464.

<sup>17</sup> Alfonso Fernández-Miranda y R.M. García Sanz: “Artículo 20. Libertad de expresión y derecho a la información” en Oscar Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1997, t. II, p. 548.

Salvador<sup>18</sup> por su parte, señala que esta libertad permite al docente programar y desarrollar de manera autónoma e independiente sus enseñanzas, siempre y cuando al hacerlo se ajuste a los planes de estudio vigentes por los órganos competentes.

Gálvez Montes<sup>19</sup> entiende que la libertad de ciencia (término utilizado por el TC en su STC 106/1990, de 6 de junio) comprende dos libertades distintas, por un lado la libertad de enseñanza y por otro la de Cátedra, que garantiza la labor docente e investigadora del profesor valiéndose de una serie de garantías que permitan la ausencia de impedimentos y molestias en el desempeño de la labor tanto docente como investigadora y la autonomía y participación. También se trata esta libertad en la STC 179/1996, coincidente con la anterior en señalar que esta libertad permite al docente disfrutar de un espacio intelectual libre de presiones externas, que le permita ejercer la docencia según su criterio científico y personal. El TC, en la STC 217/1992, de 1 de diciembre, en su FJ 2º, ofrece una definición de que se puede entender por libertad de Cátedra al señalar que “es la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza”.

Respecto a los titulares de este derecho, si bien es verdad que en un principio pudiera parecer que se circunscribe únicamente a los docentes e investigadores que ejercen su labor de difusión de contenidos científicos en el ámbito universitario –de ahí su denominación de Cátedra–, el TC, en su sentencia 5/1981, de 13 de febrero, determinó que este derecho ampara a la totalidad de los docentes, independientemente del grado en el que impartan su docencia, aunque puede verse matizada en función de la naturaleza pública o privada del centro, ya que el docente no puede en aras de la libertad de Cátedra contradecir en sus clases la ideología del centro, aspecto que no sucede en los centros públicos, que han de carecer de ideario, y el grado en el que se imparta la docencia. Los docentes tienen el deber y el derecho de impartir su docencia y de realizar labores investigadoras, sin más limitaciones que lo previsto en la normativa vigente. En esta sentencia también se señala que, amparados en ella, los docentes

<sup>18</sup> María Salvador Martínez, “Los derechos de la educación”, en Santiago Sánchez González, coord., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. p. 403.

<sup>19</sup> Francisco Javier Gálvez Montes, “Artículo 20”, en Fernando Garrido Falla, coord., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 467.

no se pueden ver conminados a dotar su docencia de cargas ideológicas marcadas desde los poderes públicos o desde terceras personas, siendo incompatible con una ciencia o doctrina de carácter oficial. La libertad de Cátedra no puede en ningún caso verse limitada por el Reglamento de Régimen Interno del centro, como señaló Tomás y Valiente en el voto particular emitido en la Sentencia 5/1981, ya que éste reglamento es de rango inferior a las leyes, y por supuesto a la Constitución, por lo que nunca podría restringir un derecho fundamental como es la libertad de Cátedra.

Al igual que ocurre con todos los derechos contenidos en el artículo 20, no cabe la censura previa por parte de ningún órgano ni de ninguna institución, tampoco cabe hacer depender su ejercicio de un examen oficial que compruebe su contenido (STC 52/1983 de 17 de junio).

En el ámbito internacional se regula en el artículo 13 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: “Libertad de las artes y de las ciencias: las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de Cátedra”.

Por su parte la organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su 29 Reunión aprobó su Recomendación relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior, de 11 de noviembre de 1997, en sus principios rectores, punto III en su artículo 4 señala que las Universidades son comunidades de especialistas que preservan, difunden y expresan libremente su opinión sobre el saber y la cultura tradicionales y buscan nuevos conocimientos sin sentirse constreñidos por doctrinas prescritas. Como se puede apreciar, en este documento se aboga por el reconocimiento de la libertad de Cátedra de los docentes.

### 3. El derecho a la autonomía universitaria

Es célebre la STC 26/1987, que dejó patente que la autonomía universitaria es un auténtico derecho constitucional<sup>20</sup> y no una mera garantía, como ha venido defendiendo un sector de la doctrina española (Linde Paniagua, Fernández-Miranda<sup>21</sup> y Fernández Rodríguez<sup>22</sup> entre otros). La polémica surgió como consecuencia de que los constituyentes, a la hora de redactar el contenido de la auto-

<sup>20</sup> Tesis mantenida por Francisco de Borja López-Jurado Escribano, *La autonomía de las Universidades como derecho fundamental*, Civitas, Madrid, 1991.

<sup>21</sup> Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *op. cit.*

<sup>22</sup> Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *La autonomía universitaria, ámbito y límites*, Civitas, Madrid, 1982.

nomía universitaria lo hicieron de manera ambigua, sin garantizarla de forma expresa, siendo el intérprete supremo de la Constitución quien vino a colmar la laguna constitucional en la citada sentencia al conceptuar la autonomía universitaria como derecho fundamental por estar reconocida en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I. Los términos utilizados en la redacción del precepto, a la luz de los antecedentes constituyentes del debate parlamentario, llevaron a esta conceptualización y su fundamento en la libertad académica.

El derecho a la autonomía universitaria es reconocido a la denominada *Comunidad Universitaria*, entidad dotada de personalidad jurídica, no a cada uno de los miembros que la integran, la cual en caso de vulneraciones realizadas por los poderes públicos, o dentro del ámbito universitario, podrá ejercer éste derecho fundamental presentando recursos de amparo ordinario ante los órganos jurisdiccionales, e incluso el extraordinario ante el TC, como órgano en el cual reside la defensa última de los derechos y libertades. Como ha indicado el TC, dada la trascendencia de las libertades y los derechos fundamentales consagrados por la Constitución (artículos 14 a 30), se prevé en ella para su protección un doble mecanismo jurisdiccional escalonado, principal y general uno, que se atribuye a los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y extraordinario y subsidiario otro, que corresponde al Tribunal Constitucional. La garantía de los derechos y libertades corresponde a dos jurisdicciones separadas, la del Poder Judicial que de forma exclusiva y excluyente tiene la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos judiciales, como se desprende del Título VI de la Constitución de 1978, y que es la común y ordinaria; y la del Tribunal Constitucional, regulado en el Título IX de la citada Constitución, cuyo ámbito de actuación o de jurisdicción se limita a las garantías constitucionales [...] y entre ellos, el recurso de amparo utilizable “en su caso” para la protección de aquellos derechos cuando entienda el justiciable que no han sido reparados por la jurisdicción ordinaria (STC 113/1995, de 6 de julio). Sólo una vez agotado el procedimiento ante los Tribunales ordinarios se podrá acudir ante el TC para llevar a cabo la interposición de un recurso de amparo.

Respecto a cómo ha de actuar el poder legislativo a la hora de legislar y dotar de contenido a la autonomía universitaria, si bien es verdad que aquél dispone de un margen de discrecionalidad bastante amplio, puesto que la Constitución únicamente establece como límite el respeto de los elementos que aseguren la libertad académica, también es cierto que el TC en su jurisprudencia ha establecido una serie de limitaciones a tener en cuenta por el Parlamento a la hora de

María Acracia Núñez Martínez

legislar, como se desprende de la STC 26/1987, en la que enumera las limitaciones a las que antes nos referíamos. Estas limitaciones serían por un lado el obligado respeto a los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I, el que cuando se pretenda regular un modelo de Universidad que ataña al ámbito nacional éste se ajuste a las demandas coordinadas entre las distintas Universidades, que se respete el hecho de que la enseñanza de carácter universitario es un servicio público y que el modelo funcional del profesorado universitario sea respetado en todo momento. Otras sentencias en las que el TC se refiere a ésta autonomía son las 55/1989, de 23 de febrero, 106/1990, de 17 de julio y 47/2005, de 3 de marzo.

Para Fernández Segado<sup>23</sup> y Cámara Villar<sup>24</sup> los elementos que se tienen que dar para que la libertad académica sea garantizada pueden ser reconducidos en los ámbitos siguientes:

- Autonomía estatutaria o de gobierno, permite llevar a cabo la elaboración de sus propios Estatutos, en los que se regulan la estructura interna y las normas de funcionamiento interno de los distintos órganos (Consejo de Gobierno, Claustro Universitario, Consejo Social y el Rector).
- Autonomía académica, referente sobre todo a la elaboración y aprobación de los planes de estudio e investigación, aunque no se puede olvidar admisión, permanencia y verificación de los estudiantes, o la expedición de diplomas y títulos.
- Autonomía financiera, que se refleja en la aprobación de sus propios presupuestos, así como de la administración y gestión de sus propios recursos.
- Autonomía en la selección y promoción del profesorado.

El TC, en su sentencia 156/2004, establece que no se vulnera la autonomía universitaria por el hecho de que sean las Comunidades Autónomas, como consecuencia de la asunción de competencias en materia educativa tras la transferencia realizada por el Estado, las que elaboren el régimen jurídico y retributivo

<sup>23</sup> Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 370 y 371.

<sup>24</sup> Gregorio Cámara Villar, “La autonomía universitaria en España”, *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, VVAA, Congreso de los Diputados, 2002, t. I.

de los docentes y quienes lleven a cabo la aprobación con carácter bianual de programas de financiación. Como excepción a esta norma hay que señalar que existen dos universidades de ámbito nacional que son la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Universidad Menéndez Pelayo, que reciben financiación no autonómica, sino estatal y es ante el Estado ante quien deben rendir cuentas.

En el ámbito internacional la organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su 29ª Reunión aprobó su Recomendación relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior, de 11 de noviembre de 1997, en sus principios rectores, punto V Derechos, Obligaciones Y Responsabilidades de las Instituciones en el punto A trata sobre la autonomía de las Instituciones en sus artículos 17 a 21.<sup>25</sup> Para la UNESCO es una obligación estatal preservar y proteger la autonomía de los centros de enseñanza superior, pues si la autonomía se recorta o se vulnera se ataca uno de los principios básicos y fundamentales de las Universidades, sin ella se desvirtúa su razón de ser y se deja sin contenido un aspecto básico de su existencia.

---

<sup>25</sup> Art. 17. El ejercicio auténtico de la libertad académica y el cumplimiento de las funciones y atribuciones requieren la autonomía de las instituciones de enseñanza superior. La autonomía consiste en el grado de autogobierno necesario para que las instituciones de enseñanza superior adopten decisiones eficaces con respecto a sus actividades académicas, normas, actividades administrativas y afines, en la medida en que éstas se ciñan a los sistemas de control público, en especial por lo que se refiere a la financiación estatal, y respeten las libertades académicas y los derechos humanos. No obstante la índole de la autonomía puede variar en función del tipo de establecimiento de que se trate.

Art. 18. La autonomía es la forma institucional de la libertad académica y un requisito necesario para garantizar el adecuado desempeño de las funciones encomendadas al personal docente y las instituciones de enseñanza superior.

Art.19. Los Estados Miembros tienen la obligación de proteger a las instituciones de enseñanza superior de las amenazas que presenten contra su autonomía, sea cual fuera su origen.

Art. 20. Las Instituciones de enseñanza superior no deben utilizar la autonomía como pretexto para limitar los derechos del personal docente de la enseñanza superior.

Art. 21. El autogobierno, la colegialidad y una dirección académica apropiada son elementos esenciales de una verdadera autonomía de las instituciones de enseñanza superior.

María Acracia Núñez Martínez

## IV. Las diferentes leyes educativas vigentes durante la democracia española

Muchas han sido las leyes educativas que han estado vigentes desde que se implantó la democracia en España tanto reguladoras de la enseñanza universitaria como de la enseñanza de ámbito inferior, incluida la Formación Profesional, siendo la primera de ellas aprobada en el año 70, con una vigencia de 10 años, por lo que tras la entrada en vigor de la Constitución continuó estando vigente. Casi todas las demás fueron aprobadas bajo el gobierno del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), el Partido Popular aprobó dos, aunque la primera de ellas no llegó a tener vigencia, pues fue derogada por el Gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero en los inicios de su mandato. La última de las leyes educativas aprobadas ha sido la primera del Partido Popular, aunque a finales de este año 2015, serán convocadas elecciones generales, y se augura un futuro incierto a esta ley, ya que salió aprobada con las votos de la mayoría absoluta del Partido Popular y con los votos en contra del resto de los grupos parlamentarios con representación parlamentaria. Las nuevas Cortes Generales darán entrada en la Cámara a partidos que hasta este momento o bien no existían, o bien no habían alcanzado representación. Este hecho novedoso en la reciente historia política española debería ser aprovechado por nuestros parlamentarios para de una vez por todas alcanzar el tan demandado pacto por la educación que logre aunar y consensuar a todas las fuerzas políticas, sin dejar de lado a la sociedad, padres, docentes, sindicatos, pues la educación es una cuestión de importancia capital y cuanto más consensuada y debatida sea la norma que la regule mayores beneficios reportará en toda la sociedad. Las leyes educativas que han estado vigentes hasta la fecha son las siguientes:

La *Ley general de educación y financiamiento de la reforma educativa* (LGE), aprobada en el año 1970 (14/1970, de 4 de agosto) siendo Ministro de Educación José Luis Villar Palasí. Esta norma fue fruto de la demanda cada vez más clamorosa de democratizar la enseñanza, modernizarla y ponerla a un nivel similar al instaurado en los Estados de nuestro entorno europeo; la sociedad demandaba una profunda reforma educativa y ese era el reto al que Villar debía enfrentarse, y lo hizo con éxito, puesto que la norma tuvo 10 años de vigencia, por lo que continuó estando vigente tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. A diferencia de lo que ocurrió con la normativa sobre materia educativa posterior, esta norma regula todos los niveles de enseñanza de manera com-

pleta, desde la educación infantil hasta la Universidad, incluyendo las categorías de los docentes, el funcionamiento de los centros universitarios y no universitarios etc., es una norma muy completa y pormenorizada que regulaba de manera muy sistemática todo el sistema educativo español. Los alumnos se incorporaban en primer lugar de manera voluntaria a Presscolar que constaba de dos etapas, la primera era el Jardín de Infancia (2 y 3 años) y la segunda (Párvulos 4 y 5 años), siendo esta educación gratuita en las escuelas públicas, pudiendo serlo en las privadas que solicitaran un concierto. Después, ya de manera obligatoria, a la Educación General Básica (EGB), que duraba desde primero curso en el cual los alumnos accedían a los seis años de edad hasta octavo, curso que abandonaban con trece o catorce, teniendo esta etapa educativa el carácter de gratuidad (en las escuelas públicas). Estableció la obligatoriedad hasta los catorce años. Al finalizar este curso y tras la obtención del denominado Graduado Escolar, aquellos que lo desearan, pues la obligatoriedad finalizaba aquí, podían optar por cursar el denominado Bachillerato Unificado Polivalente (BUP), que constaba de tres cursos de bachillerato cursados entre los 14 y los 16 años, a los que seguía el denominado COU (Curso de Orientación Universitaria), cursado por aquellos que tras el bachillerato deseaban acceder a la universidad, siempre y cuando aprobaran la prueba de acceso a ésta denominada Selectividad, a no ser que esperaran hasta los 25 años y accedieran a través del denominado *acceso para mayores de 25 años*, aún existente, que una vez cursado y aprobado da paso a la Universidad sin tener la selectividad y sin necesidad de haber cursado el bachillerato. Para aquellos que no desearan cursar el bachillerato o que no hubieran obtenido el Graduado, sino únicamente un certificado de escolaridad existía la opción de cursar la Formación Profesional (FP) con carácter gratuito, que ofrecía salidas laborales. Estaban en primer lugar la FP1 (a la que se podía acceder sin el Graduado escolar) y la FP2 tras la EGB y el BUP y la FP 3 que se podía cursar tras el primer ciclo de las enseñanzas universitarias, aunque este tipo no llegó a entrar en vigor. Esta ley, en su artículo tercero, declaraba a la educación como un servicio público fundamental, llegando a proclamar que los extranjeros residentes en España tendrán también acceso a la enseñanza obligatoria gratuita y de manera también gratuita a la Formación Profesional de primer grado. Para la enseñanza no obligatoria se instauró un sistema de becas y de ayudas para que nadie por razones económicas se viera obligado a abandonar sus estudios.

En la *Ley orgánica del estatuto de centros escolares* (LOECE), aprobada bajo el gobierno de la UCD presidido por Adolfo Suárez el 19 de junio de 1980 (Ley 5/1980 de 19 de junio), se procedió a la regulación del régimen jurídico de los

centros que impartían la docencia de Preescolar, Enseñanza General Básica y Enseñanzas medias. Estableció la libertad de creación de los centros docentes y el derecho de éstos a dotarse de un ideario propio. Esta ley fue recurrida ante el TC por el Partido Socialista por entender, entre otras cuestiones, que este derecho vulneraba un derecho fundamental como es la Libertad de Cátedra. El TC dictó tras la presentación del recurso la tan nombrada en éste trabajo STC 5/1981, sentencia que ocupa un lugar muy importante en la jurisprudencia del TC, pues su relevancia en relación con los derechos de educación es incuestionable. En la sentencia, el TC dio la razón al partido socialista en varias de sus alegaciones, no en todas, precisamente no en lo referente al derecho a dotarse de ideario propio, razón por la cual la UCD debía de llevar cabo una profunda revisión que finalmente no llegó como consecuencia de la casi inmediatamente posterior victoria en las urnas del partido que precisamente entendía que se trataba de una norma que vulneraba la Constitución.

La *Ley de reforma universitaria* (LRU), aprobada por el Partido Socialista en el año 1983 (ley 11/1983 de 25 de agosto), estableció que la Universidad constituye un auténtico servicio público referido a los intereses generales de toda la comunidad nacional y de las CCAA. Supuso una profunda reforma de la enseñanza universitaria, al establecer un marco para la renovación de la vida académica, y procedió a la regulación de la autonomía universitaria proclamada en el texto constitucional, así como la Libertad de Cátedra.

La *Ley orgánica del derecho a la educación* (LODE), ley 8/1985 de 3 de julio, aprobada también bajo el gobierno del PSOE. En ella el Gobierno vuelve a tratar el tema de la libertad de Cátedra, como ya hiciera dos años antes en el caso de la libertad de Cátedra de los profesores universitarios, pero esta vez para los docentes de los cursos inferiores a la Universidad. Alianza Popular interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el TC alegando que se menciona el carácter propio de los centros docentes, sin hacer mención al ideario. El TC en su Sentencia dictada tras el recurso señala la equivalencia entre ideario y carácter. El sistema de conciertos tal cual continúa vigente en la actualidad es fruto de esta norma jurídica. La Ley fue aprobada por 196 votos a favor (Grupos socialista y nacionalistas catalanes), 96 en contra (nacionalistas vascos y Grupo Parlamentario popular) y seis abstenciones de parlamentarios adscritos al Grupo Mixto.

La *Ley orgánica de ordenación general del sistema educativo* (LOGSE), aprobada también bajo el Gobierno socialista el 3 de octubre del año 1990 (ley 1/1990, de 3 de octubre), únicamente con los votos en contra del Grupo Parlamentario Popular y con la abstención de los dos integrantes de Unión Valencia-

na. Era una norma que venía a completar a la anteriormente aprobada LODE y vino a modificar enteramente el sistema educativo que llevaba una década vigente en el Estado español, el regulado en la LGE. Esta norma acabó con la EGB y el BUP, y lo sustituyó por la Educación Infantil, no obligatoria, integrada por dos ciclos (el primero de 0 a 3 años y el segundo de 3 a seis), Primaria (desde los 6 a los 12 años), la Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO) (desde los 12 años a los 16) y el Bachillerato (dos cursos), al que si se deseaba acceder a la Universidad seguiría igual que en la LGE la Selectividad. La formación Profesional, al igual que en la normativa anterior consta de dos ciclos, para el primer ciclo de grado medio se precisa el haber terminado la ESO, y para el segundo ciclo que es de grado superior se requiere haber terminado el bachillerato. Esta estructura de ciclos continúa estando vigente en la actualidad. Además acabó con la enseñanza obligatoria hasta los 14 años, pasando a prolongarla hasta los 16, con lo que se supone que los menores, al estar más tiempo escolarizados, saldrían algo mejor preparados para incorporarse al mercado laboral. Por primera vez se otorga un gran protagonismo a las CCAA en la elaboración de buena parte de los programas educativos.

La *Ley orgánica de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes* (LOPEG), Ley 9/1995, de 20 de noviembre, aprobada también bajo el Gobierno socialista siendo Ministro de Educación Gustavo Suárez Pertierra. Esta norma fue dictada para complementar y profundizar lo dispuesto en la LODE, en su concepción participativa, y completa la organización y funciones de los órganos de gobierno de los órganos financiados con fondos públicos para ajustarlos a lo establecido en la citada ley. Esta ley, como dice el propio texto, fue aprobada con el fin de reafirmar el derecho a la educación para todos, así como de consolidar la autonomía de los centros docentes y la participación de quienes forman parte de la comunidad educativa. Fue una norma que no contó con el respaldo necesario ya que únicamente contó en Sede parlamentaria con el apoyo de los votos del PSOE y los nacionalistas vascos y catalanes, pues la rechazaron el Partido Popular, Izquierda Unida y los nacionalistas canarios. Fuera de la Cámara la oposición de los principales sindicatos presentes entre el profesorado no universitario fue unánime, pues alegaban que posibilitaba ir hacia la privatización de la enseñanza.

La *Ley orgánica de Universidades* (LOU). Ley 6/2001, de 21 de diciembre. Esta ley fue formulada con el fin de modernizar la Universidad, y dotarla de un marco normativo a través del cual se estimule el dinamismo de la comunidad universitaria. También se señala en su Preámbulo que nace para impulsar la labor

María Acracia Núñez Martínez

de la Administración General del Estado en la vertebración y cohesión del sistema universitario, de profundizar las competencias de las CCAA en la educación superior, de incrementar el nivel de autonomía de las universidades, y de incrementar los cauces para lograr el fortalecimiento de las relaciones Universidad-Sociedad. A día de hoy esta es la norma que continúa regulando la educación superior.

*La Ley de formación profesional.* Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio de las Cualificaciones y de la Formación Profesional. Esta norma jurídica fue aprobada con el fin de mejorar y modernizar la Formación Profesional y ponerla al nivel de los estudios de Formación Profesional de otros Estados de nuestro entorno europeo, siendo su fin último la creación de un Sistema Nacional de Cualificaciones y de Formación Profesional que dote de unidad, coherencia y eficacia la planificación, ordenación y administración de esta realidad. El sistema inspirado en el principio de igualdad en el acceso a la formación profesional y de participación de los agentes sociales con los poderes públicos ha de favorecer la homogeneización a nivel europeo de los niveles de acreditación y formación profesional de cara al libre movimiento de trabajadores y profesionales en la Unión Europea.

*La Ley orgánica de calidad de la educación (LOCE)*, ley 10/2002, de 23 de diciembre, fue la primera ley de Educación aprobada bajo el Gobierno del Partido Popular, únicamente con sus votos y los de Coalición Canaria, siendo Ministra de Educación Pilar del Castillo. La Ley se aprobó con el fin de mejorar la calidad educativa, dotando de “carácter asistencial” a la educación infantil de primer ciclo (0-3) y estableciendo itinerarios tras acabar tercero de la ESO, optando por un itinerario los que quisieran acceder al Bachillerato y por otro los que fueran a optar por la Formación Profesional, en cuarto de la ESO el itinerario se desdoblaba entre una opción más científica y otra humanística, y se añadía una opción más, los Programas de Iniciación Profesional, PIP, con una duración de dos años, destinados a aquellos alumnos que encontraran más dificultades académicas. Todos estos itinerarios llevaban a obtener el título de la ESO. Respecto a la religión se estableció con carácter obligatorio su estudio, o el de su alternativa, Hecho Religioso durante los ciclos de primaria y ESO, siendo ambas evaluables y computando para hacer la nota media. Al final del Bachillerato se instauró una reválida, de tal manera que con el Bachillerato aprobado pero con la reválida suspensa quedaba cerrado el acceso a la enseñanza universitaria, pero no a la FP de Grado superior. También endurecía el paso de curso en la ESO, pues con dos suspensos era obligatorio repetir, algo que no ocurría con la

LOGSE y de lo que venían quejándose desde su elaboración el Partido Popular. Al aprobarse casi al final de la segunda legislatura de Aznar no llegó a entrar en vigor, pues como se señaló anteriormente Rodríguez Zapatero la derogó muy pronto, por lo que nunca llegó a entrar en vigor.

La *Ley orgánica de educación* (LOE), aprobada en mayo del año 2006, en la primera legislatura del socialista Rodríguez Zapatero, contó con un gran respaldo parlamentario pues además del respaldo socialista fue apoyada por Convergencia i Unió, el Partido Nacionalista Vasco, Esquerra Republicana de Cataluña, Iniciativa per Catalunya, Coalición Canaria y Eusko Alkartasuna. El Partido Popular votó en contar e Izquierda Unida optó por la abstención. Esta ley, pese al mayoritario apoyo recibido en las Cortes, fue muy contestada en la calle, especialmente por los fieles de la Iglesia Católica, que estaban en profundo desacuerdo con el hecho de que la asignatura de religión pasase a ser voluntaria para los alumnos, aunque de oferta obligatoria por parte de los centros, y con la inclusión por vez primera en la oferta curricular de dos nuevas asignaturas de carácter obligatorio y evaluable denominadas Ciencias para el Mundo Contemporáneo y Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos, que se ofertaba a costa de la reducción de carga lectiva de Lengua y Literatura castellana, que se redujo en 25 horas. Según los detractores de esa nueva asignatura, su inclusión suponía un intento de adoctrinamiento por parte del Estado sin contar con los padres. El revuelo fue de tal calado que algunos padres solicitaron que sus hijos no la cursaran alegando objeción de conciencia, aunque se ha de recordar que es la única ley educativa sobre la que no se interpuso un recurso de inconstitucional y a punto estuvo de lograrse el consenso que finalmente se frustró.

La *Ley orgánica de mejora de la calidad educativa* (LOMCE), aprobada en el año 2013 (9 de diciembre) bajo el Gobierno del Partido Popular y actualmente en vigor. Esta Ley, aprobada durante el ministerio de D. José Ignacio Wert en educación, ha recibido mayor oposición en todos los ámbitos que todas sus predecesoras. La oposición no solamente se demostró en las Cortes Generales, pues ninguna fuerza política, a excepción del Partido Popular la respaldó, sino que fuera del Parlamento hubo muchas manifestaciones, huelgas, debates y acaloradas discusiones por parte de los docentes, los padres, los sindicatos educativos, los estudiantes; podría decirse que ni uno solo de los sectores implicados manifestó su apoyo a esta ley. Los elementos más polémicos que ha venido a introducir han sido la inclusión otra vez de la asignatura de Religión como obligatoria y evaluable, la desaparición de las asignaturas Ciencias para el Mundo Contemporáneo y Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, la concesión

María Acracia Núñez Martínez

del concierto a aquellos centros que lleven a cabo la separación por sexos de sus alumnos, la instauración de las reválidas o pruebas externas de evaluación tanto al final de la ESO como al final del Bachillerato, de tal manera que si no se aprueba la reválida no se tiene acceso a la Universidad, medida que llevaba fuera de las aulas españolas más de 50 años.

## V. Conclusiones

Los derechos educativos en el Estado español son considerados por la Constitución de 1978 derechos fundamentales, por lo que su regulación habrá de ser realizada a través de ley orgánica, norma que requiere un grado mayor de consenso en las cámaras que el exigido para la aprobación de las leyes ordinarias. El Constituyente optó por regular todos los derechos educativos en un único artículo (con la excepción de la libertad de cátedra, que se ubica en otro) dado que, como ha señalado el TC, nos encontramos frente a *un derecho omnicompreensivo a la educación*, y no ante un grupo de derechos independientes. A lo largo del texto se ha procedido a analizar cada uno de los derechos educativos partiendo de la jurisprudencia emanada del TC, finalizando el trabajo con la enumeración de las distintas leyes educativas que han sido aprobadas por los distintos Gobiernos que se han ido sucediendo desde la llegada a España de la democracia. Su elevado número refleja que, lejos de ser una cuestión sobre la que impera el acuerdo, nos encontramos ante un asunto que, tras cuarenta años de democracia, continúa siendo polémico. Si se llegara a alcanzar un pacto por la educación entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria que contara con un amplio debate entre las personas e instituciones afectadas, y se alcanzara un consenso, como el que se produjo en el proceso constituyente que precedió a la aprobación por amplia mayoría del texto constitucional actualmente vigente, reflejaría un hecho de normalidad democrática deseable en un Estado Social y Democrático de Derecho como es el español.