

El «derecho a educar» en la Constitución y en la legislación educativa socialista

ANTONIO GARCIA MADRID

Un estudio comparativo medianamente serio sobre el tema monográfico del derecho a educar en la legislación educativa española necesita, en principio, de una demarcación precisa (dada su complejidad) y del enunciado de los problemas que en este caso particular arrastra el tema.

La referencia a la legislación anterior a la LOGSE, dadas las características de este pequeño estudio y también del interés y la actualidad, debe partir de la Ley General de Educación y Financiación de la Reforma Educativa de 4 de agosto de 1970¹, y referirse a los grandes hitos legislativos o acuerdos políticos con incidencia posterior en la normativa educativa (en especial

¹ En adelante LGE/1970.

en el tema que nos ocupa o sobre él directamente). Además de la LGE/1970 (rodrigón jurídico de nuestro sistema educativo hasta prácticamente hoy mismo, no se olvide) nos referimos a: el derecho a educar en la Constitución de 1978, el problema de la LOECE y la LODE.

Las referencias no pueden aludir —dado el tema y el país— a la sola letra de la ley, sin el obligado enmarque político-ideológico y legislativo que las genera. Y así, junto a ellas, nos referimos a la legislación Centrista, Socialista, al «consenso» constitucional, etc.

El mayor de los problemas en un estudio sobre el derecho de educar a través de la legislación estriba —teniendo en cuenta que las referencias clave son la LGE/1970 y la legislación educativa postconstitucional— en la contradicción normativa, histórica e ideológica entre ambas. Mientras que la LOGSE, LODE y LOECE tienen como referencia la Constitución, los valores que ella encarna y la situación política que determina, la LGE/1970 debe hacerlo a las Leyes Fundamentales del Reino, de la dictadura franquista, y forzosamente al marco valorativo que ellas definen. El derecho de todos a educar no puede, ni tiene de hecho, el mismo significado ni contenido. En este caso, la interpretación histórica del momento, junto con la legislación concreta, puede proporcionar más claves que la sola referencia a la ley.

Tal vez el problema se atenúe si procedemos metodológicamente refiriéndonos primero a lo que el mencionado derecho significa en la Carta Constitucional del 1978, si lo delimitamos, y sólo después nos referimos con la ayuda de la historia a la LGE/1970 y al desarrollo posterior de la legislación educativa constitucional.

1. El derecho a educar en la Constitución de 1978

Reconocemos el derecho de todos a educar en la proclamación que la Constitución hace de la libertad de enseñanza en

el artículo 27 párrafo primero: «Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza»; en especial la segunda parte. Pero también la Constitución hace reconocimiento de otras dos libertades ligadas estrechamente a la enseñanza y que pueden ser clave para una correcta interpretación de la primera de ellas enunciada: libertad de creación de centros docentes (artículo 27, párrafo 6.º) y libertad de cátedra (artículo 20, párrafo 1.º, apartado c).

No obstante, la simple enunciación de tal libertad, tal y como aparece en la Carta Constitucional, referencia una realidad imprecisa y difusa tanto para las diversas doctrinas —que le asignan contenidos muy diferentes— como para la propia normativa y jurisprudencia —necesitadas de una correcta interpretación que la rescate de la ambigüedad que la hace inoperativa. Una investigación que determine el contenido exacto de la libertad de enseñanza enunciada es imprescindible para después juzgar adecuadamente la legislación posterior. Para ello se seguirá muy de cerca el magnífico estudio del profesor Antonio Embid Irujo², que recurre al análisis de los planteamientos político-doctrinales, nuestro derecho histórico y el derecho penal, antes de realizar una muy correcta interpretación de la libertad constitucional que aquí nos atañe.

Los posicionamientos doctrinales en torno a la libertad de enseñanza (libertad constitucional, por otra parte, que es recogida y reconocida por primera vez con tal rango en 1978) son en nuestro país propios de la derecha y del centro políticos, quienes en el transcurso de los trabajos de las Cortes Constitucionales solieron soldar la mencionada libertad a la de creación de centros docentes y dirección de los mismos³. La izquierda

² EMBID IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid 1983. Estudio magistral desde mi punto de vista.

³ Véase al respecto las intervenciones de Oscar Alzaga y Martínez Fuentes en Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 23 de mayo de 1978 y Diario de sesiones del Senado de 27 de septiembre de 1978. Para el primero la libertad de enseñanza va unida a la fundación de centros, a dirigirlos y gestionarlos, a elegir los profesores, a fijar un ideario y cubrir la demanda de los padres de formación religiosa. Para el segundo tal libertad deberá ser ejercida por los padres en la elección de la educación más idónea

política, al contrario, suele hacer una interpretación de la libertad de enseñanza distinta, acentuando la primera parte del enunciado del párrafo primero del artículo 27, e insistiendo en la escolarización de todos y en el acceso libre a todos los centros educativos. Sólo así podrá hablarse de libertad.

Si nos atenemos a la historia legal y a la doctrina tradicional entre nosotros, no parece sino que la libertad de enseñanza está íntimamente asociada a la libertad de creación de centros docentes (fundar y mantener centros de enseñanza) y algunas veces se le añade la de los padres para elegir el centro que consideran adecuado a la educación de sus hijos⁴. Criterio este que suele servir también, y no de modo muy acertado, a la hora de analizar el tema en la Constitución actual, por cuanto no se sabe bien de dónde derivan el derecho de opción de los padres e incluso el de libertad de cátedra. Derecho este último que suele acompañar algunas veces en la interpretación de la libertad de enseñanza constitucional, en un ejemplo de inflación ideológica manifiesto. Pero si hay un ejemplo de inflación ideológica, propuesta ideal donde las haya, pero en modo alguno derivado de los enunciados constitucionales, es el de Ortiz Díaz, para el que la libertad de enseñanza consiste en:

- 1.º escoger modelo o tipo de educación y el derecho a elegir el centro que se prefiera.
- 2.º El derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa o moral que deseen.
- 3.º Fundar centros docentes a todos los niveles, incluido el universitario, y el derecho a que tales centros sean reconocidos como prestadores de un servicio de interés social, siempre que reúna las condiciones objetivas fijadas por la Ley.

sus hijos y por los centros al poder programar los contenidos y utilizar la metodología conveniente.

⁴ Las referencias pueden verse en el estudio de EMBID IRUJO, *o.c.*, 226 y 227, entre las que sobresale el estudio de DE PUELLES BENÍTEZ, *Educación e ideología en la España contemporánea*, Labor, Madrid 1980.

- 4.º El derecho a dirigirlos, gestionar y seleccionar sus respectivos profesores.
- 5.º La libertad y el derecho de establecer un Ideario y Proyecto educativo para el centro.
- 6.º El derecho de los profesores, padres y en su caso alumnos a participar en la gestión de los centros.
- 7.º La libertad de cátedra respetando el Ideario del Centro si lo hubiere y en todo caso la conciencia y dignidad de los alumnos.
- 8.º El derecho de las familias a percibir las pertinentes ayudas económicas de los poderes públicos para la educación de sus hijos o en su caso el derecho a la gratuidad, para que la libertad de elegir centro resulte efectiva y no meramente formal ⁵.

Posición harto problemática por cuanto, dice Embid Irujo, «La amplitud de contenidos que pretenden ampararse en la noción de libertad de enseñanza hace poco útil esta noción e, incluso, puede llevar a problemas de interpretación cuando se presente el caso de conflicto entre derechos netamente separables y que aquí aparecen colocados bajo el manto de la misma libertad pública. Incluso la amplitud de posibilidades que parecen deducirse de la libertad de enseñanza desnaturaliza su mismo significado semántico, mucho más restringido en verdad» ⁶.

Todo parece indicar que la interpretación tradicional mayoritaria hace gravitar la libertad de enseñanza, cuando no la hace coincidir (con más o menos variados matices y añadidos), en torno a la libertad de creación de centros docentes. Tal equiparación o gravitación no está en modo alguno clara ni parece deducirse sin más del precepto constitucional, que enuncia por separada ambas libertades, lo que sería redundante y ridículo si fueran una sola.

⁵ ORTIZ DÍAZ, *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, Málaga 1980, 28 y 29.

⁶ EMBID IRUJO, *o.c.*, 228.

Otra de las claves interpretativas la encuentra Embid Irujo en nuestro derecho histórico. En él, el ejercicio del derecho de educar se ha venido dando de facto (y de iure, aunque no estuviera formulado expresamente, y las garantías de amparo en su ejercicio fueran casi nulas) a través de la conjunción de otras libertades expresamente reconocidas: libertad de cátedra (desde finales del siglo XIX) ⁷, libertad de expresión (Constitución de Cádiz) ⁸, control y libertad de apertura de centros privados de docencia (Reglamento general de Institución Pública de 1821 y también en la Ley Moyano) ⁹, y con influencia y peso indiscutible en el desarrollo jurídico español el reconocimiento de libertad de docencia de todos los ciudadanos en el Informe Quintana ¹⁰.

Puede afirmarse, pues, que en el origen y primer desarrollo de nuestro derecho constitucional, la libertad de enseñanza se afirma prioritariamente como derecho y libertad en la creación de centros, sin que ello se refiera explícitamente a los docentes y a su labor, que queda salvaguardada desde la libertad de expresión. No renuncio a citar un texto magistral del profesor Em-

⁷ La libertad de cátedra es expresamente negada en la circular del ministro Orovio de 26 de febrero de 1875 y reconocida en la circular de Albareda de 3 de marzo de 1881.

⁸ En la Constitución de 1812 la libertad de enseñanza es un aspecto de la libertad de expresión y, en el uso de él, cualquier ciudadano puede dedicarse a la actividad docente. En el apartado de esta Constitución relativo a la instrucción pública está comprendido —y se debe suponer que no por casualidad— el artículo 371 en el que se reconoce la libertad de expresión así: «Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes».

⁹ Es muy sugerente para los fines interpretativos que se persiguen aquí las condiciones que se le ponen al ejercicio de la docencia privada y usos de la libertad de enseñanza y de creación de centros en la Ley Moyano.

¹⁰ De excepcional —dada la enorme influencia posterior en educación— puede calificarse la declaración que el Informe Quintana realiza: «La libertad de enseñanza, declarada a todos los que tengan discípulos que quieran ser instruidos por ellos, suple por la insuficiencia de medios para universalizar la instrucción, si se permite hablar así. No pudiendo el Estado poner a cada ciudadano un maestro de su confianza, debe dejar a cada ciudadano su justa y necesaria libertad de elegirlo por sí mismo».

bid: «Hay en los inicios de nuestro constitucionalismo datos suficientes como para concluir en que la libertad de enseñanza se configuraba como un derecho que la persona concreta ponía en marcha por la creación de un centro en el que él mismo impartía clases. La libertad de expresión podría, desde otro punto de vista, referirse también a la actividad de este docente». El mismo autor aclara a continuación que la estricta equiparación entre libertad de enseñanza y fundación de centros, que manifiesta nuestro derecho histórico reciente, no agota la interpretación ni puede ser considerada exclusiva, por cuanto que «la libertad de enseñanza es (en un anticipo interpretativo de la Constitución actual), el derecho individual de transmitir conocimientos propiamente aplicables sólo a quien los dispensa, que la creación del centro es el medio auxiliar del que dispone la persona para enseñar, que lo que al Estado liberal preocupa fundamentalmente es garantizar, a cualquier individuo, la libre posibilidad de expresarse por medio de la enseñanza» ¹¹.

La referencia al Código Penal con fines interpretativos de la libertad que aquí nos ocupa parecerá sumamente extraña en los ámbitos pedagógicos, pero no lo es en modo alguno para el profesional del Derecho, por cuanto esta nueva perspectiva puede muy bien apoyar o rechazar frontalmente las líneas hasta ahora explotadas del derecho histórico y de la doctrina sociopolítica.

Las alusiones del Código Penal a la temática educativa son muchas ¹², si bien la libertad de enseñanza es mencionada en el artículo 246 bis, párrafo segundo: «Los que sin pertenecer a un Centro docente realizaren en el mismo actos que perturben o tiendan a perturbar su normal actividad, a menoscabar la *libertad de enseñanza* o a provocar la desobediencia a la Autoridad académica, serán castigados con la pena de prisión menor».

La tendencia interpretativa de los penalistas ajenos normalmente a la temática y perspectiva que aquí perseguimos, es dual según se charge el acento en la libertad del centro o en el ejercicio

¹¹ EMBID IRUJO, *o.c.*, 235.

¹² Véase EMBID IRUJO, *o.c.*, 237.

de la docencia por el profesor. Para los que entienden el derecho y la libertad de enseñanza como derecho a fundar y mantener centros docentes, el delito que el artículo 246 prescribe consistiría en una interrupción de las funciones propias o una perturbación de hecho del centro concreto; en una interpretación más matizada a tal modalidad delictiva se daría si se afectara bien al funcionamiento general del centro, bien a las tareas propias de un profesor concreto. Por el contrario, los que ponen el acento en la libertad de enseñanza como libertad de personas individuales (y no de instituciones), el delito consistiría en la prohibición al profesor de exponer libremente sus ideas y conocimientos o interrumpiendo las clases y obligándole a desalojarlas ¹³.

En definitiva, desde el ámbito penal, y en la medida en que éste puede arrojar luz en la interpretación constitucional, la libertad de enseñanza es entendida fundamentalmente como cualidad que atañe a la persona del docente y al derecho a dedicarse a esa función, siendo delito aquello que impida el desarrollo de esa libertad.

Vistas ya las perspectivas (doctrinal, de derecho histórico y la penal) que pueden arrojar luz sobre el mandato constitucional en torno a la libertad de enseñanza, sólo nos queda ahora la interpretación del mencionado mandato (artículo 27, párrafo primero) y las relaciones con los otros dos mandatos: libertad de creación de centros (artículo 27, párrafo sexto) y libertad de cátedra (artículo 20, párrafo primero, apartado c), con los que mantiene relación directa.

Como ya se dijo más arriba, la Constitución enuncia por separado —y no parece que por mero capricho de los legisladores— el derecho para educar de todos y el derecho de apertura de centros docentes. En la misma línea, tanto nuestro derecho histórico como la interpretación del derecho penal, apuntan a que

¹³ La interpretación es de MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, Universidad de Sevilla, Sevilla 1979. Para descanso de los buenos profesores y disgusto de los nefastos, el autor añade que «no creo que un intento de hacer una clase dialogada o criticar la labor docente menoscaben esa libertad».

ambas libertades, si bien están íntimamente relacionadas, no se reducen la una a la otra ¹⁴. La libertad de enseñanza ha de ser entendida como el derecho que asiste a todo ciudadano para educar, es decir, bien para transmitir los conocimientos que posee, bien su concepción vital o bien ambos a la vez, sin que esa actividad esté necesariamente condicionada o vinculada a centro o institución alguna docente. Formulada en términos negativos, la libertad de enseñanza es un derecho de los individuos que quieren dedicarse a ella, y la sociedad no lo tiene para impedir a una persona particular el que pueda enseñar, ni tampoco para impedir que un ciudadano pueda ser enseñado ¹⁵. El derecho es así entendido tan ampliamente que permite rescatar para todo ciudadano el modo socrático de enseñanza: «La Constitución, al reconocer la libertad de enseñanza, permite alcanzar a cualquiera de sus ciudadanos la cualidad de sofista (en el sentido del que hace sabios), sin someter esa actividad al ejercicio de un control administrativo previo. La enseñanza dispensada, sin embargo, tendría los límites que resultan de la misma Constitución, singularmente del artículo 27, párrafo segundo. El pleno desarrollo de la personalidad humana, el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, las mismas limitaciones que, salvando las distancias, debió transgredir Sócrates —según sus acusadores— al ser condenado por corromper a los jóvenes y enseñar creencias contrarias a la religión del Estado» ¹⁶.

Una afirmación tal de la libertad docente, y con el sentido asignado y en su ámbito, supone que la enseñanza se abre a todos los particulares, se asienta en la sociedad, e imposibilita el monopolio estatal, apoyando además otra de las libertades constitucionales: la libertad de expresión de los ciudadanos (artículo 20), que puede asumir sistematicidad en la exposición y con-

¹⁴ «Reducir la libertad de enseñanza al estrecho círculo de la fundación de centros implica desconocer la potencialidad de la libertad, su mismo significado», dice con mucha razón EMBID IRUJO, *o.c.*, 237.

¹⁵ Cfr. POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, INAP, Madrid 1979, 218.

¹⁶ EMBID IRUJO, *o.c.*, 241.

vertirse en lo que entendemos por docencia discipular. Educar se convierte así en una actividad ciudadana que podrá desarrollarse sin ninguna limitación (a no ser las específicas constitucionales: artículo 27, párrafo segundo) en centros e instituciones, con preparación académica reconocida por la ley (artículo 149, párrafo trigésimo) o sin ninguna de estas formalidades. Como Sócrates, cualquier ciudadano es libre para transmitir sus conocimientos, su concepción vital, su cosmovisión y su forma propia de hacer y pensar, sin necesidad de, para ello, fundar, dirigir y mantener ningún docente, aunque ante la sociedad el ejercicio de este derecho de fundación —distinto como se ve al de libertad docente y no necesario para llevarlo a la práctica— facilitaría tal derecho.

Cuestión muy distinta es el caso en el que el docente quiera impartir enseñanzas regladas y que, perteneciendo al sistema educativo, estén reguladas por la Ley. En estos casos el derecho docente exige necesariamente la creación del centro de enseñanza y el ajustamiento del mismo a lo que la Ley establece (LODE, artículo 14, 1 y 2). Y en este caso, tanto el profesor, en su actividad directa con los alumnos, como el titular del centro, que lo funda —se entiende— para transmitir «una» educación dada, hacen uso de la libertad de enseñanza y del derecho a educar que la sociedad les reconoce. Se comprenderá ahora que las libertades expresadas en el artículo 27 de nuestra Constitución, en los párrafos primero y sexto, son dos libertades distintas si bien la libertad de creación de centros es una «libertad auxiliar de la de enseñanza y que, a la vez, encuentra su fundamento en ella. Una libertad de ejercicio absolutamente imprescindible para impartir enseñanzas de niveles oficiales, sometida al principio de autorización administrativa»¹⁷.

¿Qué relación puede haber entre la libertad de enseñanza así concebida y la libertad de cátedra, que garantiza también la Constitución? En este caso hay que distinguir en el ejercicio de la libertad de enseñanza entre la persona que enseña y aquella otra que lo hace con la finalidad del reconocimiento de los es-

¹⁷ EMBID IRUJO, *o.c.*, 239.

tudios impartidos. Cuando el ciudadano ejerce su derecho a enseñar está también haciendo uso de la libertad de expresión, al igual que un docente profesional, en cuanto sujeto a una enseñanza reglada con todo lo que ello significa, hace uso de una libertad distinta a la del ciudadano común que en nuestro ordenamiento jurídico denominamos libertad de cátedra.

La libertad de enseñanza constitucional así interpretada garantiza el derecho a educar de todos y de ella se derivarían las libertades de creación de centros y la libertad de cátedra. «La primera —dice Embid Irujo— habilita al ciudadano para la fundación de un centro de enseñanza, pudiendo imprimir a esta enseñanza un ideario colocado siempre dentro de los límites constitucionales y sometido al principio de autorización administrativa según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981. La libertad de cátedra, ya lo hemos dicho, protege al docente concreto en su actividad»¹⁸.

Por último, es interesante reseñar las relaciones que pueden establecerse entre la libertad así entendida y el ejercicio de otros derechos, como el de elección de centro por parte de los padres y el de subvención de la libertad de enseñanza.

El derecho de los padres a elegir el tipo de educación no se enuncia en nuestra Constitución¹⁹, si bien es un derecho que está previsto en el ordenamiento internacional²⁰ de aplicación en nuestro país por mandato de los artículos 10, párrafo segundo, y 96 de nuestra carta constitucional, por lo que hay que considerar este derecho como parte de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, no es un derecho que se derive de la libertad de enseñanza (que sólo lateralmente le afecta en cuanto que niega el monopolio educativo estatal), sino que directamente debe ligarse a la patria potestad que los padres detentan.

¹⁸ *Ibid*, 242.

¹⁹ La Constitución sólo concede a los padres el derecho a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos.

²⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19-XII-1966, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-XII-1966 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-XII-1948.

Tampoco está claro que de la proclamación de una libertad —como algunos planteamientos doctrinales vistos pretenden— se siga la obligación por parte del Estado de subvencionarla, porque entonces debería hacerlo con todas y cada una de las proclamadas ²¹. En esto la libertad de enseñanza, tal y como ha sido interpretada, no es una excepción. La subvención podrá sin duda justificarse desde otros derechos, pero en modo alguno desde la libertad de enseñanza constitucional.

Pues bien, una vez claro lo que queremos decir cuando nos referimos al derecho constitucional de todos a educar, repasaremos el mismo en la legislación pre y postconstitucional.

2. La Ley General de Educación de 1970 y la legislación postconstitucional

Se engaña quien piensa que la llamada abreviadamente Ley General de Educación surge en 1970 de la sola bienintencionada voluntad del Ministerio y su equipo de turno. La ley es un ejemplo más, de los muchos en nuestra historia, del contrapié en que sitúa una sociedad dinámica a sus políticos trasnochados y dogmáticos, marcando una vez más la diferencia entre la realidad de la calle y las ínfulas del poder. Frente a los algodonados y retóricos términos con que la Ley explicita sus fines (atender a las necesidades del trabajo social, la promoción y la integración social, y la formación de la personalidad para su libre desarrollo en la convivencia) está la realidad de un desarrollo industrial que transforma rápidamente una sociedad rural en urbana, en la que se incrementa la demanda de bienes y servicios, en especial de la educación (la «explosión escolar» europea de la década de los cincuenta en Europa), y la incapacidad de la Administración para responder correcta y adecuadamen-

²¹ También existe la posición, nada despreciable a la vista de las lecciones históricas, que cree que es inútil y vana la sola proclamación de las libertades formales si no se crean las condiciones materiales para su ejercicio. Véase en el mismo sentido la sentencia 86/1985 de 10 de julio del Tribunal Constitucional (suplemento al «BOE» número 194, de 14 de agosto).

te a este reto. Ello no es óbice para que, con relación a la legislación y el caos anterior, sea un hito histórico.

Surgida en el marco de un sistema político desconocedor de derechos y libertades ²², en el que la libertad de enseñanza, tal y como la deducimos de nuestra Constitución, no dejaba de ser un eufemismo, y en el que solamente había existido en determinados momentos libertad de creación de centros, la LGE se resentirá de los valores y realidades referenciales que la inspiraron.

Ningún indicio hay en ella que permita a cualquier ciudadano, mediante la libre expresión, hacer uso del derecho a transmitir pensamiento o concepción vital. Y el ejercicio de la libertad de enseñanza dentro del sistema educativo, asistido por la libertad de cátedra (que por otra parte no se formula) y la libertad de creación de centros, se ve considerablemente mermado y obstaculizado.

En la ley se afirma la asunción por la sociedad del servicio educativo: la sociedad (léase Estado, en la práctica) se convierte en titular del servicio, que se lo resta a sí misma, dejando la educación de considerarse un problema individual en el que coadyuva el Estado.

Este servicio se ampara en una planificación de necesidades sociales. Planificación no meramente indicativa sino vinculante, que se traduce en la limitación de una de las libertades que posibilita el derecho a enseñar: la creación de centros docentes no estatales (artículo 132 y ss.).

El reconocimiento del protagonismo del Estado se afirma sin perjuicio de que se reconozcan a renglón seguido el papel de

²² Júzguese, si no, sobre el artículo quinto del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945: «Todos los españoles tienen derecho a recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas, bien en el seno de su familia o en centros privados o públicos, a su libre elección. El Estado velará para que ningún talento se malogre por falta de medios económicos». Magnífico ejemplo de cinismo histórico y político.

otras fuerzas sociales. La participación no estatal es valorada positivamente y la LGE no decreta en modo alguno la estatificación de los centros de titularidad privada, a los que se considera de servicio público institucional sin afán de lucro y con motivos de influencia social o de apostolado religioso e ideológico. En este sentido la Ley atribuye al Gobierno la misión de estimular y proteger la libre iniciativa de la sociedad, pero libre iniciativa en una empresa que ha de ser *concertada obligatoriamente* con el Estado. Ni el momento histórico, ni la Ley daban para más.

El caso de la LOECE (Ley Orgánica por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares, de 19 de junio de 1980) es el mejor ejemplo de fracaso legislativo del «consenso» constitucional en torno a la educación. Si el pacto fue juzgado como bueno desde el punto de vista de la concordia política, sin embargo, se trata de un pacto de muy difícil ejecución por la legislación posterior que lo desarrolle ²³. De la agria confrontación ideológica y política que supuso el desarrollo y aprobación de esta Ley Orgánica, sólo reseñaré la temática que aquí nos ocupa.

Toda la Ley es una interpretación parcial de todo el artículo 27 de la Constitución, realizada desde una lectura ideológica sesgada —políticamente anclada en la derecha— de la libertad de enseñanza y de los derechos auxiliares que la posibilitan y garantizan: dígase libertad de expresión, libertad de creación de centros y libertad de cátedra.

La principal objeción en la tramitación parlamentaria de la LOECE se centró en que ésta era un desarrollo partidista del artículo 27 de la Constitución, que descompensaba el equilibrio político-ideológico constitucional y la distinta forma de entender la libertad de la enseñanza desde la izquierda y derecha política: bien como derecho de todos a la educación y libre acceso de

²³ No faltan autores cualificados que juzgan que el pacto político del 1978 convertirá a la legislación educativa en un auténtico juego de bolillos e impedirá un desarrollo legislativo constitucional armonioso, lo cual, a la vista de los sucesos de los últimos años, no deja de ser cierto. (Véase M. DE PUELLES BENÍTEZ, *Política y Administración educativas*, UNED, Madrid 1987).

todos a ella (principio de igualdad), bien como el derecho de todos a educar y libertades que lo hacen efectivo (principio de libertad docente).

En concreto, el enfrentamiento se centraba en tres artículos de la Ley, dos de los cuales atañen muy de cerca a nuestro tema: artículo *quinto* (que afirmaba la libertad de elección de centro de acuerdo con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres, remitía a una futura ley de financiación de la enseñanza obligatoria y de la libertad de elección), artículo *quince* (que subordinaba la libertad de expresión docente o de cátedra al ideario educativo del centro) y artículo *trigésimocuarto* (que además de reconocer al titular del centro el derecho a establecer el ideario educativo propio —lo cual se sigue de la libertad de enseñanza constitucional— y amplias facultades de dirección, dejaba al reglamento interno del centro la regulación de la intervención de profesores, padres y alumnos en la gestión y control de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos).

El artículo quinto aludido fue duramente criticado porque del artículo 27, párrafo tercero de la Constitución, no se sigue la subvención de la libertad de elección de centro por los padres²⁴, ni de «todos» los centros, por cuanto ello pondría barreras materiales que imposibilitarían el cumplimiento de la primera parte del párrafo primero del mismo artículo, en el que la izquierda política había insistido en el «consenso» constitucional.

El artículo quince, que tan directamente afecta a la libertad de enseñanza por la alusión a la de cátedra, fue considerado inconstitucional porque condicionaba un derecho fundamental a la liberalidad del ideario del centro y de su titular (el Tribunal Constitucional lo confirmaría posteriormente).

De los tres artículos problemáticos de la LOECE, el trigésimocuarto es el que menos afecta a nuestro tema. No obstante, es obvio que la intervención de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros subvencionados no puede depender

²⁴ Véase EMBID IRUJO, o.c. 242.

del reglamento interno del centro, ya que la Constitución establece que ello se regulará por *ley* (artículo 27, párrafo séptimo).

La corta trayectoria de esta Ley y la sentencia del tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 (que merece una lectura muy atenta para todos los interesados en estos temas) pusieron fin a una concepción unilateral y estrecha de la libertad de enseñanza que hubiera imposibilitado además el desarrollo completo del mandato constitucional.

El caso de la LODE es muy distinto. El objeto de esta ley queda muy claro con el sólo título de la misma: Ley Orgánica Reguladora del *Derecho a la Educación*. La referencia declarada es el desarrollo armonioso de todo el mandato constitucional relativo a la educación, en especial el artículo 27 (a excepción del párrafo décimo relativo a la autonomía universitaria), si bien ahora se va a hacer hincapié en el párrafo cuarto del mencionado artículo: «La enseñanza básica es obligatoria y gratuita». Y desde él se va a hacer la lectura de todos los demás derechos y libertades, tal y como la izquierda política procedió en la elaboración de la Constitución.

«La extensión de la educación básica —dice el Preámbulo de la Ley—, hasta alcanzar a todos y cada uno de los ciudadanos, constituye, sin duda, un hito histórico en el progreso de las sociedades modernas». Garantizar para todos el derecho a la educación, sin perjuicio de respetar otros derechos y libertades, supone para la inspiración de la Ley la consecución de una enseñanza básica y gratuita. Las causas históricas de la situación de deficiencia educativa las relata la Ley de modo muy sucinto: «Por las insuficiencias de su desarrollo económico y los avatares de su desarrollo político, en diversas épocas, el Estado hizo dejación de sus responsabilidades en este ámbito, abandonándolas en manos de particulares o de instituciones privadas, en aras del llamado principio de subsidiaridad»²⁵.

²⁵ Preámbulo de la LODE. Palabras de una simpleza y falta de perspectiva histórica dignas de tener en cuenta, en las que la absolución del Estado es un hecho. Palabras que para la ingente masa de jóvenes de la España rural de antes de la LGE no dejan de ser sino una amarga ofensa.

Más en concreto, garantizar el derecho a la educación va a significar en la LODE la consideración de la educación como servicio público no monopolizado por el Estado (tal y como la Constitución reconoce), la construcción de un sistema escolar que corrija las graves desigualdades educativas en la sociedad española, una oferta amplia de puestos escolares y una política de escolarización plena que lleve a todos la educación.

El acento, puesto ahora en el derecho de todos a la educación, ¿supone menoscabo del derecho correlativo de la libertad de enseñanza? En la misma ley se contesta negativamente desde el momento en que con ella se pretende «...la cohesión equilibrada del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza» (parte segunda y primera respectivamente del párrafo primero del artículo 27 constitucional, ya citado), si bien es innegable que se hace una lectura del segundo de los derechos desde el primero de ellos, sin que se produzca inconstitucionalidad alguna.

Tengamos presente de nuevo la interpretación hecha más arriba de la libertad de enseñanza constitucional y de los derechos auxiliares y complementarios que la asisten, recordando además que se trata de un derecho ejercitado, en este caso, dentro de un sistema educativo vigente. Desde esta perspectiva, la LODE no es más que un delicado encaje de bolillos de todos los derechos y libertades constitucionales que traemos entre manos:

- Primero: se afirma la programación general de la enseñanza de acuerdo con las necesidades reales del país para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la educación ²⁶, garantizada por los Poderes públicos.
- Segundo: se afirma la existencia de una doble red de centros escolares (pública y privada) con la que garantizar las libertades constitucionales. En esta red se integrarán voluntariamente aquellos centros

²⁶ Preámbulo y Título II de la Ley.

que deseen coadyuvar a la prestación de un servicio público de enseñanza básica gratuita, lo cual implica la financiación (artículo 27, párrafo noveno de la Constitución) y el concierto de obligaciones. El resto de centros privados, «que funcionan en régimen de mercado, mediante precio»²⁷, gozarán de la más amplia libertad permitida por la Constitución.

- Tercero: se reconocen, desarrollan y regulan derechos y libertades tan importantes como la libertad de enseñanza y las libertades que la hacen efectiva: libertad de creación de centros (con la única limitación puesta en la programación de las necesidades educativas reales²⁸), derecho al ideario y carácter propio del centro y derecho a la elección de centro; pero también se hace lo propio con otros derechos y libertades constitucionales con los que entran normalmente en conflicto, como la libertad de cátedra y la libertad de conciencia y no discriminación de los alumnos.

¿Puede hablarse de una libertad de enseñanza secuestrada en la LODE? En términos constitucionales, no²⁹. Y el Tribunal Constitucional se encargó de reafirmarlo. Pero para quienes creen que la historia es un generador de lecciones y en la libertad de enseñanza como garantía contra cualquier monopolio — incluido el más cercano, el estatal— esta Ley no es sino otro paso, en nuestro país, hacia adelante en la legislación europea

²⁷ Preámbulo.

²⁸ Véase sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1985.

²⁹ De «iure» tal vez a la Ley no tiene que objetársele nada. De «facto», la Ley puede haber hecho un considerable daño a sectores de la docencia privada que, frente al desorden y deficiencias de amplios ámbitos de la enseñanza pública, habían conseguido una eficacia y calidad docentes encomiables. No es de extrañar que ante la aplicación de la LODE —¡de hoy en adelante todos iguales y aquí mando yo!— muchos de estos sectores se hayan autoexcluido de la enseñanza privada concertada. Lo cual puede juzgarse como una medida socialmente egoísta, pero la única tal vez para salvaguardar la labor de muchos años.

que desde el siglo pasado ha recorrido las fases siguientes: libertad negada, libertad tolerada, libertad aceptada, libertad constitucionalizada y libertad subvencionada ³⁰.

³⁰ Un buen ejemplo lo tenemos en la mera comparación entre nuestra Constitución y la inmediata anterior de 1931. Con libertad subvencionada no se quiere decir libertad pedigüeña y egoísta, de privilegios y desigualdades sociales vergonzantes, sino libertad que devuelve la docencia a sus auténticos protagonistas: a la sociedad y a sus profesionales.