La Serie Universitaria de la Fundación Juan March presenta resúmenes, realizados por el propio autor, de algunos estudios e investigaciones llevados a cabo por los becarios de la Fundación y aprobados por los Asesores Secretarios de los distintos Departamentos.

El texto íntegro de las Memorias correspondientes se encuentra en la Biblioteca de la Fundación (Castelló, 77. Madrid-6).

La lista completa de los trabajos aprobados se presenta, en forma de fichas, en los Cuadernos Bibliográficos que publica la Fundación Juan March.

Los trabajos publicados en Serie Universitaria abarcan las siguientes especialidades: Arquitectura y Urbanismo; Artes Plásticas; Biología; Ciencias Agrarias; Ciencias Sociales; Comunicación Social; Derecho; Economía; Filosofía; Física; Geología; Historia; Ingeniería; Literatura y Filología; Matemáticas; Medicina, Farmacia y Veterinaria; Música; Química; Teología. A ellas corresponden los colores de la cubierta.

Edición no venal de 300 ejemplares
que se reparte gratuitamente a investigadores,
Bibliotecas y Centros especializados de toda España.

Fundación Juan March

FJM-Uni 192-Emb
Las libertades en la enseñanza /
Embid Irujo, Antonio.
1031525
Biblioteca FJM

SERIE UNIVERSITARIA

Fundación Juan March

Antonio Embid Irujo

Las libertades en la enseñanza.

192 Las libertades en la enseñanza/Antonio Embid Irujo.

FJM
Uni-
192
Emb
192

Fundación Juan March (Madrid)

Fundación Juan March

Serie Universitaria

192

Antonio Embid Irujo

Las libertades en la enseñanza.

Fundación Juan March
Castelló, 77. Teléf. 435 42 40
Madrid-6

Fundación Juan March (Madrid)

Este trabajo fué realizado con una Beca de la
Convocatoria de España, 1980, individual
Departamento de DERECHO
Centro de trabajo: Departamento de Derecho Administrativo
de la Facultad de Derecho.
Universidad de Zaragoza.

Los textos publicados en esta Serie Universitaria son elaborados por los propios autores e impresos por reproducción fotostática.

Depósito Legal: M-35383-1982

I.S.B.N. : 84-7075-259-6

Impresión: Gráficas Ibérica. Tarragona, 34. Madrid-7

Fundación Juan March (Madrid)

INDICE

		Página
INTRODUCCION		5
LIBERTAD Y ENSEÑANZA EN EL DERECHO COMPARADO		8
A)	Francia	8
B)	Alemania	14
C)	Italia	20
LIBERTAD Y ENSEÑANZA EN ESPAÑA		25
A)	El concepto Jurídico-Constitucional de la libertad de enseñanza	25
B)	El pretendido fundamento Constitucional de la subvención a la Enseñanza Privada	31
C)	El contenido de la libertad de Cátedra	35
D)	El contenido de la libertad de creación de Centros. Consideración del ideario educativo	41
E)	La colisión entre derechos: Criterios de solución	46
BIBLIOGRAFIA BASICA		54

Fundación Juan March (Madrid)

I) INTRODUCCION.

Los derechos fundamentales, las libertades públicas que se relacionan con el hecho de la enseñanza, han sido el objeto de una investigación cuyos resultados finales se presentan resumidos en las páginas que siguen. Antes de proceder, sin embargo, a la exposición de éstos parece inexcusable el deber de justificar el título, atípico bien es verdad, lo que, a su vez, facilitará la entrada y comprensión de las ideas básicas que han cimentado la investigación.

No hay duda de que el cliché, la denominación tradicional que ha movido estudios semejantes al que ahora se presenta, ha sido la de "libertad de enseñanza". Estudios doctrinales, documentos oficiales, declaraciones eclesiales e, incluso, normas jurídicas utilizan esta expresión que luego, sin embargo, resulta de una definición e interpretación heterogénea. Unas veces se entiende bajo libertad de enseñanza la pura potestad de creación de centros docentes; en otras ocasiones la expresión sirve para recoger los de

Fundación Juan March (Madrid)

rechos del docente singular; se utilizan también contenidos mixtos y, al final, la fórmula se diluye en una pluralidad de significados que hace imposible un acuerdo seguro y, sobre todo, desprovisto de connotaciones ideológicas, sin voluntad implícita o, incluso, plasmada de servir de arma arrojadiza para las posiciones contrarias. Pero no es sólo esta falta interesada de concreción la que hace razonable la huída del cliché tradicional. Al escaso saber común se une el olvido de otros derechos y potestades de imposible preterición y sólo con los cuales son hoy comprensibles los demás. Las potestades educativas de los padres, por ejemplo, resultan en la concepción tradicional subordinadas a una libertad de fundación de centros que, en el último grado del razonamiento jurídico, en escasa medida atendería los derechos paternos. Absolutamente etéreo aparece en esa construcción el derecho del alumno a la educación, derecho de contenido plural y, sin duda, cima en una posible escala ideal de derechos como ha recordado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 5 de febrero de 1982 en relación al derecho educativo paterno. Por fin y por último, la concepción unida a la denominación tradicional de libertad de enseñanza suele olvidar los derechos que hoy ostenta el Estado en el campo de la enseñanza y que hacen de él un verdadero sujeto educativo, obligado a proporcionar centros de enseñanza para todos y a inspeccionar el sistema educativo por entero programándolo a su vez. La consulta al artículo 27 de nuestra Constitución es suficiente para negar cualquier posible concepción subsidiaria del Estado en este tema como, por otra parte, suele ser idea común en la orientación tradicional.

Una orientación tradicional que, es preciso señalarlo, en buena medida suele ser respetuosa de la ideología oficial eclesial sobre la educación y el papel en ella de padres, docentes, Estado y, por supuesto, Iglesia. Olvidar en este tema la posición de la Iglesia Católica, el análisis de su doctrina y su consiguiente influencia sobre la normativa secular sería dejar el estudio a medias y, al mismo tiempo, obviar en un puro plano jurídico la mención -y las consecuencias de esta mención- que a la Iglesia realiza la Constitución. Razones de espacio impiden en este resumen dedicar un apartado a esta cuestión que ha sido suficientemante analizada

Fundación Juan March (Madrid)

en el trabajo.

Sobre las ideas expuestas gira la investigación realizada y los resultados que aquí se exponen. Depuración de conceptos, análisis de la expresión libertad de enseñanza contenida en el art. 27 párrafo primero de la Constitución, estudio de las libertades implicadas, de su naturaleza, régimen jurídico, conflictos entre ellas ... Como pórtico una visión de tres sistemas jurídicos extranjeros representativos: el francés, italiano y alemán. La elección se ha dirigido a ellos por ser países de características bien marcadas. Francia por la impronta laica que afecta al régimen de la enseñanza. Alemania por ser país de división religiosa y, a la vez, cuna de una depurada técnica jurídica en relación a los derechos fundamentales. Italia por los supuestos sociológicos semejantes que guarda con nuestro país históricamente y también en el presente. En todos ellos, igualmente, la expresión libertad de enseñanza resulta problemática pero con un contenido mucho más depurado que en el nuestro y -con excepción del caso francés- que suele ser utilizada para designar el derecho del docente singular y en algún caso -Alemania- sólo del docente universitario.

El autor es consciente de las tensiones que hoy, en el pasado y con toda probabilidad en el futuro, suscita la cuestión educativa. La investigación se ha desarrollado a la vez que en la sociedad el tema de la enseñanza creaba dificultades, ahondaba distancias y amenazaba en ocasiones de forma seria el transcurrir del sistema democrático, la misma elaboración de la Constitución. La difícil consecución del consenso en torno a lo que luego sería artículo 27 de la Constitución fue causa de un buen retraso en su elaboración y del afloramiento sin tapujos de las diversas ideologías que, comúnmente, habían guardado hasta ese momento sus últimos argumentos en pro de la labor común. Posteriormente, la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares pondría de manifiesto la fugacidad del consenso escolar y la relativa facilidad con que las presiones extraparlamentarias eran capaces de influir la norma en trance de ser. El mismo Tribunal Constitucional debería conocer de un recurso socialista contra esta Ley que se saldaría con la anulación de algunos de sus preceptos... Todo ello en un plano jurídico, formal, haciendo abs—

Fundación Juan March (Madrid)

tracción, olvidando el permanente debate social que tan pocos puntos de juntura encuentra. Ojalá que estas páginas sirvan para traer un poco de razonabilidad -una de las supremas misiones del derecho- a una cuestión en la que tanto nos jugamos todos, la unidad en torno a unos determinados valores por encima de las diferencias sociales, económicas y, naturalmente, ideológicas.

II) LIBERTAD Y ENSEÑANZA EN EL DERECHO COMPARADO.

A) FRANCIA.

En Francia la noción de libertad de enseñanza ha ido siempre normalmente unida a la potestad de abrir centros docentes. Para designar la posición del docente singular se ha utilizado también en ocasiones esta mención pero sin lograr gran aceptación. Ultimamente la fundamental decisión del Consejo Constitucional de 23 de noviembre de 1977 utiliza la expresión libertad de conciencia para designar la posición del docente, una expresión, bien es verdad, de vocación mucho más amplia que el objetivo de su concreta utilización por lo que no han faltado críticas a la decisión del Consejo.

Dicho ésto como preámbulo es necesario ahondar un poco más en las características básicas de la situación francesa. Entre ellas y en primer lugar sorprende al observador extranjero la ausencia de una carta de derechos y libertades en su Constitución, con la consiguiente repercusión en nuestro tema y, en segundo lugar, el método original seguido para la constitucionalización atípica de diversas libertades, también la de enseñanza.

La ausencia de una carta de derechos y libertades es una herencia de la Cuarta República y de la Constitución de 1946 donde se omitía la habitual declaración dogmática. El origen de esta ausencia se encuentra en la resistencia de la izquierda parlamentaria a la constitucionalización de la libertad de enseñanza que desembocaría al final en el olvido de cualquier declaración. Sólo el Preámbulo de esta Constitución (todavía vigente) consagraba el recuerdo a los derechos y libertades del hombre y del ciudadano pro

Fundación Juan March (Madrid)

clamados en la Declaración de 1789 y a los "principios fundamentales reconocidos por las Leyes de la República", expresión, como se verá, clave en el proceso posterior de constitucionalización.

En la constituyente de 1946 se habían puesto otra vez de manifiesto las tensiones perpetuas que en el vecino país habían rodeado el tema educativo. La izquierda se reclamaba heredera de una tradición negadora o por lo menos restrictiva de la enseñanza privada, en pro de la creación de un servicio público de la educación, laico y gratuito. La derecha, por el contrario, reclamaba la proclamación de la libertad exigiendo la profundización en el camino abierto por diversas leyes decimonónicas (28 de julio de 1833 para la enseñanza privada, 15 de marzo de 1850 para la secundaria, 12 de julio de 1875 para la superior y, por fin, y ya en nuestro siglo, 23 de julio de 1919 para la técnica) que habían socavado el casi monopolio de la Universidad napoleónica como "cuerpo encargado exclusivamente de la enseñanza y de la educación pública en todo el Imperio" (art. 1º de la Ley de 10 de mayo de 1806). Seguía pendiente en la mitad del siglo XX el pulso entre las tendencias laicas, anticlericales, y las católicas conservadoras que habían llegado al cúmulo del enfrentamiento durante la Tercera República, "edad de oro de las libertades públicas", durante la que el Estado llegó a imponer la prohibición de enseñanza a los congregacionistas. La derecha que en 1946 lucha por la constitucionalización de la libertad lo hará más tarde por la subvención de de la enseñanza privada y por la falta de controles estatales. Conseguida la constitucionalización, establecido un método contractual de subvención, quedará a la izquierda la tarea de proclamar las necesarias competencias de inspección del Estado, la sumisión de la enseñanza subvencionada a las exigencias del contrato y últimamente y en función del cambio político, el resurgimiento de la vieja idea del servicio público nacional de la enseñanza, laico y gratuito con estricto respeto a las convicciones religiosas de los alumnos. Pero no adelantemos acontecimientos.

Es necesario resaltar, entonees, por su transcendencia y originalidad el método de proceder a la constitucionalización de la libertad de enseñanza. Las insuficiencias de una Constitución sin parte dogmática serán la causa de un modo de proceder del Conse

Fundación Juan March (Madrid)

jo Constitucional francés que apoyado en la expresión del Preámbulo de 1946 "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República" va a reconocer como libertad constitucional a toda aquélla que pueda apoyarse en una Ley. El camino comenzará con la libertad de asociación (decisión de 16 de julio de 1971) y seguirán otras hasta llegar a la de 23 de noviembre de 1977 donde se constitucionaliza la libertad de enseñanza apoyándose en la mención que realizaba el art. 91 de la Ley de Finanzas de 31 de marzo de 1931. De libertad negada -Universidad napoleónica- a libertad existente de hecho para desembocar, por último, en una libertad constitucionalizada. Pero no sólo ésto; esta libertad vista con recelos, que suscita críticas, se encuentra hoy en día subvencionada. De libertad negada a libertad subvencionada es otro camino de apasionante seguimiento y, además, caso extraño entre las restantes libertades públicas, derechos de libertad, que no suelen verse apoyadas por el esfuerzo financiero estatal. Por último, es de notar también cómo los tribunales franceses, en el conflicto de libertades entre la de enseñanza -y su interpretación - del contenido- y la del docente privado han solido otorgar protección a la primera. Profundicemos un poco más en estas características.

La subvención generalizada a la enseñanza privada procede de la llamada Ley Debré de 31 de diciembre de 1959. Antes de ella habían existido ya algunos esfuerzos legislativos en este sentido - rompedores de la tradicional prohibición subvencional pero sin resultados generalizadores. La Ley Debré es a la vez que una ley de subvención una ley de estructuración de la enseñanza privada pues - se narran sus posibles relaciones con el Estado: de la indepden— cia -unida a la falta de subvención- a la total integración pasando por las situaciones típicas en las que el Estado colabora en diversa medida y exige, a cambio, determinados comportamientos y procederes. La tramitación parlamentaria de la Ley se vio acompañada de fuertes presiones laicas en su contra a las que no convencían la ideología de "incorporación de la enseñanza privada al edificio público de la enseñanza" que presidía la entrega de las cantidades económicas. La clara mayoría parlamentaria decidió la cuestión sin duda y desde ese momento la enseñanza privada en Francia

Fundación Juan March (Madrid)

ha quedado definitivamente caracterizada. Las modificaciones posteriores de la Ley solo han servido para ampliar el margen de independencia del Estado o, dicho desde otro punto de vista, para ahondar en el contenido de la "libertad de enseñanza".

Para proceder a la ayuda estatal se preveían en la ley dos contratos, simple y de asociación, a que se podían acoger los centros que cumplieran unas determinadas características. El contrato simple implicaba menores ventajas económicas pero, al mismo tiempo, dejaba en más libertad al centro. El contrato de asociación implicaba, por ejemplo, el pago de los salarios de los profesores y los gastos de funcionamiento pero, entre otras cosas, llevaba consigo la transformación de los profesores en servidores públicos, en calidad de funcionarios o contratados. La mayor aportación económica que representaba este contrato era compensada por el aumento de control de la Administración estatal, por la cesión de potestades de la dirección del centro a la Administración.

Desde el comienzo la práctica impuso el predominio del sistema del contrato simple por la mayor autonomía de que disfrutaban los centros privados. Las restricciones, incluso temporales, que tenía este contrato fueron suprimidas en el proceso legislativo posterior, de la misma forma que se relajó la sujeción que implicaba el contrato de asociación.

Necesidades de espacio impiden una mayor profundización en la situación de los centros privados, su estructura interna, régimen de enseñanzas, inspecciones estatales. Un tema, sin embargo, sí que es ilustrativo de su situación y de necesaria cita: la posición jurídica del docente en los centros privados.

Aun cuando en el sistema original de la Ley Debré el centro con contrato de asociación designaba al profesor en un sistema de colaboración con el Estado, las reformas posteriores llevan a que la única capacidad de iniciativa en este sentido sea del centro privado, que es el único con capacidad para proponer al profesor debiendo la Administración limitarse a aprobar o rechazar el nombre propuesto. En los centros con contrato simple o sin contrato, la capacidad de contratar al profesor reside únicamante en el centro.

Más interesante que esta primera relación entre profesior y cen

Fundación Juan March (Madrid)

tro resulta la disección de algunas características de sus relaciones y posibilidad de conflictos posterior. Por ejemplo, desde la ley de 25 de noviembre de 1977 el profesor debe respetar en su enseñanza el carácter "propio" del centro, propiedad que estaba ausente del sistema de la Ley Debré y que hace referencia, sin duda, a la orientación filosófica, religiosa o ideológica del centro. Si se piensa en la obligación originaria de los centros con contrato de asociación de adecuar su enseñanza a las reglas y programas de la enseñanza pública, obligación que luego fue transformada en una mera adecuación a las reglas y programas generales se comprenderá la transcendencia del dato reflejado.

Es un primer dato que induce a sentar una regla básica: en las relaciones entre centro y profesor la primacía fáctica y jurídica va a ser siempre del primero. La jurisprudencia civil lo ha confirmado en relación al despido realizado por un centro de enseñanza católico en la persona de un profesor divorciado y vuelto a casar. La sentencia del Tribunal de Casación de 19 de mayo de 1978 establece que las convicciones religiosas -que normalmente quedan fuera del contrato- habían sido incorporadas voluntariamente al que ligaba al interesado con el centro llegando a ser parte esencial y determinante, por tanto el despido no era más que una salvaguarda del centro -unido al carácter indisoluble del matrimonio- producido a fin de conservar su carácter propio y reputación.

El pronunciamiento judicial hace referencia a un supuesto concreto de las relaciones estableciendo un orden jerárquico de derechos que salva, incluso, la libertad de matrimonio que es un principio básico del régimen francés. De forma general el Consejo Constitucional en su decisión ya nombrada de 23 de noviembre de 1977 ha sentado también matizadamente la primacía del titular del centro al establecer un deber de reserva en el profesor necesario para respetar el carácter propio del centro pero que nunca podría utilizarse para permitir un atentado a su libertad de conciencia.

Hasta aquí principios y reglas jurídicas relativas a la libertad de enseñanza, a la situación de los profesores de los centros privados. La granmayoría de centros docentes franceses son, sin embargo, públicos y este motivo cuantitativo exige también una aten

Fundación Juan March (Madrid)

ción al régimen jurídico de su actuación. Al mismo tiempo, la gran originalidad del sistema francés que impregna todo su espíritu, el laicismo, obliga también a una mención que por las características de este trabajo no pasará de ser discreta.

La laicidad es signo del sistema francés desde su misma Constitución de 1958 donde en su artículo 2º el adjetivo "laica" sirve para caracterizar a la República. El Estado laico es, así, incompetente en materia religiosa, quiere vivir independiente de ella y no precisa de la bendición religiosa para justificarse. De ahí la prohibición de signos religiosos en las escuelas, de la enseñanza religosa dentro de los locales escolares, del acceso de los eclesiásticos a los grados de la enseñanza primaria. La laicidad no es solo prohibición sino también formulación de reglas positivas: la máxima tolerancia, el máximo respeto por las opiniones y concepciones de cada alumno individual serían los pilares que la fe laica imbuiría en los maestros de la enseñanza pública ejemplo paradigmático de lo cual sería la famosa carta de Jules FERRY a los profesores fechada en 1883, en medio de las turbulencias de la Tercera República.

La enseñanza pública se basa también y de forma consiguiente en el otorgamiento de una amplia libertad de expresión al docente de los centros públicos. Libertad que se singulariza según los niveles de enseñanza hablándose, así, de neutralidad-confrontación para el de la enseñanza superior que es quien goza de una mayor libertad académica. Es también en torno a éste donde se ha centrado el mayor esfuerzo normativo por definir el contenido de esta libertad. La Ley de ordenación de la enseñanza superior de 12 de noviembre de 1968 concede una amplísima libertad solo limitada por los principios de las tradiciones universitarias, los principios de objetividad y tolerancia y, naturalmente, las menciones especiales de la propia ley. Hoy en día y cada vez más, sin embargo, se asiste en la enseñanza pública a un enmarque institucional de esta libertad. Se concede autonomía a los centros públicos bajo la fórmula de "establecimiento público" para la gestión de sus propios asuntos en el marco legal y solo dentro de esta autonomía y de los acuerdos en que se plasme tiene ya sentido la libertad docente que de otra forma podría terminar en una pura desorganiza—

Fundación Juan March (Madrid)

ción docente al margen de planes, exámenes o cualquier otra normativa compulsiva.

B) **ALEMANIA.**

Los derechos fundamentales de los diversos implicados en el proceso educativo tienen en Alemania un viso particular, con rasgos singulares de atractivo estudio. Es el primero el exhaustivo tratamiento constitucional de los derechos y libertades relativos al tema, un tratamiento constitucional, por otra parte, que no se limita a unas escuetas proclamaciones sino que delimita -sobre todo en los artículos 6 y 7 de la Ley Fundamental- lo que será posteriormente el régimen jurídico de la enseñanza casi por completo entregado a la regulación de los Ländern. Una enseñanza que, además, es fundamentalmente pública. Por tradición histórica que resulta aceptada perfectamente en la actualidad, la mayor parte de los escolares alemanes asisten a instituciones regidas por el Estado o por corporaciones públicas. Este rasgo fáctico es determinante del resto de problemas a considerar. La escuela privada existe y tiene su garantía constitucional en la Ley Fundamental pero su importancia numérica es ínfima y, por tanto, cuestiones tales como la subvención o la posible colisión de derechos entre el titular de la escuela y el profesor adoptan un cariz muy diferente al de otros lares siendo, incluso, el segundo de los problemas citados prácticamente inexistente en el plano de la realidad. Las tensiones jurídicas y sociales relacionadas con la enseñanza se mueven en Alemania en otras direcciones: se debate y discute la libertad de enseñanza del profesor en concreto, quiénes caen bajo el manto tutelador constitucional y la extensión de esta garantía; es cuestionada también la relación entre los derechos educativos de los padres y el contenido de la enseñanza tema que, inevitablemente, conduce a la posición general del Estado en la enseñanza. La influencia de las Iglesias en la enseñanza pública es otro tema importante y capital a la hora de investigar la relación enseñanza-libertades en Alemania.

El 99% de los escolares de enseñanza primaria asiste a escuelas públicas reduciéndose este número al 91% para el caso de la en

Fundación Juan March (Madrid)

señanza secundaria. Este absoluto predominio del sistema escolar público se apoya en un determinado proceso histórico, único e - irrepetible, que tiene sus orígenes en el despertar del nacionalismo alemán que arrastra también un movimiento de unificación en la escuela: el carácter nacional debía ser creado, se decía, por las escuelas primarias y la educación general concebirse como una educación nacional solo conseguible por la acción de las escuelas estatales. De ahí el absoluto predominio que los textos constitucionales del XIX y la misma Constitución de Weimar dan a sistema escolar público, línea que se interrumpe, aunque solo formalmente, en la Ley Fundamental.

Un sistema escolar público que se presenta como eminentemente- plural permitiéndose la configuración de las escuelas públicas de una determinada forma ideológica o religiosa según los deseos de los padres. Se posibilita, así, la creación de escuelas confesionales vinculadas a una confesión religiosa, o de escuelas interconfesionales cristianas que educan según los fundamentos cristianos de la cultura occidental o, por fin, de escuelas comunitarias sin sujeción a una determinada concepción ideológica. Actualmente parece plenamente consolidada la tendencia a configurar las escuelas de estas dos últimas formas, olvidándose de la confesionalidad que se juzga enemiga de la tolerancia y de la convivencia plena. Solo en los Ländern de mayoría católica hay resistencia a este movimiento.

Estas posibilidades configuradoras son muestra, entre otras, de la llamada "irradiación de conceptos eclesiales en la educación"- que suele apoyarse en los diferentes tratados o convenios firmados por los Ländern con la Santa Sede o las Iglesias evangélicas. En estos mismos tratados hay previsiones respecto a la enseñanza de la religión o las prácticas religiosas en las escuelas que se basan en un espíritu de tolerancia encomiable. Al mismo tiempo la legislación y la jurisprudencia llevan a cabo un movimiento favorecedor del pleno desarrollo de la personalidad del alumno confiándole, incluso, a partir de la edad de doce años la decisión acerca de recibir, o no, enseñanza religiosa. Los profesores de esta materia son nombrados por el Estado previa propuesta de las confesiones respectivas.

Fundación Juan March (Madrid)

La fuente principal de problemas en el sistema escolar público suele provenir del conflicto entre el derecho educativo paterno (apoyado en el art. 6 de la Ley Fundamental) y las potestades estatales que gozan de una base amplia en el art. 7-1 de la Ley Fundamental. Un detenido examen jurisprudencial muestra cómo los Tribunales en este conflicto han solido inclinarse, con las lógicas excepciones, por los derechos del Estado siempre que éste haya adoptado sus medidas con corrección desde el punto de vista formal. Se indica, así, que es competencia de los Ländern determinar la introducción de la educación sexual en las escuelas sin más límite que su adopción por ley y su impartición respetando las diversas concepciones de valor de los niños. Los padres tendrían sólo una pretensión a la información sobre el contenido y el método didáctico de impartición de la enseñanza en la escuela. De la misma forma se indica que el derecho de los padres estaría limitado por el derecho de organización escolar estatal y que, por tanto, no podrían negarse a enviar a sus hijos en edad escolar a la escuela aun cuando no estuvieran conformes con su organización, pues los derechos fundamentales del art. 2-1 y 6-2 de la Ley Fundamental no otorgan ninguna pretensión a que el Estado ponga a disposición de los padres una escuela según sus deseos. Es, también, competencia de los Ländern que ejercitan en el marco de la soberanía escolar que les atribuye el art. 7-1, introducir una oración escolar voluntaria en las escuelas interconfesionales, al margen de las clases de religión, decisión con la que el Tribunal Constitucional soluciona una dura polémica relacionada con la misma esencia de la escuela pública.

Ya se ha señalado como en Alemania la expresión libertad de enseñanza (Freiheit der Lehre) se usa exclusivamente para designar el derecho fundamental reconocido por la Ley Fundamental (art. 5-3) al enseñante que presta sus servicios en la Universidad. Libertad de enseñanza la tiene quien enseña, quien enseña directamente, quien dispensa conocimientos científicos en una Universidad. Esta es la concepción tradicional de la libertad de enseñanza, que la restringe a una determinada categoría de docentes, concepción todavía dominante aunque se encuentre sometida en la actualidad a un profundo proceso de revisión.

Fundación Juan March (Madrid)

Libertad de enseñanza, entonces, y tras la definición legal del art. 3º de la Hochschulrahmengesetz de 1976 significa el mantenimiento de actividades docentes y su estructuración en cuanto a contenido y metodología así como el derecho a la manifestación de opiniones docentes en lo científico y artístico. Implica la libre elección de objeto, forma, método, contenido, tiempo y, eventualmente, lugar de la enseñanza. No hay, sin embargo, una libertad absoluta pues los acuerdos de los órganos universitarios pueden limitarla en lo relativo a la organización del desarrollo de las enseñanzas y al establecimiento y cumplimiento de las disposiciones relativas a estudios y exámenes. No obstante, la misma organización institucional de la Universidad se juzgó en un momento atentatoria a la libertad de enseñanza desde el momento en que los órganos decisorios en cuestiones de docencia e investigación no estuviera garantizado el predominio de los catedráticos (ordinarios). La sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 1973 indicaría, en efecto, que la libertad científica no exige una determinada organización de la Universidad pero que esta libertad puede sentirse afectada si los profesores en los órganos de gobierno y en las cuestiones de docencia no tienen una influencia determinante (massgebender Einfluss), cumpliéndose esta influencia cuando dicho estamento posee, por lo menos, la mitad de los votos del órgano controvertido.

Importancia especial alcanza en relación a los límites de la libertad de enseñanza la llamada "lealtad a la Constitución". La polémica doctrinal alemana sobre la cuestión es, prácticamente, inabarcable y en relación al aspecto universitario podría concretarse en lo siguiente: la necesidad de que cualquier funcionario en sus actividades oficiales defienda y acate el ordenamiento democrático liberal (base de la Constitución) no tendría ninguna excepción para el caso del docente universitario y la llamada libertad científica no sería una bula para permitir ataques a la Constitución. Por eso puede y debe ser alejado de las aulas cualquiera que por su comportamiento, por su militancia en organizaciones políticas anticonstitucionales o con fines anticonstitucionales -aun no declarados expresamente- no ofrezca la garantía de defender y respetar el ordenamiento democrático liberal con todo su contenido -

Fundación Juan March (Madrid)

tradicional: división de poderes, soberanía del pueblo, pluralidad, derechos fundamentales, etc...

Interesante en los últimos años resulta el esfuerzo intelectual de algunos autores por extender el ámbito protector de la Constitución a docentes de otros niveles de enseñanza. Muy diferentes argumentos se utilizan pero, fundamentalmente, se hace hincapié en la dificultad de distinguir la enseñanza científica de la que no posee esta cualidad. Se insiste en la cada vez mayor reglamentación de la actividad docente que diferencia menos la enseñanza universitaria de las otras. No habría, se concluye, otras diferencias que las determinadas por la diferente edad y formación de los alumnos pero salvado esto lo cierto es que todo profesor necesita un ámbito de libertad para configurar su propia enseñanza, el método de impartición, la importancia que va a conceder a cada parte de la asignatura... una libertad que podría calificarse con el adjetivo de pedagógica y que la mayoría de los autores que defienden esta tendencia encuadran también en el art. 5-3 de la Ley Fundamental.

La escuela privada encuentra su justificación normativa en el art. 7-4 de la Ley Fundamental en una redacción y contexto que se ha juzgado más favorable a la escuela privada que su antecedente, la Constitución de Weimar. En realidad coopera a este favorecimiento el mismo ambiente potenciador de cualquier derecho fundamental en el que nace la Ley de Bonn y, al mismo tiempo, el carácter casi testimonial de la enseñanza privada en Alemania que impulsa a medidas de protección para evitar su desaparición.

Las escuelas privadas pueden configurarse a imagen de las públicas (se llaman entonces subsidiarias) y necesitan un procedimiento de autorización que tiende a la comprobación de esta semejanza, tanto en lo referente al profesorado como a la falta de discriminación en relación a los alumnos. Si se pretende el reconocimiento oficial de los estudios impartidos, la escuela necesita de un acto adicional de control consiguiendo, entonces, el status de "escuela reconocida".

Problema básico en relación a la libertad de la escuela privada (Privatschulfreiheit) es el de la subvención de sus actividades.

Fundación Juan March (Madrid)

El debate básico doctrinal ha girado en torno a la existencia, o no, de una vinculación directa constitucional que impusiera dicha subvención. Es decir, se trataba, a falta de precepto constitucional expreso, de deducir de ciertos principios constitucionales como la misma libertad de la escuela privada, el principio de igualdad o el del Estado social de Derecho, que la misma Constitución- imponía un mandato de ayuda oficial. Los argumentos manejados y la polémica doctrinal planteada han sido amplios, vivísimos y de muy ilustrativa lectura cuando en nuestro país se plantean problemas parecidos. Se puede concluir que la posición mayoritaria niega esa directa vinculación constitucional aunque admite perfectamente que la ley ordinaria pueda establecer -con completa libertad- ayudas individualizadas a las diversas escuelas que cumplan los requisitos que la misma ley establezca. No ha existido pronunciamiento expreso sobre la cuestión del Tribunal Constitucional, sí del Tribunal Administrativo federal que ha acudido al principio de igualdad o a la prohibición de separación de alumnos por razones económicas para obligar a la subvención. El problema, sin embargo, es casi más doctrinal que teórico porque todas las leyes escolares de los Ländern establecen el principio de la subvención. La discusión teórica, sin embargo, continúa porque están implicados- en ella problemas básicos de los derechos fundamentales como su misma configuración como meros derechos de defensa frente a las inmisiones estatales o, además, como derechos de participación a las prestaciones estatales para la realización de los fines que la Constitución establece. En este sentido el Tribunal Administrativo Federal ha llevado casi a sus últimas consecuencias la concepción de los derechos fundamentales como derechos de participación también en un tema de enseñanza aunque no relativo a la escuela privada. Por su importancia, sin embargo, merece la pena citarse en este - lugar y como cierre del estudio de la parte alemana. En el caso se examinaba la pretensión de un profesor universitario que en base a la libertad de la ciencia prevista constitucionalmente (art.5-3 -1 de la Ley Fundamental) solicitaba un equipamiento básico a efectos de la investigación. El problema en sí, es, entonces, enormemente atractivo y de una utilidad práctica sin comentarios en países, como el nuestro, de indigencia investigadora. Pues bien,

Fundación Juan March (Madrid)

lo más notable lo constituye el modo de respuesta del Tribunal que ha negado tal demanda pero reconoce "una pretensión constitucional a la conveniente consideración en el reparto de los medios existentes, un derecho de participación". La decisión, entonces, de transformar las obligaciones objetivas de los derechos fundamentales en títulos de prestación debería corresponder a los órganos con competencia para ello y desde luego, primariamente, al legislador.

C) ITALIA.

Presenta Italia un esquema constitucional en principio muy influenciado por el alemán pero con un entorno social-histórico propio que singulariza sus problemas y sus soluciones. La Constitución de 1947 en su artículo 33 proclama la libertad de enseñanza, la de fundación de escuelas privadas, indica los tipos de éstas y añade que su fundación deberá hacerse "sin carga para el Estado". Es un boceto de nuevo esqueleto de escuela formado, fundamentalmente, con base en las propuestas de los partidos democristrianos y comunista en la constituyente y al que recientemente se le reprocha su escasa "modernidad", su apego a los problemas tradicionales, en última instancia ser el reflejo de una ideología típica del "Risorgimento" basada en la tensión escuela pública-escuela privada y en los problemas de la enseñanza religiosa. Al margen de reproches vertidos tras el paso de una generación importa destacar, sobre todo, la misma consagración formal de unas libertades desconocidas en el período fascista anterior y no respetadas o mal comprendidas en los tiempos postunitarios. La misma firma de los llamados Pactos de Letrán de 1929 en bien poco habían contribuído -más bien lo contrario- a afirmar la libertad de los docentes. Su pervivencia formal hoy en día sigue planteando problemas, sobre todo de choque con las proclamaciones liberales constitucionales que, a veces, los Tribunales fallan en favor del Concordato. El papel formal y real de la Iglesia en Italia diferencia los planteamientos del problema respecto a la situación alemana. En Italia como en Alemania, sin embargo, la escuela privada presenta unos porcentajes de importancia muy reducidos en rela-

Fundación Juan March (Madrid)

ción a la escuela pública francamente mayoritaria en número de centros y asistencia de los alumnos. Este hecho que hemos contemplado en todos y cada uno de los países estudiados es uno de los rasgos comunes diferenciadores con la situación española.

También en Italia es comúnmente empleada la expresión "libertad de enseñanza" para referirse a la posición del docente singular. Prácticamente sin excepciones la doctrina italiana separa los conceptos de libertad de fundación de escuelas y de libertad de enseñanza. Esto no impide que el titular de la escuela pueda, asimismo, ejercitar una propia libertad de enseñanza en cuanto dote a su organización de unos propios "indirizzi" educativos, de ahí que con una terminología ciertamante equívoca llega a hablarse de libertá della scuola que sería la propia del titular del centro, y de libertá nella scuola que sería la del docente tanto en las escuelas públicas como en las privadas. Para que exista realmente libertad de enseñanza hace falta que se dé siempre esta posibilidad de dar un contenido a las explicaciones distinto, personal, original, alejado de cualquier pretensión de monopolitismo, por ello es posible que coexistan la libertad de fundación de escuelas con el monopolio ideológico como sucedía en el fascismo-lo que indica, en última instancia, lo inapropiado de utilizar la expresión libertad de enseñanza para designar el mero hecho de la creación. La creación de escuelas sería una libertad instrumental de la libertad de enseñanza.

Esta libertad de enseñanza es predicada en Italia de todo docente, de todo aquél que tiene en el seno de la escuela una competencia propia y una propia responsabilidad de enseñanza. La libertad abarca a los docentes de cualquier nivel y no sólo a los docentes universitarios. De la misma forma se predica esta libertad de los profesores de las escuelas privadas. No hay problema en configurar los derechos de libertad como oponibles también a las personas privadas. Es más, se dice en Italia, hoy en día son más los particulares que el Estado quienes pueden causar menoscabos a estas libertades.

Son discutidos los límites de esta libertad. En concreto se polemiza acerca de si las buenas costumbres podrían serlo reconduciéndose la solución hacia un concepto penal de buenas costumbres

Fundación Juan March (Madrid)

que además, normalmente, se niega como tal límite para los docentes universitarios. La discusión acerca de si el orden público podría considerarse límite de la libertad se reconduce, en última instancia, al problema de la lealtad a la Constitución puesto que se habla de un orden público constituído por un sistema de valores y de principios inderogables que forman históricamente el ordenamiento general de la comunidad estatal. Es, por tanto, un problema semejante al que contemplamos en el caso alemán. Las soluciones doctrinales italianas son, sin embargo, algo más liberales dándose entrada al elemento de la personalidad del alumno como dato fundamental de ahí que se considere de una forma más laxa la situación del profesor universitario respecto a este límite.

El párrafo tercero del art. 33 de la Constitución contiene el derecho de entidades y particulares a crear escuelas e institutos, párrafo que se interpreta de una forma amplia: abarcaría desde la creación de escuelas primarias hasta la de Universidades.

En el plano de la realidad existen una gran variedad de escuelas privadas calificándose de diferentes formas por los niveles en que actúan, la forma de autorización, las personas autorizadas a crearlas o la posibilidad de ayuda financiera. Baste la referencia a las llamadas escuelas parificadas o subsidiadas para dejar constancia de este fenómeno normativo. Sí que merece la pena detenerse un momento en el tipo de escuelas privadas que menciona el art. 33-4 de la Constitución y que hasta ahora se encuentra huérfano de desarrollo normativo. Son las llamadas escuelas "paritarias" para las que se ordena la plena libertad y la concesión a los alumnos de un trato equivalente al que reciben los de las escuelas estatales. Se ha desarrollado en torno a este tipo de escuelas una abundante literatura, aguda en sus planteamientos pero, hasta el momento, de una virtualidad puramente teórica por su falta de desarrollo normativo. Se ha dicho, por ejemplo, que para estas escuelas paritarias no tendría sentido la aparente prohibición subvencional que contiene la Constitución ya que de otra forma no podría hacerse efectivo el tratamiento equiparable entre los alumnos.

Las últimas palabras reconducen, de nuevo, a uno de los problemas básicos en las libertades que tratamos: la subvención estatal. En Italia se da la característica peculiar de encontrar en su art.

Fundación Juan March (Madrid)

33 tras el poder de creación de escuelas la expresión "senza oneri per lo Stato", sin carga para el Estado. El precepto resulta atrayente por lo inusual pues no es común encontrar en las constituciones una prohibición formal de subvencionar una actividad. La atracción puede resultar más fuerte si se tiene en el subconsciente la presencia de la constitución española que, aparentemente, ha constitucionalizado el principio opuesto. En realidad y como veremos a continuación hay que relativizar en gran medida ese mandato de prohibición de subvención puesto que a sus mismos problemas de comprensión se une la existencia de una escuela no estatal muy compleja en sus situaciones en las que se hallan ejemplos de subvención. Al mismo tiempo, la postura de la práctica totalidad de la doctrina italiana es crítica con una interpretación estricta y literal del artículo y postula fórmulas flexibles facilitadoras de la ayuda a la escuela no estatal.

Entre los tipos de escuelas citadas algunas tienen reconocido el derecho a la ayuda estatal. Esto sucede, por ejemplo, con las subsidiadas en los que la ayuda tiene forma de "premio" a los enseñantes en razón al número de alumnos de la escuela. Lo mismo sucede con las parificadas. Para las universidades privadas el reconocimiento de la ayuda estatal se contiene, incluso, en normas con rango de ley. En realidad la existencia de esta aparente disparidad se basa en una no muy clara voluntad del constituyente de prohibir las subvenciones de forma general. Al texto del párrafo 3º del art. 33 se llegó por vía de compromiso después de amplias negociaciones, pero como indica algún autor, ello no representó una cesación en las subvenciones hasta ese momento existentes que siguieron abonándose en los años posteriores y aún reconociéndose nuevas obligaciones estatales en los casos de convenciones para escuelas parificadas o universidades. La misma Constitución contenía otras referencias en escasa medida congruantes con un sistema de prohibición general. La más clara de ellas es la escuela paritaria "equivalente" a la del Estado (art. 33-4). Por otro lado, la previsión en el art. 34 de un sistema de becas lleva en sus efectos prácticos al mismo aporte de fondos públicos a escuelas no estatales con las diferencias obvias del primer receptor del subsidio.

Fundación Juan March (Madrid)

Solo escasas voces doctrinales postulan una interpretación restringida del precepto que consideramos. Al margen de estas posiciones en extremo respetuosas con el tenor literal de la norma se ha llevado a cabo un proceso de interpretación doctrinal que trata de ser superador de la aparente prohibición subvencional. Así, por ejemplo, se ha señalado que la voluntad de los contribuyentes era prohibir la subvención para la fundación de nuevas escuelas pero no para su mantenimiento y por ello la frase "senza oneri per lo Stato" va referida a la "fundación". Otros autores indican que tal prohibición sólo jugaría cuando realmente hubiera una "carga" para el Estado por el hecho de subvencionar, pero que esta carga desaparece cuando el Estado se ahorra el esfuerzo que representaría crear instituciones propias de enseñanza, cuando no hay "oneri" sino "sgravio". Igualmente se pone en relación tal prohibición con la gratuidad de la enseñanza obligatoria proclamada en el art 34 y los derechos de los padres a la elección de escuelas para juzgar de la incompatibilidad de tal prohibición que debería existir solo, para la fundación de escuelas. Se indica, también, que la prohibición tendría virtualidad para evitar posiciones de privilegio de determinadas escuelas en la percepción de subvenciones y que no debería existir esta prohibición si se subvencionaran a todas las corrientes político-culturales en pie de igualdad pues ello sería realizar el principio de la verdadera escuela paritaria. Resumiendo el abanico doctrinal se puede decir que los autores italianos configuran la subvención como un medio de proveer a la tutela de derechos fundamentales como el de libertad de elección de los padres, derecho al estudio y libertad de la escuela privada pero que en su concepción siempre está presente la necesidad de una cierta equiparación entre la escuela subvencionada y la estatal en cuanto a enseñanzas impartidas y tratamiento de igualdad al alumno bien que se respetaría el propio "indirizzo" de la escuela. La misma proporción casi testimonial de la escuela privada en Italia favorece esta postura proclive a la aceptación de la subvención.

Fundación Juan March (Madrid)

III) LIBERTAD Y ENSEÑANZA EN ESPAÑA.

El examen de los problemas y soluciones que acarrea la relación entre libertad y enseñanza en el derecho comparado es el mejor pórtico para su consideración en nuestro país. La imposibilidad de agotar el tema en un corto resumen impone la delimitación del objeto de estudio que se va a restringir a cinco cuestiones - que juzgo de la mayor importancia: el concepto jurídico-constitucional de la libertad de enseñanza, el problema de la subvención a la enseñanza privada, el contenido de la libertad de cátedra y de la libertad de creación de centros docentes y los problemas derivados del conflicto entre la libertad del titular del centro y la del docente singular.

A) EL CONCEPTO JURIDICO-CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.

La Constitución reconoce la libertad de enseñanza en el artículo 27-1 mientras que en el párrafo 6º del mismo artículo se - refiere a la libertad de creación de centros docentes y en el art. 20-1-c) a la libertad de cátedra. Tres reconocimientos de libertades íntimamente vinculados al mismo hecho, enseñar. Definir la libertad de enseñanza implica su distinción de las otras dos libertades o, por el contrario, la afirmación de su semejanza con alguna de ellas o con ambas. El problema de la definición se acentúa si tenemos en cuenta que la Constitución de 1978 es la primera de las españolas que incorpora el concepto y lo hace al lado de las libertades de creación y cátedra que ya habían figurado anteriormente en otras Constituciones. En la doctrina jurídica e, incluso, entre los parlamentarios constituyentes ha sido mayoritaria la posición que equipara libertad de enseñanza a libertad de creación de centros, pero cuando esta doctrina desciende a diseñar los contenidos de esta libertad de enseñanza dibuja una amalgama que la difuminan inmediatamente. Mezcla de derechos educativos de los padres, de pretensiones de subvención de familias y centros, incluso consideraciones a la posición de los docentes individuales ... en suma, todo lo contrario de aquello a que debería tender una de

Fundación Juan March (Madrid)

finición jurídica, precisión y concisión.

En realidad ya hemos visto en las páginas anteriores cómo la noción de libertad de enseñanza ni mucho menos es unívoca. La misma conclusión sacaríamos si estudiáramos nuestro derechos histórico-decimonónico, donde la libertad de enseñanza acaba configurándose como un apartado de la libertad de expresión y se refiere siempre al docente que enseña que, para ello, puede crear un centro de enseñanza. En el derecho penal, también, está muy clara la relación entre libertad de enseñanza y actividad individual del docente, como resulta, por ejemplo, de la consulta al art. 246 bis párrafo segundo del Código Penal.

En realidad estos datos cooperan a una idea básica: reducir la libertad de enseñanza al estrecho círculo de la fundación de centros implicaría desconocer la potencialidad de la libertad, su mismo significado. Libertad de enseñanza es, estrictamente, posibilidad del ciudadano de trasmitir los conocimientos que posee y la ideología que los sustenta y ello no está vinculado ni reducido a la fundación de un centro de enseñanza. El Decreto 488/73 de 1 de marzo sobre estímulos a la iniciativa privada en materia de enseñanza proporciona un buen ejemplo para las finalidades perseguidas. Entre las tres formas de estímulo que contiene hay una, la cesión del uso de edificios construídos para centros estatales, que claramente ilustra de la diferencia entre libertad de enseñanza y fundación de centros. El Decreto se sitúa en una órbita claramente respetuosa de la iniciativa privada, favorecedora de la misma, refleja casi la posición subsidiaria de un Estado en materia de enseñanza, de ahí el sistema previsto. El Estado renuncia a ser él el organizador de la empresa de enseñanza y cede el edificio a una persona física o jurídica privada que no es, en puridad, "fundador" del centro de enseñanza. El particular va a ser el dispensador de conocimientos en un centro de titularidad estatal. Pues bien, aun con un origen del Decreto en un sistema político desconocedor de derechos y libertades, en el que la "libertad de enseñanza" no pasaba de ser un eufemismo, en el que solo existía libertad de creación de centros pero no de impartición de enseñanza, colocado a la luz de una Constitución como la de 1978 cobra una nueva virtualidad y ayuda, a la vez, a interpretar la Constitución. Porque,

Fundación Juan March (Madrid)

¿qué libertad pública estaría ejerciendo el organizador y dispensador de la enseñanza en ese centro estatal? No podría ser, al menos en un sentido estricto, la de creación de centros, tampoco la de cátedra que es la que pertenece al docente como tal. Es, lisa y llanamente, la libertad de enseñanza que tiene una vocación amplia, comprensiva de cualquier voluntad docente del particular.

La libertad de enseñanza con cuya proclamación se inicia el largo art.27 de la Constitución, significa la imposibilidad de un monopolio educativo del Estado, la apertura de la enseñanza a la iniciativa de los particulares. La garantía de la libertad de enseñanza sirve para reafirmar, también, en el ámbito docente la libertad de expresión que contiene el art. 20. Para insistir en que esa libertad de expresión puede tener por objeto la difusión sistemática de pensamientos y conocimientos de tal forma que lleguen a constituir enseñanza. En tal sentido la libertad de enseñanza puede ejercerse fuera y dentro de un centro docente, con la posesión de una titulación o sin ella. Cualquiera es libre de enseñar sus conocimientos, sus intuiciones, su filosofía ante los problemas de la vida o de la muerte. Para ello no es preciso crear formalmente un centro docente, aun cuando esta creación pueda facilitar la dispensación de la enseñanza. La creación del centro docente es, sin embargo, absolutamente necesaria cuando se pretenden impartir las enseñanzas "que comprende el sistema educativo" como indica el art. 32-1 de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares (LOECE) al referirse a la libertad de fundación de centros.

La correcta comprensión de la libertad de enseñanza puede servir para iluminar la posición del titular de un centro docente. En realidad enseña quien ejerce la actividad docente directamente con los alumnos -el profesor- o quien crea un centro docente y pretende que la enseñanza dispensada tenga una cierta base ideológica, -quien pretende impartir además de conocimientos un cierto contenido educativo. Ambos -profesor y titular- ejercen propiamente la libertad de enseñanza genérica que como a ciudadanos les corresponde. Ello, en el caso del titular, aun cuando el "ideario" educativo del centro haga referencia a la simple neutralidad o laicidad, sin tener connotaciones religiosas o ideológicas de signo concreto.

Por tal motivo puede concluirse en que la libertad de creación

Fundación Juan March (Madrid)

de centros contenida en el art. 27-6 de la Constitución es una libertad auxiliar de la 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 que contiene la normativa ordinaria, en este caso la LOECE. Pero no es, en modo alguno, equivalente a la libertad de enseñanza, sino un medio para hacer ésta efectiva.

Esta profunda relación entre libertad de creación y libertad de enseñanza sirve, al mismo tiempo, para poder distinguir, al menos conceptualmente, la libertad de creación de la mera libertad de empresa. La diferencia estriba en la posibilidad de aportar a los niveles de enseñanza impartidos una dirección ideológica concreta que se plasma en un ideario educativo (art. 34 LOECE) que debe ser compatible con la Constitución en las condiciones que luego se precisarán. La falta de ideario educativo dibujará una mera empresa de impartir enseñanzas, cuestión trascendental a la hora de plantear un conflicto con la libertad de cátedra del profesor. Como luego se precisará, a falta de ideario el conflicto será siempre meramente laboral, pero nunca resoluble como si se tratara de un conflicto entre libertades pues la del titular del centro se agota con la fundación y la gestión habitual, diaria, de la empresa educativa. Nunca podrá imponer a un docente una dirección metodológica o ideológica que, en realidad, el centro no posee formalmente.

Del mismo modo el docente en los centros públicos o privados está ejerciendo, en principio, la libertad de enseñanza que como a todo ciudadano le corresponde. Sin embargo, su posición en una organización educativa, que imparte enseñanzas conforme a un plan de estudios previo, con horarios determinados también, modifica la eficacia y el valor de esta libertad. El docente necesita, entonces, una titulación prescrita por las normas, sujetar su actividad a unas formas de organización, a un sistema de evaluación que puede estar prefijado. Su libertad como docente es distinta de la que disfrutaría como ciudadano y, a la vez, necesita de una consideración particular. Su libertad recibe en nuestra Constitución el nombre concreto de libertad de cátedra.

Fundación Juan March (Madrid)

No es, entonces, un precepto inútil el art. 27-1 de nuestra Constitución sino que tiene la virtud de incidir en el objetivo último de toda instrucción-la impartición de conocimientos, de pensamientos- obviando lo que podría ser, en otro caso, un mero planteamiento empresarial de la apertura de centros de enseñanza. Permite constatar, también, la posibilidad de un modo socrático de enseñanza que no por inhabitual debe ser olvidado. Ayuda, en última instancia, a alejar del concepto cualquier otro derecho que sea extraño a la mera actividad docente.

La Constitución, al reconocer la libertad de enseñanza permite alcanzar a cualquiera de sus ciudadanos la cualidad de sofista 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 art.27-2. El pleno desarrollo de la personalidad humana, el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

La libertad de enseñanza estaría considerada en estos casos restringidos como una libertad autónoma, distinguible de la prevista en el art. 20-1-a) -la difusión del pensamiento por medio de la palabra o el escrito u otro medio- por el aspecto sistemático y ordenado de la exposición de opiniones que forma la enseñanza. Es una libertad sin, todavía, regulación a nivel de norma ordinaria -si es que la precisa realmente- puesto que las normas de la LOECE están pensadas para la apertura de centros que impartan enseñanzas del sistema educativo. La falta de regulación no puede hacer inaplicable, sin embargo, una libertad cuyo ejercicio es bien restringido en el plano fáctico pero que existe indudablemente. Su reconocimiento permite enlazar con los mismos rudimentos del Estado liberal del que somos herederos directos.

Pero además la libertad de enseñanza sería el trono, el supraconcepto, la garantía institucional, de la que se derivarían la libertad de creación de centros y la libertad de cátedra. La primera 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 -

Fundación Juan March (Madrid)

Constitucional de 13 de febrero de 1981. La libertad de cátedra, ya lo hemos dicho, protege al docente concreto en su actividad.

La acentuación de la libertad de enseñanza en el sentido de libre transmisión de conocimientos y pensamientos permite expulsar del estricto concepto a otros derechos que pueden guardar alguna relación con esta libertad pero, desde luego no íntima. El derecho de los padres a escoger centros distintos de los estatales que se contiene en algún texto internacional de aplicación en nuestro país, sería un derecho autónomo, consecuencia de la proclamación de la libertad de enseñanza que implica la negación del monopolio educativo, pero no parte de ella. El derecho de los padres estaría ligado, más bien, a las atribuciones ínsitas a la patria potestad que se les concede. De la misma forma, el pretendido derecho a la subvención que algunos autores deducen de esta libertad, en absoluto guardaría relación con ella. El Estado que proclama la gratuidad de la enseñanza obligatoria cumpliría con el dictado constitucional proporcionando suficientes plazas en sus centros educativos gratuitos para atender a cualquiera que las solicitara pero nunca le obligaría, en una pretendida consecuencia de la libertad de enseñanza, a subvencionar los centros privados pues ello equivaldría a la obligación de subvencionar cualquier libertad entre las proclamadas para hacerlas posibles. Sobre el tema volveré en el punto siguiente.

La gran variedad de definiciones, de afirmación de contenidos que se mueven en torno a la libertad de enseñanza se basan en la importancia de la pugna ideológica y política que existe en torno a la educación, en el carácter capital de la educación como medio, a largo plazo, para el predominio de alguna clase social o, simplemente, para la difusión de valores ideológicos que arrastran determinados comportamientos sociales. Por ello se ponen los acentos en aspectos determinados de la libertad o, incluso, se amplía ésta mucho más allá de cualquier límite razonable. Esta es la razón, por último, para la existencia de las afirmaciones de inutilidad en su proclamación o la misma devaluación que sufre su concepto y que lleva a la necesidad metodológica de partir de la unión entre libertad y enseñanza y no, estrictamente, de la libertad de enseñanza para abarcar el amplio mundo de problemas jurídi

Fundación Juan March (Madrid)

cos que se mueven en torno a esta libertad.

B) EL PRETENDIDO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA SUBVENCION A LA ENSEÑANZA PRIVADA.

Este es uno de los puntos fundamentales en cualquier discusión científica o popular sobre la relación enseñanza-libertad. La relación entre enseñanza privada y ayuda financiera estatal se hace resaltar por alguna doctrina continuamente tomando como punto de partida, precisamente, a ciertos derechos fundamentales. Concretamente, en algunas ocasiones es la libertad de enseñanza la que implicaría la ayuda pública y, en otras, el derecho a la educación. Pero aun con distinto punto de partida la base discursiva es la misma: la libertad de elección de centros -que está implícita para estos autores tanto en la libertad de enseñanza como en el derecho a la educación -exigiría para su realización la ayuda financiera pública, para que sea efectiva, para que los centros no estatales sean igualmente gratuitos en los niveles no obligatorios.- Hay concordancia, entonces, en deducir de los derechos fundamentales considerados una pretensión directa de subvención. Existe sólo una variación en el sujeto receptor de la misma: unas veces son los centros privados y en otras, directamente, las familias. En este lugar me voy a referir solamente a la problemática planteada por la proclamación de la libertad de enseñanza o, en un sentido más preciso, de la libertad de creación de centros.

No es cierto -habría que precisar en primer lugar- que puedan deducirse con generalidad directamente de la Constitución pretensiones de subvención. El examen detenido de la consideración de los derechos de libertad, como la libertad de enseñanza, la consulta a la bibliografía y jurisprudencia extranjera más autorizada, no permite inferir semejantes aseveraciones. Tampoco de nuestra Constitución es posible deducir un mandato de subvención a no ser que la misma Constitución -lo que no es el caso- lo contenga expresamente. A esta conclusión coopera el mantener un concepto estricto, un contenido delimitado de las libertades en absoluto unido a la mezcla de libertades y derechos de crédito que es usual en la doctrina tradicional. La concesión de libertades por la Constitución

Fundación Juan March (Madrid)

otorga posibilidades pero también riesgos para el que las ejercita y si nuestra Constitución contiene el mandato a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad del individuo sea real (art. 9-2), ello no pasa de ser una declaración de principios, precisada de más apoyos normativos para merecer una directa aplicación, al menos a un supuesto tan complejo como el que nos ocupa. En última instancia, la prevalencia formal del principio de igualdad (art. 14) podría impedir la ayuda financiera a la libertad hasta tanto este principio no se encontrara realizado.

La misma consideración de los derechos de libertad ha expresado el Tribunal Constitucional en la sentencia por la que resuelve un recurso de amparo contra el cierre de un periódico perteneciente a los Medios de Comunicación Social del Estado. El caso concreto resuelto por el Tribunal no es óbice para que de sus argumentos pueda deducirse un inicio de doctrina general sobre las libertades. De las palabras del Juez Constitucional se deduce claramente la impropiedad, para cualquier ciudadano, de extraer de un derecho de libertad una pretensión económica:

> "Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio y, desde luego, no el de transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad en un derecho de prestación que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información..." (Sentencia de 16 de marzo de 1981, suplemento al BOE de 14 de abril de 1981).

La resolución es tanto más interesante en cuanto que el Juez Constitucional razona sobre la aplicación de la cláusula del Estado Social de Derecho a este tema para acabar, igualmente, negando la posibilidad de subvención:

> "La cláusula del Estado social (art. 1º,1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el art. 9 párrafo 2º,imponen sin duda actuaciones positivas de este género (remover -

Fundación Juan March (Madrid)

los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudiera poner a esta libertad). No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación, el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público".

No puede aducirse, en contra de lo aquí mantenido, el presunto mandato de subvención que contendía el art. 27-9 de la Constitución. El precepto, inusual en el derecho comparado, tiene además una ambigüedad solo comprensible en el marco del pacto político que hizo posible el art. 27 y, quizá, la misma Constitución. Este precepto, en realidad, contiene solo una directiva en blanco para una futura Ley ordinaria que debe imaginar formas innominadas de ayuda a algunos centros escolares, a los que reúnan los requisitos que la misma Ley establezca. No se trata, por tanto, de un precepto que funde una pretensión constitucional de los centros privados a la subvención. No se trata porque ni se refiere a todos los centros ni, tampoco, a las formas comunes de subvención ahora conocidas. El precepto no se refiere expresamente a la subvención -compensación por el coste del puesto escolar sino a una "ayuda"- que puede cumplirse con préstamos de bajo interés para la construcción de centros, exenciones o reducciones de impuestos o cualquier otro real aporte económico que pueda imaginarse. El estricto contenido del art. 27-9 no permite deducir literal y lógicamente otro tipo de consecuencias y si esto se hace se están confundiendo los propios deseos con la dicción de la norma. Una norma aparentemente favorecedora de la enseñanza privada y que en el completo esquema del art. 27 equilibra la competencia estatal de programación de la enseñanza, la intervención en el gobierno de los centros sostenidos con fondos públicos de personas ajenas a la titularidad o la ausencia de declaraciones queridas como el derecho de elección por los padres del tipo de educación que deseen. El precepto, también, tiene la virtud de reconocer la importancia que para un Estado basado en el pluralismo supone la variedad de centros de enseñanza y la necesidad de que el Estado, en la medida de sus posibilidades, fomente esa variedad. En este sentido la Constitución habría expresado un juicio de valor que debe de ser asu-

Fundación Juan March (Madrid)

mido y regulado por la Ley ordinaria para que tenga efectividad.- Una Ley ordinaria, por otra parte, que no tendría excesivas vinculaciones constitucionales para dar contenido a la ayuda estatal.- El precepto constitucional, además, enlaza con el sentido de un ordenamiento educativo tutelador de la enseñanza privada de tal modo que llega hasta configurar como delito la clausura o disolución de un establecimiento privado al margen de lo previsto por la norma.

Todo lo dicho hasta aquí no significa afirmar la inconstitucionalidad de las regulaciones legales que instauren sistemas de subvención. La ley es libre de disponer la entrega de sumas públicas tanto a los centros privados como a los padres. La Ley ordinaria puede ayudar económicamente al titular del centro directamente o indirectamente designando primariamente a los padres como receptores de la ayuda que luego aplicarán al centro de sus preferencias, como puede configurarse en el futuro nuestro ordenamiento. Dicho de otra forma, puede subvencionarse la libertad de creación de centros o el derecho a la educación, pues ello no está prohibido por la Constitución. Pero tampoco impuesto. Lo que importa es reaccionar contra un posible método de interpretación jurídica que aplicara a la Constitución los principios deducidos de las leyes para llevar a cabo, así, una "interpretación de la Constitución según las leyes" cuyos peligros desde el punto de vista de la jerarquía de las normas ha puesto de manifiesto algún autor alemán, Además, este modo de proceder aboca a una rigidez jurídica poco apropiada puesto que las mismas decisiones presupuestarias podrían estar ya determinadas por la Constitución, hecho ciertamente absurdo que no puede ser la consecuencia de ninguna norma suprema. La Constitución podrá contener algunas directivas generales, pero la decisión última de atribución de fondos públicos pertenece al legislador ordinario que la concreta en la elaboración del presupuesto anual dependiente, en gran medida, de la riqueza o pobreza de un país y no de la agudeza de los intérpretes de un texto constitucional.

La relación entre subvención o ayuda a los padres y derecho educativo paterno la he tratado en mi trabajo sobre El contenido del derecho a la educación citado en la Bibliografía y al que me remito haciendo constar, solamente, cómo niego también desde ese pun-

Fundación Juan March (Madrid)

to de vista la directa vinculación constitucional encontrando, sí, una vinculación desde el punto de vista del principio de igualdad que obligaría al Estado a configurar un sistema de ayudas dirigido hacia los estudiantes pertenecientes a las familias de modesta situación económica. Quedaría implícito en nuestra Constitución un principio semejante al que contiene el art. 34 de la Constitución italiana que supone una obligación permanente del legislador de actuar por cuantos medios considere oportunos -política fiscal, política financiera- para alcanzar la igualdad formal de oportunidades en el terreno educativo. Lo afirmado no se resolvería en principio en una pretensión individual de ayuda económica basada en la Constitución, sino en una directiva al legislador que este debería concretar. No hay, sin embargo, inconveniente en afirmar que los incumplimientos flagrantes de esta directiva serían violaciones constitucionales y, por tanto, teóricamente sometibles al juicio del Tribunal Constitucional.

C) EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CATEDRA.

La libertad de cátedra es un reflejo de la libertad de enseñanza que supone, a su vez, el reconocimiento de la singularidad que adopta la libertad de expresión en el ámbito docente. La enseñanza estaría caracterizada por la impartición sistemática de conocimientos conforme a una planificación personal del enseñante o institucional. Desde este punto de vista se distingue de la libertad de expresión que contempla, en principio, situaciones aisladas de emisión de pensamientos, de ideas, La libertad de enseñanza es predicable de cualquier ciudadano, sin embargo, la libertad de cátedra sólo existe en relación a los ciudadanos que a esa calidad unen la de la profesionalidad en la docencia. Es una libertad específica de los enseñantes y, desde ese punto de vista distinguible de los restantes derechos de libertad que son atributo de cualquier ciudadano sin necesidad de cualificaciones adicionales. Esta característica lleva consigo que la libertad de que tratamos solo sea comprensible dentro de un cuadro de actividades del docente que representa el cumplimiento de su función. La libertad existirá dentro de las funciones que la normativa aplicable encar

Fundación Juan March (Madrid)

gue al docente como claramente reconocía el párrafo 2º del Proyecto de Ley de Autonomía Universitaria (PLOAU):

"La libertad de cátedra supone el derecho a expresar las ideas y convicciones científicas que asuma cada profesor en el ejercicio de sus actividades docentes".

La libertad de cátedra no significa, por tanto, la autorregulación de la función docente en el sentido de fijación de horarios, lugar de explicación o falta de sujeción a un plan correctamente establecido. Pero la libertad de cátedra sí que puede ser un límite que indique o vede el posible contenido de las normas configuradoras de la función docente. Estas normas no podrán compeler al docente a orientar su enseñanza en el sentido de transmitir uniformemente una serie de valores o conceptos que determina centralizadamente el autor de la norma. La libertad de cátedra consiste, fundamentalmente, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propios en relación a la / materia objeto de enseñanza y, por lo tanto, violaría la libertad en su "contenido esencial" cualquier predeterminación de esos conceptos o ideas. Por ello el docente en los centros privados no está obligado a transmitir ciegamente los conceptos educativos plasmados en el ideario con los que esté en desacuerdo sino, solamente, a mostrar su respeto hacia ellos, limitándose a no atacarlos, está obligado, en fin, a mostrar una "reserva" en la expresión utilizada por el Consejo Constitucional francés.

La libertad de cátedra consiste, también, en la posibilidad de determinar libremente el método de exposición a utilizar. El profesor es dueño de sus conocimientos y de la pedagogía que usará para transmitirlos. No se niega la potestad de promulgación de orientaciones pedagógicas pero no deben alcanzar un valor tan compulsivo que anule la libertad del profesor.

La libertad de cátedra supone para el profesor funcionario una excepción a ciertos principios generales de la función pública. El deber de obediencia o la relación jerárquica en sí no pueden tener estricta aplicación al ámbito docente porque podrían suponer la anulación de la libertad. Cosa semejante podría decirse para el profesor de las instituciones privadas en las que tampoco el empresario goza de todas las potestades que le concede el ordenamien

Fundación Juan March (Madrid)

to laboral en particular la de poder dirigir regularmente la actividad del asalariado.

La libertad de cátedra existe en relación a la materia objeto de enseñanza que es, además, normalmente, aquella para la que ha sido contratado el profesor o para la que ha logrado la superación de una oposición. No obstante, si las necesidades docentes imponen la necesidad de que un profesor imparta otra asignatura o materia gozará en esta labor, igualmente, de la libertad de cátedra que en ninguna norma aparece circunscrita al desempeño de la función normal sino a la actividad docente del profesor que comprende, también, cualquier otra función cumplida.

La libertad de cátedra no protegería la emisión de opiniones que no guardaran relación con la materia impartida y fuera, únicamente, expresión de opciones ideológicas pronunciadas con ánimo proselitista o denigratorio. La disquisición en casos límites puede ser difícil y necesitada de la consideración de tipos de asignaturas o de niveles de enseñanza pero, en cualquier caso, referible a un modo normal de impartición de los conocimientos del que estuviera alejada cualquier sospecha de bandería.

La libertad de cátedra aun siendo un derecho perteneciente al docente individual tiene hoy un contenido institucional que no puede olvidarse. La determinación sobre la función docente no dependerá ya, solamente, del diseño de las normas establecidas por el legislador y la Administración en su desarrollo sino de órganos propios de los centros a los que se dota para ello de diversos niveles de autonomía, máximos en la estructura universitaria y de menor importancia en otros niveles educativos. A su vez ello tiene como consecuencia el reconocimiento del derecho del profesor a la participación en estos órganos de dirección que alcanza hoy, incluso, valor constitucional con el principio sentado por el art. 27-7 de la intervención en el control y gestión de todos los centros sostenidos con fondos públicos. La LOECE instaura también formas de participación en los centros privados (art. 34). Ello no implica ni una limitación en la libertad de cátedra ni, por el contrario, una minusvaloración de las potestades de la Administración o del titular del centro privado sino un reconocimiento de la importancia del principio participativo, básico en la Constitución española.

Fundación Juan March (Madrid)

La labor primordial de los órganos de los centros se advierte con los cometidos encargados por la LOECE al Consejo de Dirección. Entre otras funciones importantes el art. 26-2-b) habla de la definición de los "principios y objetivos educativos generales a los que habrá de atenerse toda la actividad del centro". El mandato imperativo podrá ser fuente de planteamiento de conflictos - con la libertad de cátedra de un profesor concreto pero en un desarrollo normal de las previsiones de la LOECE informa de la importancia de este carácter institucional que notamos. Los poderes de estos órganos son legitimados mediante la incorporación de un número de profesores a los mismos.

No obstante todo lo dicho hasta ahora, queda por plantear una cuestión de indudable transcendencia en el examen de la libertad de cátedra: su diferenciación según los niveles educativos. Si el profesor es el sujeto activo de la libertad no se olvide que esta tiene un carácter instrumental, es la cobertura jurídica que sirve para la formación y educación de los escolares. La libertad - del profesor es una libertad determinada por su finalidad y ello aparece en las mismas normas configuradoras de la libertad. En la Constitución, de forma general se habla del fin de la educación - como posibilitador del "pleno desarrollo de la personalidad humana" (art. 27-2) lo que lleva consigo una acción educativa distinta según el grado de desarrollo de esa personalidad. El art.15 de la LOECE por su parte, al referirse a la libertad de enseñanza de los docentes indica que "el ejercicio de tal libertad deberá orientarse a promover, dentro del cumplimiento de su específica función docente, una formación integral de los alumnos, adecuada a su edad, que contribuya a educar su conciencia moral y cívica, en forma respetuosa con la libertad y dignidad personales de los mismos". El elemento de la edad, de la personalidad consiguiente de los alumnos, va a determinar el grado de amplitud de la libertad de cátedra.

Reflejar en términos jurídicos lo que debe ser, ante todo, una actitud y una conducta no es en absoluto fácil. Parece que en este tema son las reglas de la pedagogía las que deben imponer directrices y comportamientos. Al Derecho solo cabe la formulación de conceptos generales lo suficientemente amplios y descriptivos-

Fundación Juan March (Madrid)

para que puedan ser útiles en un caso de conflictos.

La necesidad de grados diversos en la amplitud de la libertad de cátedra no es discutida por la doctrina que acude a clichés más o menos atractivos para describir estos grados. Se recordará la distinción francesa de diferenciación entre "neutralidad-abstención" y "neutralidad-confrontación" para distinguir la posición del profesor de niveles inferiores -abstención- del universitario -confrontación-. La regla de la neutralidad ínsita al servicio público se aplica a ambos pero al profesor universitario se le permite en el curso de la discusión científica la crítica a doctrinas, opiniones, ideológías que él considere equivocadas. Nuestro Tribunal Constitucional ha hablado de dos contenidos de la libertad de cátedra en los centros públicos según su nivel. Para todos habría un "contenido negativo uniforme" que posibilitaría la resistencia a dar a la enseñanza una orientación ideológica determinada mientras que en los niveles universitarios existiría, además, un "amplio contenido positivo" que el Tribunal no analiza. El contenido positivo puede darse también en los niveles inferiores pero con una amplitud menor puesto que los planes de enseñanza tienen aquí una extensión y vinculatoriedad mayor. En los centros privados con ideario educativo, como hemos dicho ya en varias ocasiones, el profesor está obligado a una reserva, a una abstención frente al ideario aun cuando no a ser, en palabras del Tribunal Constitucional, un "apologista" del mismo.

En el plano pedagógico de la libertad, solo la consulta a la normativa ordinaria sirve para medir el grado real de distinción entre los diversos profesores. El régimen de autorización de libros de texto, por ejemplo, no se aplica al nivel universitario - siendo allí libre el profesor en la elección de libro o, simplemente, en el silencio respecto al manual. Las normas sobre celebración de los exámenes tampoco existen para los niveles superiores en los que el profesor no tiene vinculación a la hora de imaginar la evaluación de los conocimientos de sus alumnos. El PLOAU tendía a restringir este aspecto pedagógico de la libertad de cátedra del docente universitario al encargar a los planes de estudio la fijación de las "tareas y trabajos o prácticas profesionales a realizar por los alumnos" y el "sistema de verificación de

Fundación Juan March (Madrid)

los conocimientos adquiridos por éstos" (art. 43-1). Ello representa una restricción en la libertad tradicional que solo podría intentar justificarse aludiendo a algún pretendido derecho del escolar muy dudoso a priori.

En este mismo plano pedagógico hay que poner seriamente en duda la oportunidad de un trámite de aprobación previa de libros y material didáctico aun cuando no tenga otra finalidad que la de comprobación de su adecuación a los fines generales de la educación. La profundización en el sistema de libertades exige dejar en el olvido los procedimientos administrativos de control preventivo sobre las libertades para dar paso a los que la doctrina denomina represivos. En cursos superiores de Bachillerato, además, y en ciertas asignaturas ello podría potenciar una búsqueda activa de los textos adecuados para las diferentes cuestiones preparando al alumno para su incorporación activa a la Universidad.

Otra cuestión es la diversa amplitud de la libertad de cátedra según el grado académico del profesor, problema claramente referible al nivel universitario. Las normas vigentes y el mismo PLOAU no contienen directivas sobre una cuestión también difícilmente regulable. No hay duda de que la plena libertad de cátedra es predicable para los profesores de nivel superior pero, en todo caso, el funcionamiento práctico de la docencia debe quedar entregado a la competencia de los Departamentos definidos por el PLOAU como "órganos básicos de articulación de las actividades docentes e investigadoras de cada Universidad" (art. 20). Los Estatutos de cada Universidad deberán regular la creación y régimen de estos Departamentos en los que, sin duda, recaerá una responsabilidad básica en la cuestión planteada. Ello es muestra, de nuevo, del profundo aspecto institucional que hoy día presenta la libertad de cátedra. La pregunta planteada en este párrafo, por fin, deberá para tener una respuesta adecuada tener en cuenta las responsabilidades concretas docantes de cada profesor que en algunos casos puede soprepasar el ámbito concreto de su titulación formal.

Fundación Juan March (Madrid)

D) EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CREACION DE CENTROS. CONSIDERACION DEL IDEARIO EDUCATIVO.

La Constitución se refiere genéricamente a la creación de "centros", palabra con la que se comprenden todo tipo de establecimientos de enseñanza, desde las escuelas del más bajo nivel educativo hasta las Universidades. Durante el período constituyente fue discutida la extensión de la libertad de creación a las mismas Universidades pero no parecen existir dudas de que ésta ha sido la voluntad de la Constitución continuando la tradición de la mayor parte de nuestra historia educativa.

A nivel de legislación ordinaria hoy es la LOECE quien contempla la libertad de creación en los niveles de Educación Preescolar, Educación General Básica, Bachillerato y Formación Profesional. La libertad de creación de Universidades siguen teniendo su fuente jurídica en la Ley General de Educación. El PLOAU se refería en su art. 5º a la creación de Universidades privadas.

El art. 32 de la LOECE enumera, tras la facultad de crear centros docentes, la de gestionar y dirigir estos mismos centros. La aparición de la palabra dirección servirá, sin duda, para tranquilizar a aquellos parlamentarios que no lograron su inclusión en el texto constitucional o a los autores que la consideran requisito indispensable de la libertad de enseñanza. En realidad la palabra dirección se encuentra recogida en el art. 13-4 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y, por tanto, en virtud del juego de los arts. 10-2 y 96 de nuestra Constitución implícita en la libertad de creación de centros.

Que se afirme la potestad de dirección de los centros no significa, sin embargo, que la ley no pueda fijar el marco jurídico de esa dirección. Ese ha sido el objeto del art. 34 de la LOECE que ha entregado al estatuto o reglamento de régimen interior la regulación de la forma de participación de profesores, padres de alumnos, alumnos y personal no docente en el control y gestión del / centro. La ley no fija otra cosa que la existencia de unos órganos (Consejo de centro, claustro de profesores y Junta económica) a los que se atribuye competencias de "participar" en la gestión del centro. La regulación concreta de esa participación es tarea

Fundación Juan March (Madrid)

que se defiere al reglamento del régimen interior. La LOECE aplicaba el mismo esquema tanto a los centros subvencionados como a los que no disfrutan de subvención y este hecho ha sido considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional que ha obligado a la necesaria distinción. En base a tal sentencia (de 13 de febrero de 1981) se declara inconstitucional el art. 34-3-d), y el 34-3-b) y 34-2 en cuanto se refieren a centros subvencionados. El Tribunal Constitucional no considera instrumento jurídico de suficiente calidad al reglamento de régimen interior para llevar a cabo esta regulación que defiere a la ley. Es notable también, además, la crítica que realiza el Tribunal al concepto de centro "sostenido con fondos públicos" al que "el legislador no ha dotado de la concreción necesaria para que resulte jurídicamente utilizable". La proposición de Ley del Grupo parlamentario socialista del Congreso ya aceptada (vid. Boletín Oficial de las Cortes, Congreso de los Diputados de 15 de abril de 1981, nº 137-I) da la siguiente nueva redacción al art. 34-3-d): "En los centros o niveles sostenidos con fondos estatales o de otras entidades públicas, el régimen de control y gestión se atendrá a lo que específicamente la ley establezca".

La participación de elementos externos a la titularidad del centro limita, pues, los poderes de dirección con que ésta cuenta de una forma no fácilmente deducible de la LOECE. El tema de la participación de padres o profesores en la gestión de la escuela sirve para poner a la luz, otra vez, la impropiedad de un concepto amplio de libertad de enseñanza comprensivo, entre otros, de los derechos educativos de los padres. Los autores partidarios de esta concepción extensiva se muestran, sin embargo, muy cautos a la hora de conceder participación en el gobierno de la escuela a elementos extraños a su titularidad. Veanse las expresivas palabras de MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ:

> "En última instancia, la realidad que debe limitar en todo caso los posibles excesos de las pretensiones cogestionarias o autogestionarias es la siguiente: ni el ideario ni las orientaciones básicas de un centro pueden venir marcadas por la voluntad previsiblemente mudable y heterogénea de la pluralidad de padres o alumnos que en cada coyuntura se vinculen a ese centro".

Fundación Juan March (Madrid)

La libertad de enseñanza no es, pues, el modo de hacer efectivo el derecho educativo de los padres pues en el posible conflicto es la libertad del centro la que triunfa. Es, de nuevo, el reconocimiento de que estamos ante derechos separables, autónomos,- con diversos titulares y con diferente ordenamiento jurídico. La prueba más palpable es la posibilidad de conflicto que reconoce el autor citado. Un planteamiento tan claro desacraliza la ideología con la que muchas veces pretende presentarse el legítimo derecho- de cualquier persona física o jurídica a fundar centros de enseñanza.

Queda añadir, por último, que por mandato del art. 14 LOECE es también contenido de la libertad del titular del centro la posibilidad de establecer materias optativas, adaptar los programas a las características del medio y organizar actividades culturales y extraescolares. Estas perspectivas se predican tanto de los centros públicos como privados y son consecuencia de la autonomía que se les reconoce. En caso de existencia de un ideario estas asignaturas o actividades marginales al plan de estudios podrían, también, estar orientadas por los contenidos del ideario. Por supuesto, igualmente, que en el desarrollo de estas actividades titular- del centro y profesores están limitados por los preceptos constitucionales y ordinarios que enmarcan la actividad educativa.

Una de las mayores novedades del Estatuto de Centros Escolares ha sido la aparición del concepto de ideario educativo configurado como una facultad de los titulares de los centros privados(art. 34 LOECE). La aprobación de esta figura vino precedida de una polémica parlamentaria durísima con oposición fundamental de los - grupos socialista y comunista. La defensa del ideario corrió a cargo, fundamentalmente, del grupo parlamentario de UCD que recogía, así, una de las demandas primordiales de algún sector de la enseñanza privada y de la doctrina jurídica también.

El ideario ha sido definido como "un sistema coherente de ideas o principios generales destinados a engendrar y dirigir un proyecto de enseñanza" o como el "conjunto de principios básicos y fundamentales que sintetizan la orientación última que define un centro educativo ante los padres, los alumnos, los profesores y ante la sociedad en general. Marca los fines últimos, las ideas fuer-

Fundación Juan March (Madrid)

za, es esquemático, estable para todo el centro" (definiciones recogidas por ORTIZ DIAZ). El ideario va a ser el instrumento, por tanto, que singularice la particular orientación que el titular de un centro docente pretende dar a su enseñanza, es la muestra del ejercicio pleno de la libertad de enseñanza. Pero la función jurídica del ideario en la LOECE no se reduce a esto solo. El ideario cumple en esta ley orgánica las siguientes funciones:

a) es un límite de la libertad de enseñanza de los profesores (art. 15);

b) es límite, también, de la actuación de las asociaciones de padres de alumnos (art. 18-2);

c) aparece implícitamente limitando la actuación de los alumnos cuando se configuran sus deberes (art. 37).

La importancia de las funciones atribuídas al ideario es, sin dunda, grande. Por ello mismo uno de los temas que básicamente se discutieron en la impugnación ante el Tribunal Constitucional del Estatuto de Centros Escolares era la existencia y configuración de este ideario que se juzgaba contrapuesto a diversos artículos de la Constitución, singularmente a la proclamación en el art.20-1-c) de la libertad de cátedra. El Tribunal Constitucional respondió negativamente a los deseos de los recurrentes considerando que el establecimiento de un ideario educativo "forma parte de la libertad de creación de centros". Ahora bien, el Tribunal ha afirmado que el derecho a dotarse de un ideario no es ilimitado, sino - que hay una serie de conceptos que lo enmarcan claramente.Así, el ideario podría extenderse a aspectos distintos a los religiosos y morales de la actividad educativa, es decir, a todos los aspectos de su actividad pero todo ello:

> "Dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el art. 27-2 de la Constitución y en el art. 13-1 del Pacto Internacional sobre Derecho económicos, sociales y culturales y, en cuanto se trate de centros que, como aquellos a los que se refiere la ley que analizamos hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos es-

Fundación Juan March (Madrid)

tablezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc..." (sentencia de 13 de febrero de 1981).

No son escasos los límites que el Tribunal coloca al ideario.- La referencia directa a la Constitución y a las exigencias de la ciencia son, sin duda, los más importantes. Un ideario no podrá ser nunca, pues, una explicación monolítica, excluyente, de los problemas de la concepción del mundo y del hombre puesto que ni la Constitución contiene tal tipo de valor ni la ciencia es uniforme en su interpretación. La posición del profesor que en su enseñanza se atuviera a métodos científicos contrastados no podría ser limitada ni sufrir menoscabo por un ideario o por la acción del titular del centro basada en ese ideario puesto que éste mismo debe respetar las "exigencias de la ciencia".

Estos rígidos límites que enmarcan el contenido de una norma social autónoma como es el ideario deben ser objeto de control previo por parte de la Administración según el Tribunal Constitucional. Aun cuando la LOECE no contenía ninguna forma de control del ideario que quedaba abandonado a la libre disposición del titular del centro, el Tribunal Constitucional consciente de la importancia y de los problemas que pueden originarse en idearios incorrectos, manda que se sometan al principio de autorización administrativa con las siguientes palabras:

"Como derivación de la libertad de creación de centros docentes, el derecho de los titulares de éstos a establecer un ideario educativo propio se mueve dentro de los límites de aquella libertad ya aludidos de manera sumaria en el apartado anterior. Es precisamente la existencia de estos límites, la que hace indispensable que, como señala en su escrito el Abogado del Estado, el establecimiento de un ideario propio del centro haya de entenderse sometido al sistema de autorización reglada a que la ley (art. 33) sujeta la apertura y funcionamiento de los centros privados, pues el establecimiento del ideario en cuanto determina el carácter propio del centro, forma parte del acto de creación".

De las palabras del Tribunal Constitucional se deduce que en caso de centros de nueva creación la misma autorización administra-

Fundación Juan March (Madrid)

tiva abarcaría tanto a la erección del centro como al ideario de que se dota. Para los centros ya existentes, en consecuencia, habría que proceder a un acto singular de aprobación del ideario caso de que quisieran dotarse de él. No existe, obviamente, reglamentación de este acto de aprobación ni en cuanto a la autoridad competente ni en cuanto a la forma de proceder por lo que habría que aplicar analógicamente lo previsto para el acto de autorización típico de los centros. La autoridad de control debería vigilar especialmente el respeto de los límites ordenados por el Tribunal Constitucional. Su acto de aprobación, o de negativa, podría ser recurrido en vía administrativa y, posteriormente, contencioso-administrativo por todos los interesados en ello. El mismo principio de la aprobación, para ser coherentes, habría que aplicar a las posibles modificaciones del ideario.

E) LA COLISION ENTRE DERECHOS: CRITERIOS DE SOLUCION.

Llegamos con esta rúbrica a uno de los puntos cruciales del tema, a un nudo central, en realidad, de cualquier discurrir jurídico que toma siempre como problema y como sentido final la ordenación de unos determinados intereses. La cuestión, ahora, es discernir en casos de conflicto la libertad, de entre las que tratamos, que debe predominar. Si son pensables los choques entre los derechos de los padres y las competencias estatales, éstas y las libertades de los profesores o del titular de los centros privados, de hecho la realidad informa de que en nuestro país es muy posible que los puntos fundamantales de fricción se originen entre la libertad de cátedra que se afirma para los docentes de los centros privados y la libertad de sus titulares. Ello porque ambas son parte de esta libertad de enseñanza que aporta a profesores y titulares de centros la posibilidad de impartir unas determinadas diredciones metodológicas, ideológicas, anejas al mismo corpus de conocimientos trasmitidos. Esa ha sido siempre la esencia de la libertad de cátedra. Esa ha sido, también, parte esencial del derecho a crear centros que ahora se reconoce en la LOECE con el nombre de "ideario educativo".

El problema aparece ahora planteado en España en el centro de una pugna ideológica y política que ha hecho de las libertades que

Fundación Juan March (Madrid)

se mueven en torno al hecho de la docencia cuestión entre las más debatidas durante el período de la transición. La elaboración de la Constitución, su comentario, la discusión de la LOECE y la misma sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 han contemplado, en el fondo, la discusión acerca de la libertad que, en caso de conflicto, debería predominar. En ninguna de las normas nombradas ha existido un criterio claro de resolución y la misma sentencia del Tribunal Constitucional se ha negado a ponderar las dos libertades en presumible conflicto remitiendo la resolución a la "jurisdicción competente" que normalmente, será la ordinaria. No obstante esta huída del Tribunal Constitucional de un tema peligroso, que presenta múltiples aristas, ha proporcionado algunos elementos que, en su día, podrán ser utilizados para el planteamiento definitivo de la cuestión.

Así, de la existencia de un ideario "conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación", no deduce el Tribunal una obligación de sumisión incondicional. Este ideario no le obliga "como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor". El conflicto se planteará, pues, dentro de los límites que un correcto desenvolvimiento de la función docente lleva consigo. La ciencia y sus exigencias limitarán las posibles razones de predominio del titular de la empresa docente. A su vez éste no podrá imponer al profesor una defensa activa de los conceptos del ideario.

Si el profesor no debe ser un apologeta del ideario, tampoco será autorizado a convertirse en un detractor del mismo. "La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que con arreglo a un criterio serio y objetivo no resulten contrarios a aquél". El profesor, en suma, debe simplemente respetar el ideario, un ideario que, por otra parte, debe adecuarse a la Constitución y que para el Tribunal Constitucional está sometido al principio de autorización administrativa como la misma apertura de centros.

Fundación Juan March (Madrid)

El Tribunal Constitucional no se limita a describir las reglas generales de la conducta del profesor como docente sino que plantea, también, la posible contraposición entre la vida privada del docente y la libertad de enseñanza del titular del centro. En este punto el Tribunal se niega, de nuevo, a hacer afirmaciones a priori pero indica que la "posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades (extradocentes), e incluso su intencionalidad, puedan hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor educativa que le está encomendada".

Dicho esto y antes de pasar adelante es conveniente plantear algunos principios generales acerca del problema del conflcto abstracto entre libertades. Cualquier investigación sobre libertades públicas tropezará inevitablemente como punto fundamental de su mismo régimen jurídico con la cuestión del choque con otras libertades. Una cuestión que normalmente debe ser resuelta por vía interpretativa ante la falta de criterios jurídicos expresos en las Constituciones o en los textos normativos ordinarios. El mecanismo de interpretación suele atender al carácter de los bienes jurídicos puestos en juego para acordar la protección prioritaria a aquel juzgado más importante. En última instancia esto lleva a la consecuencia del papel fundamental del juez en la indagación del bien jurídico primordial, un papel en el que puede ser ayudado por el intérprete jurídico.

Aun cuando sea normal la falta de directivas jurídicas expresas sobre la cuestión planteada no por ello dejan de existir en supuestos singulares. El reconocimiento por nuestra Constitución de la llamada "cláusula de conciencia" representa, precisamente, un supuesto de resolución de un conflicto típico de libertades. Puestas frente a frente la libertad de expresión del periodista profesional y la del titular del medio en concreto, la Constitución atribuye al periodista un derecho prioritario que deberá ser regulado por la ley. Nuestro ordenamiento no conoce todavía el régimen jurídico concreto de la cláusula de conciencia, pero el art. 21-2 de la proposición de ley orgánica sobre libertades públicas y amparo judicial (vid. Boletín Oficial de las Cortes, Senado, serie III, 18, a), de 23 de diciembre de 1980 indica sobre esta cuestión que:

Fundación Juan March (Madrid)

"El cambio fundamental en la orientación ideológica de un medio de comunicación social da derecho a los profesionales de la información, que se declaren incompatibles con la nueva orientación, a resolver la relación que les une con el mismo y a percibir la indemnización que se acuerde o, en su defecto, la que corresponda a un despido improcedente".

El choque entre libertades desemboca en un planteamiento conforme a las normas laborales del conflicto entre empresario y trabajador. Este conflicto se salda con la aplicación del supuesto del despido improcedente lo que lleva consigo reconocer tanto la improcedencia de la actuación del empresario como el carácter prevalente de la libertad del periodista lo cual lleva al otorgamiento de una indemnización aunque, eso sí, a la pérdida del puesto de trabajo controvertido. En términos jurídicos ello representa, sin duda, la resolución del conflicto a favor del periodista aun cuando en términos sociológicos esta conclusión pueda ser puesta en duda debido a la situación general de falta de puestos de trabajo que existe y a la misma escasa cuantía de la indemnización. No obstante y aun con la obligación de la constatación de este hecho, los problemas planteados en este libro se hacen en sus puros términos jurídicos y conforme a ellos, también, el predomino de la libertad del periodista es evidente.

La existencia de un supuesto constitucional de resolución de conflictos como sucede con la cláusula de conciencia, no es frecuente porque tampoco es fácil optar por una alternativa. Por ello llama la atención especialmente el criterio de resolución que imagina la proposición de ley que acabamos de citar. El criterio es general, de aplicación a todos los posibles conflictos entre libertades y consiste, según el art. 2÷3 de la misma en que:

"En caso de conflicto, la protección se acordará por el orden en que aparezcan enunciados en la Constitución".

La evidente impropiedad de tal directiva no merece más comentario que el de resaltar las consecuencias impensables a que abocaría en virtud de una ordenación numérica llevada a cabo por el constituyente sin plantearse su posible transcendencia jurídica. En el tema que tratamos ello llevaría consigo siempre la prioridad de la libertad de cátedra sobre la del titular del centro, una

Fundación Juan March (Madrid)

consecuencia probablemente muy alejada de los supuestos ideológicos de los autores de la deficiente proposición de ley que, de seguro, no verán publicada -por lo menos en los términos propuestos- en el Boletín Oficial del Estado.

Indicaba hace un momento cómo la resolución del conflicto narrado corresponderá, necesariamente, a los tribunales y cómo, también, la función del intérprete puede representar una ayuda a la hora de buscar el derecho que debe predominar. Este sentido tienen las líneas que siguen.

En primer lugar hay que comenzar negando el absoluto predominio de la libertad de creación de centros que se seguría de una lectura estricta y literal del art. 20-4 de la Constitución. El párrafo se refiere, concretamente, al límite de las libertades tratadas en este artículo entre las que está la de cátedra. Pues bien, el precepto indica que "estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título...". Una interpretación, repito, estricta equivaldría a subordinar siempre la libertad de cátedra a cualquiera de los derechos reconocidos en el título entre ellos, claro está, a la libertad del titular del centro docente. Ello supondría la práctica desaparición de esta libertad tan trabajosamente afirmada, consecuencia absurda que no ha podido ser querida por la norma. El art. 20-4, en realidad, no impone la subordinación de la libertad de cátedra -y de expresión en general- a las otras libertades sino, simplemente, al respeto. Se repite en el ámbito de la libertad de expresión el criterio genérico de ejercicio de las libertades que contienen el art. 10 y ello porque es, sin duda, el ejercicio de la libertad de expresión un potencial desconocedor de estos derechos. Más que de un criterio límite, de un criterio de predominio, estamos ante una directiva de ejercicio que tendrá consecuencias jurídicas en el momento en que, efectivamente, se haya dejado de respetar el derecho ajeno lo que reconduce el problema a los planteamientos iniciales.

En el proceso discursivo que lleve a la consecución de un criterio hay que aludir a las normas propias de la legislación laboral conforme a las cuales habrá que solventar ante las correspondientes Magistraturas los conflictos surgidos. La norma a consultar es el Estatuto de los Trabajadores aprobado por Ley 8/1980 de

Fundación Juan March (Madrid)

10 de marzo que contiene varios preceptos de necesaria e ilustrativa consulta. En concreto hay un principio derivado de esta ley- que resulta ser de particular significación en nuestro caso; se trata del derecho a la no discriminación por razones ideológicas- contenido en varios preceptos del Estatuto sea como anunciación - formal de tal derecho o como punto de partida para afirmar la nulidad de las cláusulas contractuales que violen tal principio. Los preceptos son de singular importancia cuando se sitúan en medio de una polémica que tiene el tema ideológico como aspecto central - sustancial.

Afirmar el principio de la no discriminación por motivos ideológicos no significa olvidar la relación jerárquica establecida en la empresa docente y los poderes consiguientes del empresario. El mismo Estatuto de los trabajadores contiene normas como ésta - en sus arts. 5 y 20. Ahora bien, estos poderes de dirección habrán de tener como necesario límite el respeto a este principio de no discriminación lo que implicaría, según los términos del Estatuto, no fijar condiciones distintas de trabajo o de remuneraciones o jornadas (art. 17-1).

La misma limitación de los poderes empresariales es la consecuencia de la cláusula de conciencia en materia de prensa según acabamos de ver. La previsión constitucional de tal cláusula en una libertad derivada de la genérica de expresión, como la de cátedra, resulta, además, utilizable a efectos analógicos. Si la cláusula de conciencia en materia periodística suponía que un cambio en la orientación del periódico otorgaba al periodista el derecho a resolver el contrato mediante la indemnización prevista - para el despido improcedente, no se ve por qué ello no debería extenderse, igualmente, al posible conflicto libertad de cátedra - versus libertad del titular del centro. Incluso, la legislación laboral ya vigente otorga este derecho al trabajador en los casos - de "modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad" (art. 50-1).

El criterio narrado sería aplicable a los supuestos de cambio en la orientación ideológica del centro que se plasmaría en la redacción de un ideario distinto al que hasta ese momento regía el

Fundación Juan March (Madrid)

centro. Con ello no se agota, sin embargo, toda la problemática que pueda surgir en estos casos. Es posible así, que en opinión del empresario sea la enseñanza impartida por el educador la que ha sufrido cambios respecto de un ideario que ha permanecido inalterable. El empresario privado juzgaría imposible la pervivencia en el centro de un profesor cuya enseñanza no se ajustara al ideario educativo aduciéndose, en ese caso, el límite a la "libertad de enseñanza" del profesor que representa el art. 15 de la LOECE juzgado constitucional por el Tribunal Constitucional.

Estamos, entonces, ante el problema-tipo a resolver en este ámbito, lo que se ha denominado "despido ideológico" que supone la reacción del empresario docente que ve su libertad vulnerada por la acción del profesor. En la pugna entre libertades será el juez, normalmente, quien indique el vencedor, lo que puede tener efectos en el plano indemnizatorio.

La cuestión debe resolverse atendiendo tanto a las características del ideario en el que se concreta la dirección ideológica del centro como a los preceptos sobre el despido previstos en la legislación laboral. Esta referencia al ideario tiene que ser especialmente notada puesto que si no existe ideario, si el titular del centro no ha plasmado en un texto la dirección educativa que pretende impartir a la empresa docente no puede plantearse el conflicto entre libertades porque, en realidad, el titular del centro no ha ejercitado su libertad de enseñanza en toda la riqueza constitucional que posee sino, únicamente, la potestad de fundar un centro. Su empresa docente es solo empresa a estos efectos y la libertad del profesor no se encuentra, por tanto, limitada por la del titular como indica el art. 15 de la LOECE. Los posibles conflictos que surjan serán meramente laborales y por problemas, también, estrictamente laborales debiendo resolverse con criterios ajenos al ordenamiento educativo que aquí se examina.

Pero una vez en presencia del ideario educativo éste debe reunir las características que le den su transcendencia jurídica. Ha de estar aprobado administrativamente y redactado de forma clara y precisa, con un respeto absoluto al texto constitucional y a las directivas educativas que él comporta. Por su parte, la actitud del profesor frente a este ideario no ha de ser ni la de un apolo

Fundación Juan March (Madrid)

geta ni la de un mero y sumiso recipiendario de su doctrina sino que el carácter de la conciencia por él impartida justifican perfectamente la utilización de argumentos o razones que puedan juzgarse contrarias a un ideario que entiende más bien de planteamientos genéricos que de problemas concretos. En lo demás, el profesor ha de respetar el ideario del centro en el que imparte su docencia de tal forma que el despido solo podrá ser justificado cuando de manera sitemática se combatan frontalmente los conceptos básicos del ideario. La normativa laboral, al referirse a los supuestos de despido e incluir entre ellos a la "indisciplina o desobediencia en el trabajo" comienza afirmando la necesidad de justificar este despido en un "incumplimiento grave y culpable del trabajador". Los adjetivos en este tema son bastante importantes. Si en cualquier conflicto laboral habría que proceder con sumo cuidado en la interpretación de la "gravedad" y "culpabilidad" de la conducta del trabajador, en el caso en que una libertad pública como la de cátedra está controvertida, las cautelas deben ser mucho mayores. La proclamación de una libertad por la Constitución no puede dejarse al albur de la voluntad poco justificada del titular de un centro porque ello supondría además de una violación de las leyes laborales, un desconocimiento de la Constitución lo que aumenta objetivamente su importancia. En el único caso de conflicto planteado ante los Tribunales hasta la fecha del que tengo conocimiento, la Magistratura del Trabajo de Barcelona en una sentencia de 3 de julio de 1978 -anterior a la Constitución y a la sentencia citada del Tribunal Constitucional, por tanto- rechazó los argumentos del titular del centro que aducía la violación de las normas pedagógicas del centro y los reglamentos de régimen interior. Tras constatar que estas normas contenían solo unos criterios generales de pedagogía, unas normas abstractas y no unos criterios claros de conducta añadía:

> "con estilo propio de ciertas corrientes modernas, los términos del extenso memorándum a que equivale la comunicación del despido, son de imputaciones ideológicas más que estrictamente legales y de trascendencia jurídico laboral".

Despido ideológico será, pues, todo aquel que no se fundamente en ese incumplimiento sistemático, grave, culpable del ideario edu

Fundación Juan March (Madrid)

cativo, despido, por tanto, improcedente y necesitado del tratamiento que para tales despidos prevea la legislación laboral y la consiguiente interpretación judicial. En este último plano hay que hacer mención a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981 (BOE de 22 de diciembre), según la cual cuando el despido se produce tras el ejercicio de derechos derivados de la Constitución no hay opción patronal a ejercitar -readmisión o indemnización- sino que la readmisión es automática al estar viciado el despido de nulidad radical. La aplicación de la doctrina a nuestro caso supondría que una conducta del docente sometida a los límites constitucionales de la libertad de cátedra nunca podría dar lugar a un alejamiento forzoso del centro de enseñanza. La cuestión, clara en sus principios, tendrá, sin embargo, dificultades de aplicación en el plano de la realidad y habrá que esperar a la doctrina judicial para ver como se concreta en el ámbito de la enseñanza la interpretación del Tribunal Constitucional. Al margen de todo ello, y en caso de llegarse a la determinación de la indemnización, se estaría constatando el predominio de la libertad de cátedra en el caso concreto, una libertad imprescindible para un Estado pluralista y que considera, no lo olvidemos, el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10-1 Constitución). Los jueces deberán muchas veces considerar si el libre desarrollo de la personalidad del alumno no es favorecido por la existencia de múltiples voces, respetuosas pero discordantes, sobre todo a partir de una determinada edad que cada vez es más reducida en función del desarrollo acelerado de las formas de convivencia social.

BIBLIOGRAFIA BASICA.

El carácter del trabajo -resumen de una investigación anterior- me ha sugerido la conveniencia de suprimir las notas bibliográficas. Ellas y la amplia investigación en su conjunto pueden encontrarse en mi libro: Las libertades en la enseñanza, edit. Tecnos, Madrid, 1982. Recojo en esta nota bibliográfica solo aquellas obras auténticamente básicas para el tema considerado. Se mencionan solo

Fundación Juan March (Madrid)

las monografías y artículos específicos y no los manuales o tratados generales de derecho administrativo, derecho constitucional o libertades públicas donde hay, naturalmente, tratamientos globales de la cuestión.

A) FRANCESA.

FONTAINE, N.: La liberté d'enseignement. De la loi Debré a la loi Guermeur, les contrats avec l'Etat. Bilan de la legislation scolaire depuis 1959, ed. Union Nationale pour la Promotion Pédagogique et Professionnelle dans l'Enseignement catholique, 2ª ed. Paris, 1978.

MARCOU, G.: La liberté de l'enseignement et la liberté des enseignants, Revue de Droit Public et de la Science Politique (RDPSP), 1, 1980.

MAZERES, J.A.: Les rapports entre l'Etat et l'enseignment privé, - Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, tomo X, Toulouse, - 1962.

NAUROIS P.L. de: La laicité de l'Etat et l'enseignement confessionnel, en La laicité, ed. Presses Universitaires Françaises, Paris, 1960.

PLOUVIN, J.Y.: La notion "des principes fondamentaux de l'enseignement" au sens de l'article 34 de la Constitution et la liberté de l'enseignement, RDPSP, 1, 1979.

RIVERO, J.: Les principles fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnalle?, Dalloz, 1972, crónica.

RIVERO, J.: Nota a la decisión del Consejo Constitucional de 23 de noviembre de 1977, en Actualité Juridique, Droit Administratif, noviembre 1978.

ROBERT, J.: La loi Debré (31-12-1959) sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privé, Revue de Droit Public, 1962.

TOULEMONDE, B.: Libertés et franchises universitaires en France, tesis dactilografiada, 1971, 4 vols.

TROTABAS, J.B.: La notion de laïcité dans le droit de l'Eglise - catholique et de l'Etat républicaine, ed. L.G.D.J., Paris, 1960.

Fundación Juan March (Madrid)

FUNDACIÓN JUAN MARCH LIBRIS

B) ALEMANA.

CARRO, J.L.: Polémica y reforma universitaria en Alemania. Libertad científica, cogestión, numerus clausus, ed. Civitas, Madrid, 1976.

EVERS, H.U.: Verwaltung und Schule, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrers (VVDStRL), 23, 1966.

FROWEIN, J.: Zur verfassungsrechtlichen Lage der Privatschulen - unter besonderen Berücksichtigung der Kirchlichen schulen, ed. De Gruyter, Berlin, 1979.

FUSS, E.W.: Verwaltung und Schule, VVDStRL, 23, 1966.

GECK, W.K.: Die Stellung der Studenten in der Universität, VVDStRL, 27, 1969.

KOTTGEN, A.: Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, en tomo II de Die Grundrechte, Berlin, - 1954.

LINK, Ch.: Privatschulfinanzierung und Verfassung, JuristenZeitung, 1, 1973.

OPPERMANN, Th.: Kulturverwaltungsrecht. Bildung. Wissenschaft. - Kunst, ed. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1969.

PERSCHEL, W.: Die Lehrfreiheit des Lehrers, Die öffentliche Verwaltung (DöV) 1, 1970.

PETERS, H.: Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, en Die - Grundrechte, tomo IV, Berlin, 1960.

RUPP, H.H.: Die Stellung der Studenten in der Universität, VVDStRL, 27, 1969.

C) ITALIANA.

CASSESE, S.: La scuola ideali costituenti e norme costituzionali, Giurisprudenza Costituzionale (GC), 1974, pág. 3646.

CASSESE, S., MURA, A.: Commentario della Costituzione, dirigido - por Giuseppe Branca, en el tomo Rapporti etico-sociali, ed. Nicola Zanicchelli, Bolonia, 1976.

CRISAFULLI, V.: Libertá di scuola e libertá d'insegnamento, GC, 1958, pág. 486.

ESPOSITO, C.: La libertá di manifestazione del pensiero nell'ordi dinamento italiano, ed. Giuffré, Milán, 1958.

Fundación Juan March (Madrid)

LUCIFREDI, R.: I principi costituzionali dell'ordinamento scolastico italiano, Rivista Giuridica della scuola (RGS), 2964,pág.13.
PIZZORUSSO, A.: La libertá d'insegnamento, en La pubblica sicurezza, ed. Neri Pozza, Milán, 1967.
POTOTSCHNIG, U.: Insegnamento, istruzione, scuola, GC,1961, pág. 361.
POTOTSCHNIG, U.: Libertá di Insegnamento, en Enciclopedia del Diritto, tomo XXI, ed. Giuffré, Milán, 1971.
POTOTSCHNIG, U.: Problemi giuridici dell'insegnamento della religione nelle scuola statali, RGS, 1971.
VALENTINI, A.: La libertá d'insegnamento, Rassegna di Diritto Pubblico, (RDP), 1960, I.
ZANGARA, V.: I diritti di libertá della scuola, RDP, 1959, pág. 483.

D) ESPAÑOLA.

ALZAGA, O.: La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático), ed. Del Foro, Madrid, 1978.
CARRO, J.L.: Libertad científica y organización universitaria, Revista española de Derecho Administrativo (REDA) 13, 1977.
CORRAL, C.: Principios inspiradores y garantía de los derechos fundamentales en la enseñanza, en Los acuerdos entre la Iglesia y España, ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1980.
DE ESTEBAN, J.: El régimen constitucional español, ed. Labor, Barcelona, 1980.
DE PUELLES BENITEZ, M.: Educación e ideología en la España contemporánea, ed. Labor, Madrid, 1980.
EMBID IRUJO, A.: El contenido del derecho a la educación,REDA 31, 1981.
GARRIDO FALLA, F.: Comentarios a la Constitución, ed. Civitas, Madrid, 1980.
GOMEZ-FERRER MORANT, R.: El regimen general de los centros privados de enseñanza, Revista de Administración Pública (RAP) 70, 1973.
GUAITA, A.: Instrucción pública, Nueva Enciclopedia Jurídica, (NEJ), XIII, 1968.
LAPORTA, F.J.: Libertad de enseñanza, Constitución y Estatuto de

Fundación Juan March (Madrid)

Centros docentes, Sistema, 40, 1981.

MARTIN-RETORTILLO, L.: ¡Descubramos y potenciemos la hasta ahora inexistente libertad de enseñanza!, en Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado), de próxima publicación.

MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L.: La educación en la Constitución española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza), Persona y Derecho, 6, 1979.

ORTIZ DIAZ, J.: La libertad de enseñanza, ed. Universidad de Málaga, Málaga, 1980.

PRIETO DE PEDRO, J.: Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución, en Lecturas sobre la Constitución española, vol. II, ed. UNED, Madrid, 1978.

ROUCO VARELA, A.R.: El derecho fundamental a la enseñanza religiosa y su reordenación en la Constitución, en Constitución y relaciones Iglesia-Estado, el Biblioteca Salmanticensis, Salamanca, 1978.

RUBIO LLORENTE, F.: Constitución y educación, en Constitución y economía, ed. de Derecho Reunidas y ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

SANCHEZ MORON, M.: Libertad de cátedra y control administrativo,- REDA 6, 1975.

SEVILLA ANDRES, D.: Libertad de enseñanza, NEJ, XV, 1974.

TELLO LAZARO, A.: Ideología y política. La Iglesia católica española, 1936-1959, Tesis Doctoral, Zaragoza, 1980.

VILLAR EZCURRA, J.L.: El derecho a la educación como servicio público, RAP 88, 1979.

Fundación Juan March (Madrid)

FUNDACION JUAN MARCH
SERIE UNIVERSITARIA

TITULOS PUBLICADOS **Serie Azul**

(Derecho, Economía, Ciencias Sociales, Comunicación Social)

17 Ruiz Bravo, G.:
Modelos econométricos en el enfoque objetivos-instrumentos.

34 Durán López, F.:
Los grupos profesionales en la prestación de trabajo: obreros y empleados.

37 Lázaro Carreter, F., y otros:
Lenguaje en periodismo escrito.

74 Hernández Lafuente, A.:
La Constitución de 1931 y la autonomía regional.

78 Martín Serrano, M., y otros:
Seminario sobre Cultura en Periodismo.

85 Sirera Oliag, M.ª J.:
Las enseñanzas secundarias en el País Valenciano.

108 Orizo, F. A.:
Factores socio-culturales y comportamientos económicos.

124 Roldán Barber, H.:
La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma.

128 De Esteban Alonso, J.:
Los condicionamientos e intensidad de la participación política.

135 Santillana del Barrio, I.:
Evaluación de los costes y beneficios de proyectos públicos: referencia al coste de oportunidad en situaciones de desempleo.

153 Maravall Herrero, F.:
Organización industrial, estructura salarial y estabilidad de la inversión: Un análisis del caso español.

155 Alcántara Sáez, M.:
La ayuda al desarrollo acordada a Iberoamérica. Especial referencia al papel concesionario de la C. E. E.

162 Vanaclocha Bellver, F. J.:
Prensa político-militar y sistema de partidos en España (1874-1898).

170 Solé Puig, C.:
La integración socio-cultural de los inmigrantes en Cataluña.

184 Morán Aláez, E.:
La evolución demográfica en España: un test de la teoría de la respuesta multifásica de K. Davis.

185 Moreno Feliú, P. S.:
Análisis del cambio en las sociedades campesinas. Un caso de estudio: Campo Lameiro (Pontevedra).

187 Lojendio Osborne, I.:
La transmisión por endoso del certificado de depósito.

188 Arias Bonet, J. A.:
Lo Codi y su repercusión en España. Los manuscritos 6.416 y 10.816 de la Biblioteca Nacional.

Fundación Juan March (Madrid)