

El presente documento se corresponde con la **versión previa a la revisión de imprenta** del artículo-capítulo referido. Por ello, su contenido no necesariamente se corresponde con lo definitivamente publicado.

La numeración de las páginas del documento se hace coincidir aproximadamente con la de la publicación original.

Se disponen estos documentos a través de este medio a los únicos efectos de facilitar el acceso a la información científica o docente. En todo caso, el acceso oportuno al documento debe ser a través del lugar de su publicación indicado y, en todo caso, nunca deben ser utilizados con ánimo de lucro.

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

Ante cualquier duda, no dude en dirigirse a contacto en www.cotino.net.

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, (Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales), (Coord. por Lorenzo Cotino Hueso), Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, págs. 99-155 (57 págs.).

DERECHOS Y LIBERTADES EN LA ENSEÑANZA Y OBJETO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS DE ANÁLISIS

1. Los múltiples factores que condicionan la proyección de los derechos y libertades en los espacios educativos. Un intento de aproximación

- A) *Centros públicos, privados y concertados*
- B) *Alumnos niños, jóvenes o adultos*
- C) *Multiplicidad de actividades que se dan en los espacios educativos*
- D) *Diversidad de asignaturas y disciplinas del conocimiento*

2. Algunas respuestas del Derecho respecto de los derechos y libertades en los espacios educativos privados y públicos

- A) *Los derechos y libertades en los centros privados: la llamada “Drittwirkung”. Cara y cruz*
- B) *Los derechos y libertades en los centros públicos: la llamada “relación de especial sujeción” de alumnos y profesores con el Estado. El necesario abandono de una categoría clásica*

3. Una propuesta: contenido y límites de los derechos y libertades en función del objeto de la educación

- A) *El objeto de la educación nos sirve para determinar el contenido de los derechos y libertades en la enseñanza*
- B) *Los límites a los derechos como “terapia” para alcanzar la “salud constitucional”*

4. Recapitulación y conclusiones

El conjunto de la presente obra tiene por objeto de atención básico el nexo existente entre la enseñanza y la educación con los derechos y libertades. Dicho nexo se produce en una doble dimensión o perspectiva: de una parte, en el ámbito educativo se ejercen los derechos y libertades constitucionales, así como confluyen también los deberes y responsabilidades; de otra parte, los derechos y libertades forman parte del objeto mismo de la educación (art. 27. 2 CE). La primera dimensión aludida (los derechos y libertades en los espacios educativos) constituye el objeto básico de atención a lo largo de estas páginas, ahora bien, para ello resulta esencial el objeto mismo de la educación.

Los derechos y libertades en el marco de las relaciones que se dan en la enseñanza adquieren una importancia que no se da en otros espacios jurídicos. No en vano, entre los derechos fundamentales se encuentran algunos específicos e inherentes al ámbito de la enseñanza: el derecho a la educación, las libertades de la enseñanza y los derechos de participación en la misma suponen las respuestas constitucionales básicas al espacio educativo. Asimismo, en el espacio efectivo donde se desenvuelve la enseñanza, como en cualquier otro ámbito de la vida, se proyectan tanto los derechos de la personalidad (integridad física y psíquica, intimidad, honor, etc.), que suponen el amparo esencial de la dignidad del sujeto cuanto las libertades públicas generales (libertad ideológica, de expresión, asociación, reunión, etc.), es decir, aquellas libertades que protegen las proyecciones de sociabilidad inherentes al sujeto inmerso en la comunidad. Sin perjuicio de los derechos y libertades específicos de la educación (derecho a la educación, libertad de enseñanza y participación, como ejes primordiales), algunas libertades tienen especial incidencia en éste ámbito, como sucede, en general, con la libertad ideológica y sus diversas manifestaciones (como, entre otros, el derecho de asociación de padres y alumnos, o el de expresión o reunión de estos últimos). Dada la carga ideológica inherente a la educación, estas libertades públicas alcanzan a proteger diversas esferas que no quedan amparadas por las libertades propias de la enseñanza. En conclusión, el ámbito educativo implica un singular espacio para el desarrollo de los derechos y libertades.

A la vez, los derechos y libertades forman parte del objeto de la educación, el establecido expresamente la Constitución en su artículo 27. 2º. El pleno desarrollo de la personalidad humana que se pretende lograr por medio de la educación debe basarse en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. De este modo, los derechos y libertades no sólo encuentran en la enseñanza un medio donde proyectarse, sino que la propia relación educativa queda iluminada por los derechos y libertades, pues constituyen, en buena medida, su fin último. En consecuencia, uno y otro planos en los que se manifiesta la vinculación entre los derechos fundamentales y la enseñanza no juegan de modo independiente, antes al contrario: difícil será lograr un pleno desarrollo de la personalidad basado en el respeto de los derechos y libertades si el ejercicio de éstos no es

"Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis", en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

respetado, cuanto menos, en el medio próximo donde se desenvuelve la enseñanza. Desde el anverso, -y sobre ello pretende incidir la presente reflexión- *hay que adelantar que el objeto de la educación señalado constitucionalmente perfila y modula el alcance constitucional de los derechos y libertades en el marco de la enseñanza, así como los límites de los mismos*. Esto es, la finalidad educativa no es en modo alguno indiferente a la hora de determinar el ejercicio de los derechos y libertades en las relaciones jurídicas educativas.

El presente estudio pretende poner de manifiesto las dificultades y obstáculos que se dan a la hora de elaborar construcciones jurídicas relativas al tratamiento del ejercicio de los derechos y libertades en espacio educativo. Al propio tiempo, aspira, cuanto menos, a advertir la importancia que lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 27 CE puede adquirir al respecto, en tanto válido criterio de homogeneización y directriz en el complejo contexto del ejercicio de los derechos y libertades en los espacios docentes.

Cabe realizar dos precisiones conceptuales. De una parte, se hace referencia genérica a los "operadores educativos", esto es, los distintos sujetos típicos intervinientes en las relaciones jurídicas propias del "espacio educativo": alumnos, docentes, dirección de los centros y, en su caso, padres de alumnos. De otra parte, se atiende al ejercicio de los derechos y libertades en el "espacio", "marco", "ámbito" educativo; el mismo sí que incluye las relaciones jurídicas de los operadores educativos que se produzcan en el lugar físico del centro docente y que puedan incidir en el ámbito de los derechos fundamentales, ya se trate de actividades académicas o que no lo sean. Ahora bien, el "espacio", "marco" o "ámbito" educativo, puede exceder al lugar físico del centro docente; y es que las actividades propias de la vida escolar pueden quedar influidas por circunstancias o actividades externas¹.

Asimismo, también cabe distinguir las nociones de "enseñanza" y "educación". La "enseñanza" viene a suponer la actividad de transmisión de conocimientos de forma ordenada, conducente a la formación del sujeto, por su

¹ Así, por ejemplo, el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan los Derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia, para la enseñanza no universitaria (en adelante RD 732/1995 de derechos y deberes), en su artículo 46 señala que "podrán corregirse las actuaciones del alumno que, *aunque realizadas fuera del recinto escolar, estén motivadas o directamente relacionadas con la vida escolar y afecten a sus compañeros o a otros miembros de la comunidad educativa*".

En este mismo sentido, por cuanto hace referencia al docente, en la STC 5/1981, de 13 de febrero, el Tribunal Constitucional llegó a considerar "que las actividades o la conducta lícita de los profesores *al margen de su función docente* en un centro docente dotado de ideario propio *pueden ser eventualmente consideradas por el titular de éste como una violación de su obligación de respetar tal ideario* o, dicho de otro modo, como una actuación en exceso del ámbito de libertad de enseñanza que la Ley les otorga" (FJ 11º). Esta posición del Tribunal fue adecuadamente confrontada por el voto particular emitido por el Magistrado DIEZ PICAZO, que, en lógica, afirmó que la vida privada del docente no tenía por qué entrar en el ámbito de la confrontación de intereses en juego. Únicamente la vida privada entraría en la medida que el docente la introdujera en el ejercicio de su función.

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

parte, la “educación” implica el resultado de tal proceso en tal sujeto, no por la mera aprehensión de los conocimientos transmitidos sino el desarrollo personal y formación integral adquiridos gracias a la enseñanza². Bajo nuestro objeto de atención, la enseñanza, por su externidad, aparece mayormente relacionada como el marco esencial del ejercicio de los derechos y la educación, por su carácter interno, aparece en buena medida identificada con la finalidad de que los derechos y libertades impregnen la personalidad del sujeto.

1. Los múltiples factores que condicionan la proyección de los derechos y libertades en los espacios educativos. Un intento de aproximación

Realizar un tratamiento genérico del ejercicio de los derechos y libertades en el espacio educativo no es en modo alguno tarea sencilla, y es que no son pocos los factores que contribuyen a ello. Una multiplicidad de circunstancias variables concurren en la relación jurídica de la enseñanza e influyen en la determinación del contenido y los límites de los derechos y libertades que se da en aquel espacio. Entre tales circunstancias cabe mencionar las siguientes: el nivel y tipo de enseñanza de que se trate, la naturaleza pública, privada o concertada del centro educativo, el establecimiento por éste de un carácter propio, las distintas perspectivas, capacidad e intereses de los diferentes operadores educativos, la edad del educando y sus posibles circunstancias particulares, la titulación del docente y la exigida para desempeñar su puesto docente, la materia que se imparte, etc³. Sin ánimo de exhaustividad, veamos cómo afectan estas circunstancias al tratamiento del ejercicio de los derechos y libertades en el espacio educativo.

A) Centros públicos, privados y concertados

En primer lugar, la eficacia de los derechos y libertades se hace depender de la naturaleza pública o privada del espacio educativo de referencia; esta naturaleza en principio viene determinada por la titularidad del centro donde se desenvuelven las relaciones jurídicas educativas. Al respecto cabe distinguir si

² En este sentido, Tomás y Valiente, voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero, punto 5º entiende la enseñanza “como la transmisión de conocimientos científicos” y la educación “como la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología”.

³ La mencionada STC 5/1981, en su FJ 9º, hizo referencia a esta variabilidad de circunstancias, mencionando algunos de los elementos citados. Respecto del contenido de la libertad de cátedra se afirmó que “se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertad. Tales características vienen determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente, en primer término, y el nivel o grado educativo al que tal puesto docente corresponde, en segundo lugar”.

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

se hace referencia a la eficacia de los derechos y libertades en general (derecho a la integridad, a la intimidad, libertad de asociación, de reunión, etc.) o si se alude a los concretos derechos del marco educativo (libertad de creación y dirección de centros, libertad de cátedra, derecho a la participación, etc.).

Por cuanto a la eficacia de los derechos y libertades generales y su proyección en el espacio educativo, desde una perspectiva simple y reduccionista cabe afirmar que pueden darse dos polos: si las relaciones jurídicas se dan en un espacio educativo público, debe seguirse un estricto respeto de los derechos y libertades. En el polo opuesto, es decir, si se trata de la enseñanza privada, se está en la órbita de las relaciones privadas entre particulares y en este contexto jurídico, de hecho, parece relativizarse la eficacia de los derechos y libertades, por lo que basta con un laxo o mínimo respeto de los mismos.

Respecto de los derechos y libertades específicos de la educación y enseñanza, en la Constitución se recoge una divergente confluencia de derechos, bienes o valores constitucionales según se trate de centros de enseñanza públicos o de centros privados. En efecto, la necesaria neutralidad de los centros públicos (artículo 18. 1º LODE⁴) contrasta con el posible establecimiento de un ideario o carácter propio por los centros educativos privados (artículo 22. 1º y 52. 1º LODE y 57 LRU, ex art. 27. 6º CE⁵); del mismo modo, el reconocimiento constitucional de la libertad de creación de centros docentes, con el consiguiente poder de dirección de los mismos (art. 27. 6º CE), implica un encuadre bien diverso al que se produce por las posibilidades de participación por todos los operadores educativos en la organización, gobierno y funcionamiento de los centros de enseñanza sostenidos con fondos públicos (27. 7º CE). Como consecuencia, varía la plasmación real de los derechos y libertades en uno u otro contexto jurídico, si bien, como se insistirá, todo queda a la luz de un mismo objeto de la educación (art. 27. 2º CE). Así, por ejemplo, diverso será el alcance de las libertades del docente (no es la misma la libertad de cátedra del docente en un centro público en el que se deben a la neutralidad,

⁴ Art. 18 LODE: “1º Todos los centros públicos desarrollarán sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el artículo 27. 3º de la Constitución.”

⁵ Art. 22 LODE: “1º En el marco de la Constitución y con respeto de los derechos garantizados en el Título Preliminar de esta ley a profesores, padres y alumnos, los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos.”

Art. 52 LODE: “1º Los centros privados concertado tendrán derecho a definir su carácter propio de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de esta Ley.”

En el caso de las Universidades privadas, dada su lacónica regulación, el derecho a establecer un ideario parece verse incluido en la alusión a la libertad de creación de centros docentes que figura en el artículo 57 LRU, en la medida en que es éste el punto de apoyo que dota de carácter constitucional al establecimiento de un carácter propio. Dicho precepto señala lo siguiente: “La libertad de creación de centros docentes garantizada en el apartado 8 del artículo 27 de la Constitución, comprende la libertad de creación de Universidades y de centros docentes de enseñanza superior de titularidad privada, en los términos establecidos en el presente Título.”

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

que en uno privado, en el que debe respetarse el ideario propio del Centro⁶). El propio estatuto de derechos y libertades del alumno podrá variar con relación a la naturaleza pública o privada, según el desigual carácter ideológico o metodológico de cada centro o Universidad privados y las normas de convivencia y disciplinarias que en éste se establezcan⁷. También, el establecimiento de un carácter propio en el centro privado puede llegar a afectar a las relaciones laborales en su seno (no sólo las estrictamente docentes)⁸.

⁶ Así, en la referida STC 5/1981, en su FJ 10º, se señala que “La libertad de cátedra del profesorado de estos centros [los privados] es tan plena como la de los profesores de los centros públicos, y ni el art. 15 de la LOECE ni ningún otro precepto de esta Ley la violan al imponer como límite de la libertad de enseñanza de los profesores el respeto al ideario propio del centro”. Por cuanto a los enseñantes de centros públicos, en el FJ 9º de esta misma sentencia se recuerda que “La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la LOECE impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita.”

⁷ Así, para los centros públicos –y como más tarde se señala, con matices, para los privados concertados- rige el ya mencionado RD 732/1995 de derechos y deberes (el mismo, como se aprecia detenidamente en el estudio dedicado al estatuto del alumno, debe ser considerado inconstitucional por vicio de legalidad). Sin embargo, de acuerdo al artículo 25 de la LODE, “los centros privados no concertados gozarán de autonomía para establecer su régimen interno, [...] establecer las normas de convivencia”, y por ende establecer, también su régimen de derechos y deberes del alumnado y el régimen disciplinario. Así lo explicita y concreta el Real Decreto aludido, en su Disposición adicional primera (apartado 2º “los centros privados no concertados gozarán de autonomía para establecer sus normas de convivencia y para determinar el órgano al que correspondan las facultades disciplinarias)

Por cuanto a las Universidades privadas, su lacónica regulación (arts. 57-59 LRU) parece permitir una completa autonomía (ex art. 59) para el diseño de sus Estatutos, normas de convivencia, disciplinarias, carácter propio, acceso, participación, etc. El único control público resulta indirecto, a la hora de dotar de homologación y reconocimiento los títulos que imparten por parte del Gobierno estatal o autonómico.

Pocas son las diferencias que se registran, no obstante, respecto del derecho a la asociación de alumnos. Su regulación se contiene en el Real Decreto 1532/1986, de 11 de julio, el mismo rige por igual tanto para asociaciones de alumnos de centros privados o públicos. La única salvedad se encuentra en la obligatoriedad que tienen los directores de centros públicos de disponer locales *permanentes* para las actividades de las asociaciones estables, siempre que sea solicitado por éstas (art. 8. 3º), exigencia que no se da en los centros privados.

⁸ No cabe duda de que la potestad de los centros privados de “seleccionar su profesorado de acuerdo con la titulación exigida por la legislación vigente” (art. 25 LODE) varía el panorama de las relaciones laborales en el centro de modo que, indubitadamente repercute en la propia actividad educativa.

El ideario del centro educativo no sólo afecta a las relaciones académicas, sino a todas las relaciones que se lleven a cabo en el centro educativo, incluso las meramente administrativas o laborales. A pesar de que la STC 106/1996, de 12 de junio afirme que “el respeto al ideario del centro por parte de un profesor está en directa conexión con el tipo de función que éste cumple en el propio centro, esto es, la docencia” (FJ 3º), el Tribunal no excluye que se pueda extrapolar la afección del ideario a otro tipo de asociaciones y empresas, siempre en dependencia de la naturaleza de la actividad que se desarrolle. Sólo baste recordar que en la mencionada STC 5/1981, se reconoció que la vida privada de una docente podría afectar al ideario del centro.

Asimismo, la participación de padres, alumnos y profesores en la dirección del centro variará sustancialmente según se trate de centros públicos o privados⁹.

Llegados a este punto es menester establecer no pocos matices, pues en modo alguno se trata de una simple polaridad público-privado. También hay que dar entrada, principalmente, al estadio intermedio que se produce por la existencia de centros privados sostenidos con fondos públicos; los mismos dan lugar a una hibridez que también afecta al ejercicio de los derechos y libertades en el espacio educativo. En estos centros privados concertados, al estar sostenidos por fondos públicos, pervive el derecho al establecimiento de un ideario o carácter propio privados (art. 52 LODE¹⁰), si bien, por el contrario, se produce una importante limitación del poder de dirección de los titulares. De este modo, la dirección no tiene el derecho de admisión del alumnado¹¹, y en especial, los titulares del centro deben asumir la participación de profesores, padres y alumnos en la gestión y control del organismo en los términos señalados por la ley (art. 27. 7º CE). Esta influencia exógena a los titulares del centro se proyecta en no pocas facetas que afectan al ejercicio efectivo de los derechos y libertades de la comunidad educativa: se influye en el establecimiento del régimen interno, de las normas de convivencia, de contratación, etc¹². Todo ello sitúa a los centros privados concertados en un terreno intermedio por cuanto refiere al tratamiento de los derechos y libertades, tanto los generales, cuanto los particulares de la enseñanza.

⁹ Constitucionalmente la participación de la comunidad educativa en la programación general de la enseñanza se exige con independencia de centros públicos o privados (art. 27. 5º CE). Ahora bien, la participación en la gestión y dirección de los centros por parte de profesores, padres y alumnos sólo se exige respecto de los centros sostenidos con fondos públicos (27. 7º CE). Sin embargo, el artículo 26. 1º LODE constituye una exigencia genérica de la participación también para los centros privados no concertados, ahora bien, bajo la completa libertad de canalización de la misma a través de los reglamentos de régimen interior de los mismos.

¹⁰ El mismo dispone que "1. Los centros concertados tendrán derecho a definir su carácter propio de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de esta ley. 2. En todo caso, la enseñanza deberá ser impartida con pleno respeto a la libertad de conciencia. 3. Toda práctica confesional tendrá carácter voluntario."

¹¹ El artículo 53 LODE no permite el derecho de admisión de alumnos por parte de la dirección de los centros, sino que la admisión se fija por los mismos criterios de los centros públicos.

¹² A este respecto cabe acudir a los artículos 54 y ss. LODE (admisión de alumnos, articulación de la participación de la comunidad escolar, acceso del personal docente, resolución de conflictos entre el titular del centro y el Consejo escolar). Por cuanto a las normas de convivencia y disciplinarias, de necesaria influencia en la virtualidad de los derechos y libertades de los escolares, el mencionado RD 732/1995 de derechos y deberes, en su Disposición adicional primera, apartado 1 señala su aplicación a los centros concertados "en aquello que les afecte con arreglo a la normativa vigente". Las competencias que se atribuyen en este Real Decreto al Jefe de estudios serán realizadas en los centros docentes concertados por las personas que se determinen en sus respectivos Reglamentos de régimen interior Sin necesidad de un análisis exhaustivo de lo enunciado, puede considerarse que los centros concertados vienen a configurarse como un tercer modelo por su propia hibridez.

Por último, cabe señalar que a los entes privados que imparten enseñanzas que no conducen a la obtención de titulaciones de validez académica se les posibilita la plena vigencia del derecho común (art. 24 LODE). Ello supone una *huida* o relativización de las exigencias constitucionales aun mayor que la permitida para el caso de los centros privados.

Tras lo expuesto, puede ya adelantarse la heterogeneidad proveniente del carácter público o privado del centro educativo y las consecuencias que ello pueda tener respecto del alcance de los derechos fundamentales de los diversos operadores educativos.

B) Alumnos niños, jóvenes o adultos

Como el eje basilar del sistema educativo no es otro que el educando, respecto del mismo se articulan los tipos y niveles de enseñanza (de forma acorde con las condiciones propias de la edad y, en su caso, de las posibles condiciones especiales del alumno –arts. 3. 5º, 36 y 37 LOGSE¹³-). Sin perjuicio de la naturaleza pública, privada o concertada del centro, el ejercicio de los derechos y libertades por los operadores educativos en el espacio docente queda condicionado en muy buena medida por la edad del educando y, por ende, por el nivel y tipo de enseñanza de que se trate. No es momento de particularizar de modo exhaustivo cómo puede variar el ejercicio de los derechos y libertades de los operadores educativos en cada grado, ciclo, etapa, nivel o tipo de enseñanza¹⁴, entre otras razones por cuanto no tendría plena razón de ser. Al fin y al cabo, tales parcelaciones son reflejo del *continuum* que supone la educación evolutiva del sujeto, y precisamente están destinadas a permitir la continua transición (art. 2. 2º LOGSE). No obstante, pese a la imposibilidad de realizar una completa segmentación, sí es posible realizar diversas reflexiones generales en relación con la edad del alumno y el nivel educativo.

La edad (como circunstancia básica) afecta a la titularidad y ejercicio de los propios derechos del estudiante¹⁵. Las facultades que incluye el propio derecho

¹³ Según dispone la LOGSE en su Disposición adicional segunda. " se entiende por alumnos con necesidades educativas especiales aquellos que requieran, en un período de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas por padecer discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, por manifestar trastornos graves de conducta, o por estar en situaciones sociales o culturales desfavorecidas."

¹⁴ La LOGSE articula el sistema educativo en enseñanzas de régimen general y de régimen especial. Las primeras se ordenan en educación infantil, primaria, secundaria (obligatoria, bachillerato y formación de grado medio), profesional de grado superior y educación universitaria. Las enseñanzas especiales incluyen las artísticas y las de idiomas (art. 3 LOGSE). Asimismo, el sistema educativo se organiza en niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza (art. 2. 2º LOGSE).

¹⁵ La edad es la circunstancia básica, si bien, como es obvio, no es la única. Las discapacidades físicas o psíquicas condicionan tanto la educación a recibir como la titularidad y ejercicio de los derechos, y en especial, de las libertades por parte de los educandos. A este respecto, el artículo 3. 5º

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

a la educación del alumno varían con relación a la edad y el nivel de enseñanza de que se trate. Así, la ley de leyes sólo exige el derecho a la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza para la enseñanza básica (art. 27. 4º CE¹⁶). De este modo, parece constitucionalmente admisible el establecimiento de requisitos y limitaciones para el acceso a determinados estudios, en razón de la limitada capacidad de su prestación (en especial, arts. 25 y ss. LRU) siendo que tales limitaciones y requisitos no cabrían en modo alguno para la enseñanza básica. En paralelo, si bien por disposición legal, el derecho a la escolaridad sólo alcanza hasta la mayoría de edad¹⁷. Más allá del propio derecho a la educación del alumno, su estatuto general de derechos y obligaciones varía sensiblemente en razón de su edad¹⁸.

En el ámbito más concreto de los derechos y libertades constitucionales, hay que señalar que de la edad del educando se hace depender tanto la

LOGSE señala que “Las enseñanzas recogidas en los apartados anteriores se adecuarán a las características de los alumnos especiales.”

Tanto respecto de la edad, cuanto por lo que refiere a otras posibles circunstancias, resulta conveniente acudir a SÁNCHEZ FERRIZ, R., Estudio sobre las libertades, (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, en su apartado dedicado a “Los Titulares de los derechos constitucionales”, págs. 158 y ss. y “Titulares de las libertades públicas”, págs. 248 y ss. En particular resulta relevante acudir a la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar con relación a los menores de edad (condición usual de los educandos); asimismo cabe tener en cuenta las tres posibilidades de simple titularidad, ejercicio efectivo y defensa procesal. Para el caso de las libertades, dada su condición de “derechos activos” (que precisan ejercerse), la capacidad jurídica y la capacidad de obrar se ven sustituidas por la “capacidad natural” (esto es, la capacidad efectiva de reunirse, asociarse, expresarse, etc.) que la autora entiende “como capacidad para un ejercicio real, material, de la respectiva libertad, sólo sujeto (pero en todo caso a mi juicio, sujeto) a las facultades correctivas o “disciplinarias” que de la patria potestad pudieran derivarse” (cfr. ob. cit. pág. 248).

¹⁶ Según dispone el artículo 5 LOGSE “la educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la enseñanza básica”.

¹⁷ En virtud del artículo 6. 2º LOGSE “Los alumnos tendrán derecho a permanecer en los centros ordinarios, cursando la enseñanza básica, hasta los 18 años de edad”.

¹⁸ Como clara muestra de ello, el RD 732/1995 de derechos y deberes, en su artículo 2 dispone que “Todos los alumnos tienen los mismos derechos y deberes básicos sin más distinciones que las derivadas de su edad y de las enseñanzas que se encuentren cursando”. En este sentido, la Disposición adicional segunda señala que “Lo dispuesto en este Real Decreto se aplicará en los centros de educación infantil, educación primaria y educación especial con las adaptaciones que sean precisas de acuerdo con las características y edad de sus alumnos”; ello es así en coherencia con el preámbulo de esta norma, que recuerda que “el Reglamento de régimen interior del centro desarrolla, concreta y adapta los derechos declarados a las especiales condiciones del centro, a su proyecto educativo y a las necesidades propias de la edad y madurez personal de sus alumnos.”

Asimismo, por ejemplo, su artículo 6. 2. 3 recuerda que “El pleno desarrollo de la personalidad del alumno exige una jornada de trabajo escolar acomodada a su edad.” Por cuanto al régimen disciplinario del alumnado, el art. 43 2º d) precisa que “los órganos competentes para la instrucción del expediente o para la imposición de correcciones deberán tener en cuenta la edad del alumno, tanto en el momento de decidir su incoación o sobreseimiento como a efectos de graduar la aplicación de la sanción cuando proceda.” La protección a la menor edad se aprecia, también, en la agravante en la calificación de la falta que supone “Causar daño, injuria u ofensa a los compañeros de menor edad”(art. 45. 2. b)).

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

protección de sus derechos de la personalidad cuanto su capacidad de ejercer sus libertades públicas; pero aún es más, el estatuto de derechos y libertades del alumno *arrastra* al estatuto de libertades públicas del resto de los operadores educativos (padres, centros y docentes). Veamos pausadamente lo afirmado.

b. 1. La protección de los derechos de la personalidad del alumno y las libertades de los centros y profesores

El educando, por su mera condición de persona, es titular de los diversos derechos de la personalidad (dignidad, vida, integridad, honor, intimidad, etc.)¹⁹. Estos derechos no se ejercen, se poseen sin más y, ante cualquier atentado, se reacciona automáticamente en su defensa. Así, los educandos menores de edad son titulares de estos derechos (cuestión diferente es la capacidad que se requiere para su defensa procesal, que por lo general la ostentarán los padres de los alumnos menores²⁰). En sus respectivas actividades, la dirección del centro o los enseñantes pueden afectar a estos derechos de la personalidad del alumno (en singular, su dignidad y su integridad física y moral); podrán hacerlo con relativa facilidad si el educando es un niño, con mayores dificultades si se trata de un adolescente, y de forma casi extraordinaria podrá ser dañada tal integridad física o moral en el ejercicio de la actividad educativa o de dirección si se trata de un alumno adulto. En este sentido, especialmente en aras de la protección de los derechos de la personalidad del alumno menor, adquiere virtualidad en el ámbito de la enseñanza la “protección de la infancia”. Se trata, no olvidemos, de un bien constitucional reconocido de forma expresa (art. 39. 4º CE) que, con la protección de la juventud²¹, se configura como límite constitucional expreso (art. 20. 4º CE) a los derechos reconocidos en el artículo

¹⁹ Así, la LODE explícitamente el artículo 6. 1º d) reconoce el derecho del alumno a que se respete su integridad y dignidad personales. De modo más concreto, el RD 732/1995 de derechos y deberes, en su artículo 17 reprueba que los alumnos puedan “ser objeto, en ningún caso, de tratos vejatorios o degradantes o que supongan menosprecio de su integridad física o moral o de su dignidad. Tampoco podrán ser objeto de castigos físicos o morales” (art. 9. 1º). “Todos los alumnos tienen, asimismo derecho a que su actividad académica se desarrolle en las debidas condiciones de seguridad e higiene” (9. 2º); por cuanto a la intimidad se completa esta regulación disponiendo que “Los Centros docentes estarán obligados a guardar reserva sobre toda aquella información de que dispongan acerca de las circunstancias personales y familiares del alumno, sin perjuicio de la comunicación inmediata a la Administración Pública competente cuando dichas circunstancias puedan implicar malos tratos para el alumno o cualquier otro incumplimiento de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores” (9. 3º)

²⁰ Cfr. SÁNCHEZ FERRIZ, *Estudio sobre las libertades*, cit. pág. 249, en relación con lo afirmado en las págs. 158 y ss. antes referido.

²¹ Al respecto del tratamiento constitucional de la juventud, entre otros, de índole descriptiva, RALLO LOMBARTE, Artemi, “La juventud como sujeto titular de derechos constitucionales”, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 2, 1992, págs. 105-118, en concreto, el apartado dedicado al “Derecho de protección a la juventud frente al ejercicio de los derechos previstos en el art. 20 de la Constitución”, págs. 109-110

20, entre los que se encuentra, precisamente, la libertad de cátedra. Así pues, la protección de la infancia (y con diversa intensidad, la protección de la juventud) puede jugar como potencial justo título de limitaciones de las libertades de la enseñanza de centros y docentes. De este modo, la garantía de los derechos de la personalidad de los alumnos, articulada básicamente a través de la protección de la infancia, supondrá restricciones en el ejercicio de las libertades por parte de centros y docentes. Tales limitaciones podrán adquirir mayor gravedad conforme menor sea la edad de los alumnos, asimismo, a menores edades cobrarán mayor justificación las intervenciones de las distintas autoridades educativas públicas²².

b. 2. Las libertades públicas de centros, profesores, padres y alumnos según la capacidad natural de estos últimos

1º Las libertades públicas del estudiante según su edad

A diferencia de los derechos de la personalidad (vida, integridad, intimidad, etc.) que simplemente se poseen, las libertades públicas (libertad ideológica, religiosa, de expresión, de reunión, de asociación, etc.) requieren ejercerse. De ahí que haya que tener en cuenta la capacidad natural del educando para poder ejercer tales libertades públicas. Como es lógico, dicha aptitud natural se relaciona básicamente con la edad; ahora bien, para ejercer tales libertades no se requiere la mayoría de edad legal que se exige para votar. Se precisa capacidad para pensar, expresarse, etc. pero, en principio, no es menester tener una edad determinada. (Por ejemplo, no hace falta ser mayor de edad para opinar sobre la actualidad en la televisión, bastará con que quienes emiten el programa estimen suficiente la capacidad del interlocutor para ello). De este modo, por lo general las libertades públicas podrán ejercerse total o parcialmente con carácter previo a la mayoría de edad. Eso sí, a salvo de las incapacitaciones declaradas judicialmente, cuando se alcanza la mayoría de edad se tiene ya la plena capacidad para el ejercicio de estas libertades.

Así pues, el alumno, a la vez que desarrolla plenamente su personalidad, adquiere tal capacidad natural para ejercer las libertades públicas que tienen su proyección en el ámbito de la enseñanza. En función de la capacidad del estudiante, éste puede ejercer sus libertades de asociación²³, de reunión o de

²² En este sentido, por ejemplo, aunque no se trate de impartir enseñanza reglada alguna, el artículo 24 LODE, somete a autorización administrativa a los centros privados que acojan a niños de edades correspondientes a la educación infantil.

²³ Tales asociaciones se reconocen en el art. 7 LODE, desarrollado por el Real Decreto 1532/1986, de 11 de julio, por el que se regulan las asociaciones de alumnos, desarrollado a su vez por Orden Ministerial de 27 de mayo de 1987, su inscripción registral se regula por el Real Decreto 397/1988, de 24 de abril. En el marco de la enseñanza secundaria vienen reguladas en el Título VIII (artículo 78) del Real Decreto 83/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria.

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

manifestación²⁴, entre otras²⁵. De igual forma, según el nivel educativo en el que se sitúe, el escolar podrá participar en la enseñanza²⁶. Asimismo, la libertad de estudio del alumno²⁷, sólo tendrá cabida, prácticamente, en el marco de las

La edad sí que es tomada en consideración a efectos del ejercicio de la asociación estudiantil, así, en el artículo 2 del Real Decreto 1532/1986 se advierte que “Podrán asociarse todos los alumnos de los Centros docentes señalados, a excepción de los que cursen la Educación Preescolar y los ciclos inicial y medio de la Educación General Básica”.

²⁴ El artículo 8 LODE garantiza el derecho de reunión de los alumnos en los centros docentes.

²⁵ Cabe destacar, no obstante, la exclusión al colectivo estudiantil de la titularidad del derecho de huelga. Sobre el particular hay que señalar la STS de 6 de mayo de 1991 (Sala 3ª) relativa al reconocimiento de este derecho de huelga en el proyecto de Estatuto de la Universidad Autónoma de Madrid, que, no obstante, no fue incluido en el finalmente aprobado por medio del Real Decreto 1085/1989, de 1 de septiembre. El Tribunal Supremo, en el FJ 6º, señaló que la titularidad de este derecho “excluye a los alumnos en sus relaciones con los enseñantes en el ejercicio de sus derechos de educación y en consonancia con el deber de estudios”.

²⁶ Derecho reconocido tanto respecto de la programación general de la enseñanza (artículo 27. 5º CE), cuanto en lo tocante a la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos (27. 7º CE). Los derechos de la participación del alumnado se recogen de forma genérica en el art. 6. 1º e) LODE, arts. 2. 2º y 3º LOGSE, arts. 19 y 30 RD 732/1995 de derechos y deberes y, respecto del ámbito universitario, por los arts. 4 y 26 de la LRU.

Como no podía ser de otra forma, en la etapa de educación infantil (hasta los seis años de edad, art. 7 LOGSE) el alumno queda excluido de la participación en la enseñanza, ostentando los padres la defensa de sus intereses; a partir de la educación primaria (desde los seis a los doce años de edad, art. 12 LOGSE) resulta posible la participación de los educandos en el Consejo Escolar en los términos que se establezcan en los reglamentos orgánicos de los centros (ex art. 12. 2º LOPEG). En este sentido, el Real Decreto 82/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las escuelas de educación infantil y de los colegios de educación primaria) prescribe en su art. 8. 7º que “Los alumnos podrán estar representados en el consejo escolar del colegio de educación primaria, con voz, pero sin voto, en las condiciones que establezca el proyecto educativo del centro”.

Los alumnos del primer ciclo de educación secundaria (de 13 a 14 años de edad) ya pueden participar en los Consejos, con la única excepción de la facultad de participar en la elección o cese del Director del Centro (art. 12. 1º LOPEG). Tanto los alumnos del segundo ciclo de educación secundaria (15 y 16 años) cuanto los alumnos de los dos cursos del Bachillerato pueden representar a sus compañeros y participar en el Consejo Escolar en plenitud de facultades. Por último, en las enseñanzas universitarias, es el alumnado quien asume plenamente la representación de sus intereses (arts. 4 y 26. 4º LRU).

En todo caso, cabe recordar, que, constitucionalmente, en las etapas intermedias de la adolescencia, se deberá fomentar del sentido participativo de la juventud, (ex artículo 48 CE), lo cual conlleva la exigencia de que tanto docentes como centros estimulen el ejercicio de las libertades públicas de los estudiantes. Al respecto de la participación de los jóvenes, entre otros, RUIZ RICO, Juan J. “Artículo 48. Participación de la Juventud”, en *Comentarios a las leyes políticas*, dirigida por Óscar Alzaga. Tomo IV. Edersa, Madrid, 1983, págs. 351-352 y RALLO LOMBARTE, Artemi, “La juventud... cit. en concreto, el apartado dedicado al “Derecho de participación de los jóvenes”, págs. 110-112.

²⁷ Reconocida genéricamente en el artículo 2 de la LRU a docentes investigadores y estudiantes. Tal libertad de estudio del alumno viene a plasmarse en su libertad en la elección de asignaturas no obligatorias y, básicamente, en la elección de medios para la preparación y estudio de las materias así como, en su caso, en la opción por corrientes o posiciones concretas en el entendimiento y/o aprehensión y asimilación de conocimientos. Esta libertad de los alumnos suele ser reconocida estatutariamente por cada Universidad, constituyendo una proyección de la genérica libertad de enseñanza del artículo 27. 1º CE y de la libertad de producción y creación literaria, artística,

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

enseñanzas impartidas a mayores de edad –por su pleno grado de discernimiento- y, en particular, en el marco de las enseñanzas universitarias –por el calado y naturaleza de las materias impartidas.

2º Derechos y libertades de padres e hijos: una relación dinámica

La edad del alumno no sólo condiciona sus propias libertades, sino también las del resto de los operadores educativos (padres, docentes y centros). Respecto de los primeros, cabe recordar que los padres ostentan su derecho subjetivo a elegir el tipo de educación religiosa y moral de hijos de acuerdo con sus convicciones (art. 27. 3º CE). Pues bien, este derecho *debe desvanecerse* conforme el hijo va adquiriendo la capacidad natural para ejercer su libertad ideológica y religiosa²⁸. De ahí que pueda ponerse en duda la admisibilidad de

científica y técnica (art. 20. 1º d)). Al respecto, véanse los autor del Tribunal Constitucional 817 y 885 de 1985, si bien, la misma ocupa el centro de atención de uno de los estudios incluidos en la presente obra.

²⁸ En este sentido, cabe hacer mención a las reflexiones de Antonio Torres del Moral en su prólogo a prólogo a RODRÍGUEZ COARASA, Cristina, *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 15 a 20, en concreto, págs. 18 y ss., donde el catedrático de la UNED se detiene en los apartados séptimo y tercero del art. 27 CE, relativos a las facultades constitucionales reconocidas a padres y a alumnos. A través de una lectura del apartado séptimo deduce, con carácter general, que las facultades conferidas a los padres en el ámbito de la educación no lo son en favor de éstos, sino de sus hijos, es decir, de los alumnos. Esta consideración la aplica con relación al derecho paterno a que los hijos reciban una educación conforme a sus propias convicciones, derecho reconocido en el apartado tercero del art. 27 CE. En consecuencia, Torres del Moral afirma que lo que la Constitución reconoce es un derecho del alumno que “en su caso” –como en el apartado séptimo– puede ser ejercido por los padres o tutores del educando.

Cierto es que en el ámbito de la enseñanza se reconocen a los padres una serie de potestades en interés del hijo –del alumno– y no en su interés propio; así, cabe mencionar los derechos de participación paterna reconocidos en los apartados quinto y séptimo del art. 27. Sin embargo, no resulta tan claro –a mi juicio– que el derecho paterno a elegir la enseñanza acorde a las propias creencias (art. 27. 3 CE), esté reconocido sólo en interés del alumno, del hijo. El derecho que se reconoce en el apartado tercero es una concreción constitucional del alcance de la libertad ideológica y religiosa en el ámbito de la enseñanza, concreción que ha sido singularmente garantizada por voluntad de nuestro constituyente. Resulta del todo positivo que se realice una lectura de este precepto que subraye el derecho del alumno a recibir una educación acorde a sus propias convicciones, una vez éste adquiera la capacidad natural para ejercer su libertad ideológica o religiosa. Ahora bien no se puede desconocer que el derecho reconocido en el apartado tercero sí que ampara un interés subjetivo de los padres: el interés particular de éstos de que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde a *sus* propias creencias. Esto es así, a diferencia de las facultades de participación paterna reconocidas en los apartados quinto y séptimo, que sólo son en favor de los intereses del alumno. Este interés paterno amparado por el art. 27. 3 CE, no tiene por qué resultar paralelo a los intereses de los hijos, quienes no dejan de ser meros beneficiarios o sujetos pasivos de la formación conforme a las convicciones paternas, puesto que así quedó recogido en la norma suprema.

Sin perjuicio de ello, cuando el alumno adquiera la capacidad natural para ejercer su libertad ideológica y religiosa el art. 27. 3 CE dejará de amparar intereses subjetivos paternos y, tal y como afirma Torres del Moral, únicamente representará una garantía específica de la libertad ideológica y religiosa del alumno. (En este sentido, véase mi recensión al libro en el que se contiene el prólogo de este autor, así como, en especial, mi trabajo COTINO HUESO, L., “Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar

"Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis", en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

la actual regulación por la que el educando sólo puede optar por seguir o no enseñanzas religiosas cuando adquiriera la mayoría de edad²⁹. Aunque con matices jurídicos que lo diferencian del supuesto anterior, algo semejante sucede con las facultades paternas de participación en la gestión y control de los centros educativos sostenidos con fondos públicos (art. 27. 7 CE). Tales facultades paternas se *trasladan* a los alumnos en razón al incremento de su capacidad para la defensa de sus intereses.

Así, como no podía ser de otra forma, se excluye a los educandos de la participación en la enseñanza infantil y quedan también prácticamente excluidos en la educación primaria³⁰, mientras que en la enseñanza secundaria se concede a los estudiantes una representación numérica mayor que a los

el diseño constitucional del sistema educativo", en el número monográfico doble de la revista *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 22/23, correspondiente a invierno/primavera de 1998, publicado en enero de 1999, dedicado a la libertad de cátedra y la autonomía universitaria, págs. 89-136.

²⁹ Resulta cuanto menos discutible la regulación al respecto, lo dispuesto en el RD 732/1995 de derechos y deberes, en su artículo 16. 2. c). Ahí se afirma que la opción por la enseñanza religiosa se realizará por los padres hasta la mayoría de edad del alumno ("c) La elección por parte de los alumnos o de sus padres o tutores, si aquéllos son menores de edad, de la formación religiosa o moral que resulte acorde con sus creencias o convicciones, sin que de esta elección pueda derivarse discriminación alguna"). Esta decisión normativa se reitera en el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, que regula la enseñanza de la religión (art. 3 "Los padres o tutores de los alumnos, o ellos mismos si fueran mayores de edad, manifestarán, voluntariamente [...] su deseo de cursar las enseñanzas de Religión".)

Tales disposiciones no dan opción a la posible negativa del alumno, que es el objeto de tal enseñanza, siendo que éste puede gozar ya de una capacidad cuanto menos suficiente como para decidir por sí mismo su opción por la formación religiosa y moral. Teniendo en cuenta que la educación no universitaria, bajo presupuestos normales, concluye a la edad de los 18 años, esto vacía de contenido, a mi juicio, declaraciones contenidas en la regulación del estatuto del alumno como el reconocimiento del derecho del alumno a una "formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones" (artículo 6. 2. c)) o el "derecho a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas, morales o ideológicas, así como su intimidad en lo que respecta a tales creencias o convicciones" o al "fomento de la capacidad y actitud crítica de los alumnos que posibiliten a los mismos la realización de opciones de conciencia en libertad" (derechos reconocidos en el propio artículo 8). Ahora bien, no puede dejarse de atender una realidad –si bien, difícilmente constatable– por la que, en la práctica, es el alumno quien completa su matrícula y en ella dispone si cursa o no de tales enseñanzas religiosas.

³⁰ En este sentido, el Real Decreto 82/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las escuelas de educación infantil y de los colegios de educación primaria a la hora de señalar la composición numérica de los Consejos escolares, otorga la representación de los intereses de los alumnos a los padres. Sin perjuicio de que los alumnos de educación primaria (no la infantil) puedan estar representados con voz, pero sin voto (artículo 8. 7º).

El número de componentes varía en función del número de unidades de que conste, si bien, la relación de fuerzas en se mantiene proporcionalmente. Así, en los centros que cuenten con una o dos unidades, el Consejo se compone de tres miembros, siendo uno de ellos un padre; en los centros de dos a cinco unidades, con seis miembros, dos padres; de seis a nueve, con ocho miembros, tres son padres y, por último, en los centros de nuevo o más unidades, con catorce miembros, cinco son padres (cfr. art. 8 apartados 3º a 5º de la citada norma).

padres³¹. Por último, dado que los alumnos son mayores de edad, en las enseñanzas universitarias ya no hay lugar a la participación paterna, siendo el alumnado quien asume plenamente la representación de sus intereses. En resumen: mientras los alumnos gradualmente van adquiriendo la posibilidad de representar sus intereses, esta participación va desplazando a la de sus padres. Ello demuestra que la participación concedida a los padres en la Constitución no tiene otro sentido que la defensa de los intereses de sus hijos, es decir, de los alumnos. Así se entiende que la participación de padres y alumnos en órganos como los Consejos Escolares de Centro se establezca de forma conjunta (padres y alumnos se reparten un mínimo de un tercio de los componentes del Consejo, art. 10. 1º e) LOPEG). Cabe apuntar que en este caso no se trata de un derecho paterno que se *desvanece* (como sucede con el derecho a elegir la educación de los hijos) sino de la traslación gradual del ejercicio de unas facultades que tienen un mismo fin, la defensa de los intereses del alumno. A diferencia de aquel derecho de los padres (en interés de los propios padres), en este caso, lo que sucede es que la defensa de los intereses de los educandos deja de articularse a través de los padres, pasando a su titular original, el alumno.

3º Libertades públicas de centros y docentes y edad del alumno

Al margen de los derechos de los padres de alumnos, hay que señalar también cómo la total o parcial capacidad para el ejercicio de las libertades públicas por los educandos (libertad de asociación, expresión, reunión, de estudio, etc.) condiciona el alcance de las libertades de los profesores y de la dirección del centro (libertad de cátedra del alumno, la dirección del centro conforme a su ideario, etc.). Con anterioridad se afirmaba que la "protección de la infancia" (garantía de los derechos de la personalidad del educando), suponía un límite al ejercicio de la actividad de centros y docentes, a la vez que legitimaba las actuaciones de las autoridades públicas educativas. Ahora la perspectiva es diversa, se trata de la modulación de las libertades de centros y docentes en razón de la capacidad natural del alumnado para ejercer sus libertades públicas.

En el ejercicio de sus libertades de enseñanza, los docentes y los centros deben cuidarse de llevar a cabo prácticas conducentes al adoctrinamiento y manipulación del alumno³², bien sencillas de efectuar sobre educandos de

³¹ Según el Real Decreto 83/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria, en su artículo 7 que regula la composición del Consejo Escolar de los institutos, determina en general (art. 7. 2º) un número total de dieciocho miembros con voto, de entre ellos, tres padres y cuatro alumnos. Para el caso de centros con menos de doce unidades (art. 7. 3º), catorce miembros con voto, de entre ellos, dos padres y tres alumnos.

³² Así, en el artículo 8. 2. D) del RD 732/1995 de derechos y deberes se dispone que "En los términos previstos en los artículos 18 y 22 LOPE [neutralidad pública, respecto derecho elección

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

edades infantiles, si bien se dificultan conforme madura el intelecto del estudiante. Con el desarrollo intelectual del educando aumenta de forma natural su grado de discernimiento de las diversidades ideológicas y su capacidad de opción y resistencia sobre las mismas, dificultándose así la posibilidad de manipulación. En consecuencia, el ejercicio de las libertades de docentes y de titulares de centros adquirirá mayor amplitud conforme se eleva la edad del alumnado.

De este modo, por ejemplo, el maestro de enseñanza primaria tiene grandes restricciones a la hora de exponer sus preferencias ideológicas en el ejercicio de una muy atemperada libertad de cátedra; tales limitaciones se justifican en favor de la genérica protección de la infancia, de su integridad moral, así como en defensa de la concreta libertad ideológica del escolar, que aún no está en condiciones de ejercer en plenitud³³. Dichas limitaciones a las que se ve sometido el maestro de impúberes no deberán guardarse, por ejemplo, por el profesor universitario, quien no verá su libertad de cátedra limitada por este concepto ante estudiantes con plena capacidad para el ejercicio de sus libertades públicas³⁴.

paterna y derecho al carácter propio del centro], las enseñanzas se basarán en la objetividad y excluirán toda manipulación propagandística o ideológica de los alumnos, sin perjuicio del derecho a la libertad de expresión, que se ejercerá en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.” Como el propio tenor del precepto desprende, puede apreciarse la compleja articulación de derechos fundamentales en presencia, con la protección de la infancia y juventud como telón de fondo.

³³ Así, el Tribunal constitucional en la referida STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9º señalaba que:

“Junto a este contenido puramente negativo, la libertad de cátedra tiene también un amplio contenido positivo en el nivel educativo superior que no es necesario analizar aquí. En los niveles inferiores, por el contrario, y de modo, en alguna medida gradual, este contenido positivo de la libertad de enseñanza va disminuyendo puesto que, de una parte, son los planes de estudios establecidos por la autoridad competente, y no el propio profesor, los que determinan cuál haya de ser el contenido mínimo de la enseñanza, y son también estas autoridades las que establecen cuál es el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor (art. 27. 5 y 8) y, de la otra y sobre todo, éste no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones.”

En el FJ 10º recuerda que “la definición del puesto docente viene dada [...] por las características propias del nivel educativo”.

³⁴ Por su parte, Tomás y Valiente, en su voto particular, punto 13º, afirma que:

“la libertad de cátedra está limitada por el respeto a los derechos contenidos en el Título I de la Constitución y a los preceptos de las Leyes que los desarrollen [...] Implica también el reconocimiento, como límite específico de aquella libertad, de «la protección de la juventud y de la infancia»; el grado de madurez personal de los destinatarios de la enseñanza y el nivel científico de los conocimientos que a ellos se han de transmitir condicionan la amplitud de la libertad que cada profesor puede ejercer: amplitud muy variable en relación con quienes enseñen en los centros escolares regulados por la Ley Orgánica 5/1980, ya que en ellos se comprenden desde los más elementales niveles de enseñanza hasta los cursos del Bachillerato y de Orientación universitaria, más cercanos ya a la enseñanza universitaria, tanto porque en parte (el COU) sirven de preparación para ella como porque con frecuencia los alumnos de BUP y de COU han superado el tope constitucional de la mayoría de edad (art. 12 de la CE)”.

En la misma dirección, los poderes de dirección de los centros, ya sean públicos, privados o concertados también deben adecuarse al nivel educativo y a la edad del alumnado. La edad de los estudiantes debe tenerse en cuenta en la generación y aplicación de las normas de régimen interno de los centros. En esta dirección, se exige que la edad sea tenida en cuenta a la hora de determinar posibles responsabilidades disciplinarias de los alumnos (cuanto menos para los sostenidos con fondos públicos³⁵).

C) Multiplicidad de actividades que se dan en los espacios educativos

Hasta el momento se ha observado la naturaleza pública o privada de la relación jurídica y la edad del alumno y el nivel de enseñanza de que se trate. Cabe advertir ahora otro eje que pone de manifiesto la elasticidad del desarrollo de los derechos y libertades en el marco de la enseñanza: la diversa naturaleza de las actividades comprendidas en el espacio educativo.

Así, en primer orden, pueden distinguirse las actividades académicas y las no académicas. Entre las académicas pueden considerarse las actividades educativas (la docencia o la actividad tutorial) y las actividades no educativas (evaluación, diseño curricular, programación docente, actividad investigadora, innovadora o experimental, etc.). Entre las actividades no académicas, de un lado puede discernirse las actividades complementarias (deportivas, culturales, asistenciales, etc.) y las extraescolares (viajes, intercambios, etc.) De otro lado, hay que subrayar las actividades de gobierno, organización, funcionamiento, gestión y control del centro educativo, siendo, además, que todas ellas quedan vinculadas por lo general con la participación en la enseñanza.

Lo significativo es que en todo el elenco de diversas actividades que tienen lugar en el espacio docente entran en juego, con mayor o menor intensidad, no sólo los derechos y libertades propios del ámbito educativo en particular (art. 20. 1º c) y art. 27 CE), sino también todos los derechos y libertades. No en vano unos y otros constituyen tanto las pautas de actuación cuanto son objeto del deber de respeto tanto en las actividades académicas como en las no académicas, a la vez que forman parte del objeto mismo de la educación (art. 27. 2º CE). Aún es más, más allá del respeto, el espacio educativo debe ser el marco idóneo para la concreta participación y para el ejercicio de las libertades públicas, en especial, las propias del ámbito de la enseñanza (poder de dirección privado, libertad de cátedra, libertad de estudio, etc.)

³⁵ Así, en el RD 732/1995 de derechos y deberes, en su artículo 43. 2º. d) dispone que "De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 del presente Real Decreto [en el que se recogen las sanciones posibles], los órganos competentes para la instrucción del expediente o para la imposición de correcciones deberán tener en cuenta la edad del alumno, tanto en el momento de decidir su incoación o sobreseimiento como a efectos de graduar la aplicación de la sanción cuando proceda

c. 1. El anverso: las libertades de la enseñanza alcanzan a todas las actividades que se dan en el seno del espacio educativo y, a su vez, determinan el ejercicio de los derechos y libertades generales

De una parte, el ideario o carácter propio del centro privado tiene influencia tanto en las actividades académicas como en las no académicas, con variantes en la medida que el centro se sostenga o no con fondos públicos. Este influjo del carácter propio repercute, a la vez, en el ejercicio de los derechos y libertades por los distintos operadores educativos. Así, en lo académico el ideario bien puede afectar al proyecto educativo del centro³⁶, a la metodología en la docencia³⁷, o al sesgo ideológico con el que se imparten los contenidos. De igual modo, el ideario del centro también puede influir en la orientación investigadora que se desarrolle, incluso, la misma evaluación del alumnado puede quedar influida por el carácter propio³⁸.

³⁶ Así, el artículo 6. 3º de la LOPEG, relativo al proyecto educativo en el que se fijan los objetivos, las prioridades y los procedimientos de actuación de los Centros educativos señala que "el proyecto educativo de los centros privados concertados podrá incorporar el carácter propio [...] que en todo caso deberá hacerse público."

³⁷ A mi juicio, la metodología docente sí que queda dentro del ámbito del carácter propio del centro, sin perjuicio de que queden excluidas de este derecho las modalidades pedagógicas contrarias al objeto constitucional de la enseñanza. Así parece desprenderse de la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9º), si bien haciendo referencia a los maestros infantiles recuerda que "la autoridad competente, y no el propio profesor [son] las que establecen cuál es el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor (art. 27. 5 y 8)". Dentro de las posibilidades sí admisibles, el centro bien puede optar por el seguimiento de determinados principios pedagógicos, lo cual puede implicar una opción ideológica, filosófica o, incluso, religiosa por parte de aquél.

Por el contrario, Tomás y Valiente en su voto particular a la referida sentencia señala (punto 7º) que "El «ideario» de un centro hace referencia a su carácter propio, pero *no* a cualesquiera de sus características, tales como las de *índole pedagógica*, lingüística, deportiva u otras semejantes, sino que, muy en concreto, el ideario es la expresión del carácter ideológico propio de un centro".

Cabe tener en cuenta que, ya se incluya o no dentro del ideario, la LODE viene a reconocer el derecho de los centros (privados o públicos) de adoptar los sistemas metodológicos oportunos. Así, el artículo 15 LODE, señala que "los centros tendrán autonomía para [...] adoptar métodos de enseñanza" "en la medida en que no constituya discriminación alguna para ningún miembro de la comunidad educativa, y dentro de los límites fijados por las leyes." Tal sujeción a las leyes y a la no discriminación bien puede conectarse al objeto educativo del artículo 27. 2º CE.

³⁸ Así, según la Orden de 28 de agosto de 1995, por la que se regula el procedimiento para garantizar el derecho de los alumnos a que su rendimiento escolar sea evaluado conforme a criterios objetivos, se señala que para el caso de los centros privados, resulta necesario arbitrar las medidas que aseguren una evaluación objetiva del rendimiento escolar de los alumnos en ellos matriculados, compaginando así este derecho con el de los centros a establecer su carácter propio. A tal fin, se señala que las funciones que en tal Orden se encomiendan a la Comisión de Coordinación Pedagógica y a los departamentos didácticos de los centros públicos serán desempeñadas, en los centros privados, por los órganos que se señalen en sus respectivos reglamentos de régimen interior. Todo ello, sin perjuicio de la obligación que compete a estos centros, en consonancia con lo establecido en el artículo 13. 2º del RD 732/1995 de derechos y deberes, de hacer públicos los criterios generales que se van a aplicar para la evaluación de los aprendizajes y la promoción de los alumnos.

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

Aún es más, tal carácter propio puede afectar a las actividades no académicas. Al margen de la lógica influencia del ideario en las actividades complementarias y extraescolares que se lleven a cabo, el carácter propio se traspone en el gobierno de los centros. Así, en los centros privados no concertados³⁹ el carácter propio repercute en cuestiones como la admisión de alumnos o la forma que prefieran éstos de canalizar la participación (art. 26. 2º LODE). Las normas sobre faltas, sanciones y garantías procedimentales así como las normas de convivencia de los centros privados bien pueden ser inspiradas (centros privados⁴⁰) o cuanto menos quedar moduladas (privados concertados) en razón del ideario establecido⁴¹. Incluso las relaciones de índole laboral en su seno (acceso, organización, dirección y condiciones de trabajo) también se afectarán por este factor ideológico, como se afirmó con anterioridad. Con ello, obviamente, se influirá en el desarrollo real de los derechos y libertades en el espacio educativo. Aún es más, la propia transmisión de los derechos fundamentales en tanto objeto constitucional de la educación, quedará modulada según la perspectiva ideológica desde la que los derechos y libertades se afronten.

Las libertades de la enseñanza de los docentes no sólo entran en juego en sus actividades educativas o en las más generales de carácter académico, sino que su contenido alcanza también a las actividades no académicas. Así, en todas las actividades que se desenvuelvan en el espacio docente puede llegar a quedar comprometida la libertad de cátedra del enseñante. Y es que esta libertad va más allá de las expresiones proferidas por el profesorado en el ejercicio de su función docente; por ejemplo, la libertad de cátedra puede alcanzar la atribución de docencia que corresponde al profesor⁴². Incluso, en las

³⁹ Art. 25 LODE “Dentro de las disposiciones de la presente ley y normas que la desarrollen, los centros privados no concertados gozarán de autonomía para establecer su régimen interno, seleccionar su profesorado de acuerdo con la titulación exigida por la legislación vigente, determinar el procedimiento de admisión de alumnos, establecer las normas de convivencia y definir su régimen económico”.

⁴⁰ Según la Disposición adicional primera del RD 732/1995 de derechos y deberes “los centros privados no concertados gozarán de autonomía para establecer sus normas de convivencia y para determinar el órgano al que correspondan las facultades disciplinarias.” Esta norma no deja clara la necesidad de que los centros privados no concertados se adecúen a él, si bien puede entenderse que ésta se configura como el “marco general” al que aludía la Disposición adicional cuarta de anterior regulación de los derechos y deberes (Real Decreto 1543/1988, de 28 de octubre).

⁴¹ Así se expresa en el artículo 38 RD 732/1995 de derechos y deberes: “Constituye un deber de los alumnos el respeto a las normas de convivencia dentro del Centro docente. Este deber se concreta en [...] Respetar el carácter propio de los Centros, cuando exista, con sujeción en todo caso a lo dispuesto en el artículo 6. 1 c) LODE [respeto de la propia libertad de conciencia del alumno]”.

⁴² El Tribunal Constitucional, obstinado en la construcción subjetiva de esta libertad ha excluido del contenido de la libertad de cátedra la facultad de auto organización de la docencia, así como la facultad de examinar y evaluar (STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 2º o STC 179/1996, de 12 de noviembre, FJ 2º), o el derecho a elegir entre las distintas asignaturas que se integran en un área de

"Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis", en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

relaciones propiamente laborales podrían enmascarse atentados a la libertad de cátedra del docente (por ejemplo, en las formas de contratación que puedan darse en los colegios privados, en la atribución y el control del cumplimiento de horarios, etc.). Aún es más, los atentados a la libertad de cátedra del docente pueden salir del espacio educativo adentrándose en los terrenos de la vida privada del enseñante⁴³. Así pues, si bien la libertad de cátedra dota de una intensa protección a las actividades académicas de los docentes (singularmente las actividades educativas), el ámbito de esta libertad puede alcanzar actividades de otra índole. Ello es así, entre otros motivos, porque con la libertad de cátedra se constitucionaliza el interés objetivo en la libertad y pluralidad en el ámbito de la educación, no se trata por el contrario, de un concreto derecho subjetivo de maestros y profesores, derecho subjetivo que difícilmente daría cabida a tan variadas proyecciones. *Allí donde pueda comprometerse la libertad y pluralidad del sistema educativo a través de acciones sobre los docentes, se está inmerso en los dominios de esta garantía de la libre y plural enseñanza.* Obviamente, será en el marco de las actividades académicas, y en especial de las educativas donde la libertad de cátedra jugará con mayor intensidad.

c. 2. El reverso: las libertades públicas no propias de la enseñanza se proyectan con diversa intensidad según la naturaleza de las actividades que se producen en el espacio educativo

De la misma manera que los derechos propios del ámbito educativo pueden afectar relaciones en alguna medida ajenas a lo propiamente educativo, los derechos y libertades en general se proyectan en la diversidad de actividades que se producen en el marco de la enseñanza. Ya no se trata ahora de los derechos como objeto propio de la enseñanza, incluso, se parte de la premisa del necesario respeto de los derechos de la personalidad de los distintos sujetos implicados en la enseñanza. En particular, sin perjuicio de los derechos de la personalidad, se hace referencia a las libertades públicas generales, presentes

conocimiento. Al respecto, auto 457/1989, de 18 de septiembre, FJ 4º o SSTC como la 217/1992, de 1 de diciembre FJ 3º, 212/1993, STC de 2 de agosto o la STC 179/1996, de 12 de noviembre, FJ 5º.

No obstante, estas exclusiones pierden su fuerza cuando, si bien desde una perspectiva subjetiva se niega que la libertad de cátedra implique el derecho a elegir entre las distintas asignaturas que se integran en un área de conocimiento, sin embargo añade que "no cabe descartar que, en ocasiones, el derecho fundamental del artículo 20. 1º c) de la Constitución pueda resultar vulnerado como consecuencia de decisiones arbitrarias por las que se relegue a los profesores, con plena capacidad docente e investigadora, obligándoseles injustificadamente a impartir docencia en asignaturas distintas a las que debieran de corresponderles por su nivel de formación [...]" (FJ 7º de la STC 179/1996). A este respecto véase mi posición sostenida al respecto del contenido funcional de la libertad de cátedra, por el que esta libertad puede jugar en todas aquellas actividades del docente en las que pueda quedar afectada la libertad y pluralidad del sistema educativo, cfr. COTINO HUESO, L., "Reflexiones en favor de una concepción funcional... cit..

⁴³ Véase al respecto lo afirmado en la sexta nota de este estudio.

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

en las diversas actividades del marco de la enseñanza, cuyo respeto adquiere diversa intensidad en razón de la naturaleza de la actividad de que se trate.

El alumno cuenta con la posibilidad de expresarse, de recibir información, de reunirse, de asociarse, etc. Ahora bien, el ejercicio de estos derechos varía sobremanera según esté inmerso en una actividad docente, se trate sólo de su ejercicio en el seno del espacio educativo o para el caso de que el alumno ostente y/o ejerza la representación de sus compañeros. Siguiendo el ejemplo que nos brinda la libertad de expresión, no pueden extrañar las fuertes restricciones a las que pueda verse sometida esta libertad del alumno en el desarrollo de la impartición de la docencia (la exigencia de silencio en clase), tales limitaciones son radicalmente diferentes a las que éste puede tener en otras relaciones educativas. En especial, por ejemplo, menores limitaciones puede tener el ejercicio de la libertad de expresión del alumno cuando se relacione con la marcha del centro⁴⁴ y, de forma concreta, cuando se ejerza por quien sea representante de sus compañeros en los órganos de participación en el centro⁴⁵.

En este orden, la protección jurídica de las expresiones vertidas por el profesorado bien puede diferir según se trate del tipo de actividad que realice. Así, en el marco de actividades académicas (docencia, actividades curriculares, investigación, etc.) sus expresiones quedarán, por lo general, al amparo de la libertad de cátedra (20. 1 c) CE). Sin embargo, esta libertad no *cubre* todas las manifestaciones del docente. *No entran en el ámbito de la libertad de cátedra las expresiones que no guarden relación con la actividad académica que se ejerza* (por ejemplo, los comentarios sobre un partido de fútbol que pueda efectuar un docente en la clase, o las manifestaciones políticas en una clase de matemáticas). Tales declaraciones, salvo que formen parte con claridad de la metodología del docente, contarán tan solo con la laxa protección que confiere la libertad de expresión (20. 1º a) CE) en el marco de las relaciones laborales⁴⁶,

⁴⁴ No en vano, en coherencia con el artículo 27. 2º CE y el artículo 44 CE, la actividad educativa supone la “preparación para participar activamente en la vida social y cultural” (art. 2. f) LODE, 1. 1º f) LOGSE). De ahí que correlativamente se reconozca el derecho del alumno a participar en el funcionamiento y en la vida del centro (art. 6. 1º e) LODE) al tiempo que se exige el fomento de “la participación de la comunidad educativa” (art. 1. A) LOPEG).

En este sentido, el art. 16. 2º b) del RD 732/1995 de derechos y deberes, señala la garantía que supone “El fomento de la capacidad y actitud crítica de los alumnos que posibiliten a los mismos la realización de opciones de conciencia en libertad.” Es bajo esta perspectiva con la que deben afrontarse las manifestaciones que puedan efectuarse en relación con la marcha del centro educativo.

⁴⁵ De ahí que el artículo 22 del RD 732/1995 de derechos y deberes, disponga que “Los miembros de la Junta de Delegados [...] no podrán ser sancionados por el ejercicio, en los términos de la normativa vigente, de sus funciones como portavoces de los alumnos

⁴⁶ Sin perjuicio de la especial modulación que adquiere el ejercicio de la libertad de expresión en las empresas ideológicas, como pueda serlo un centro privado. Respecto de la modulación de los derechos en el ámbito laboral, ver, RODRÍGUEZ- PIÑERO, Miguel, “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, lección pronunciada en su investidura como Doctor *Honoris*

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

pero no la cobertura de la libertad de cátedra. Por tanto, estas manifestaciones podrán ser sometidas a mayores limitaciones. Ahora bien, al igual que se afirmaba respecto de los alumnos, cuando se trate de la diversa participación del profesorado en la enseñanza⁴⁷ o de su actividad sindical⁴⁸, su ejercicio de la libertad de expresión –que no libertad de cátedra- debe considerarse reforzado en garantía del principio democrático.

Causa de la Universidad de Ferrara, publicado en *Revista de Relaciones Laborales* números 1-2, 1996, páginas 12-21. Al respecto del ejercicio de la libertad de expresión en el marco de las relaciones laborales, puede seguirse la doctrina constitucional en la STC 120/1983, de 15 de diciembre (referida precisamente al ámbito educativo, que se atiende dos notas a pie *infra*), la STC 88/1985, de 19 de julio, STC 6/1995, de 10 de enero, STC 4/1996, de 16 de enero, o la 186/1996, de 25 de noviembre.

⁴⁷ Participación en el marco de los Consejos escolares, de los claustros, de los departamentos o, incluso, fuera de estos espacios, las realizadas a propósito de la marcha del centro educativo.

⁴⁸ A diferencia de los alumnos, por cuanto no son trabajadores, los docentes tienen reconocida su libertad sindical. En consecuencia, la protección que ésta confiere a los trabajadores tendrá también lugar en los espacios educativos, públicos o privados. Como es sabido, la libertad sindical incluye el derecho a desarrollar la actividad sindical en defensa de los intereses de los trabajadores; derecho que implica, a su vez, una amplia gama de facultades: derechos de participación en los diversos órganos de representación, celebración de reuniones, distribución y recepción de información sindical, recaudación de cuotas, etc. La propia actividad sindical se vincula a las libertades de expresión e información (art. 20 CE) o con el derecho de asociación (art. 22 CE) y, en especial, la actividad sindical implica una particular conexión con los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE), con el derecho de huelga (reconocido en el propio artículo 28 CE, en su apartado segundo) y con los derechos de negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE).

Precisamente el ejercicio de la actividad sindical en el marco de la enseñanza entronca con la participación de los enseñantes en la programación general de la enseñanza y puede hacerlo por lo que toca a la participación docente en la gestión y dirección de centros sostenidos con fondos públicos. La pertenencia de un docente a un sindicato puede acarrear consecuencias por cuanto a sus libertades docentes, sean o no estrictamente académicas.

Al respecto de la sindicación docente, destaca la STC 120/1983, de 15 de diciembre. En la misma, un centro privado, frente a la huelga mantenida por un colectivo de docentes, contrató a nuevo personal para la realización de exámenes. Ante lo cual, los docentes emitieron un comunicado denunciando las carencias de los nuevos profesores para llevar a cabo una adecuada calificación, dicho comunicado les valió el despido del centro. En ese caso, el Alto Tribunal reconoció la libertad de expresión de los docentes, si bien estimó que se había ejercido la misma “de forma desproporcionada, y fuera de los límites constitucionales reconocidos para el derecho de expresión, pretendiendo causar un daño cuyo resultado es ajeno a los derechos o intereses defendidos y que mancillaba el honor, en materia que como afirmaron los Tribunales laborales resultaba enteramente ajena a la responsabilidad del Comité de Empresa” (FJ 4º). No se hizo mención alguna a las libertades académicas.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en la STS de 17 de octubre de 1997 (Sala 3ª), advirtió la especial incidencia de los sindicatos en la participación de la enseñanza. No sólo se trataba de la representación de los intereses de los trabajadores docentes, sino, como se señala en su FJ 3º, “el sistema educativo [...] ha de tener por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales («ex» artículo 27. 2 de la CE) y cuya relación con el disfrute efectivo de los derechos a que se refiere el artículo 35 CE (entre ellos, el derecho al trabajo) nadie puede poner en duda, ha de ser considerada como materia respecto de la cual aquellas organizaciones sindicales más representativas deben ser tenidas como «sectores afectados», habida cuenta su incidencia social y económica”.

Es de este modo como puede apreciarse de nuevo la amplia gama de variables que afectan al ejercicio de los derechos y libertades de los operadores educativos en el ámbito de la enseñanza, en esta ocasión en razón de la diversidad de actividades que se dan en esta parcela.

D) Diversidad de asignaturas y disciplinas del conocimiento

El ejercicio de las libertades de enseñanza por centros y docentes (derecho al establecimiento de un carácter propio – libertad de cátedra) se puede poner de manifiesto en las *formas* de educar y enseñar a través de las distintas opciones metodológicas⁴⁹. No obstante, es en los *contenidos* de las actividades académicas donde mayor virtualidad cobran las libertades de la enseñanza de centros y docentes. En relación con ello, cabe señalar que algunas disciplinas del conocimiento dan mayor cabida que otras a las diversas posiciones ideológicas, convicciones o formas de comprender la vida que pueden transmitirse en virtud del ejercicio del derecho a establecer un carácter propio por parte del centro así como gracias a la libertad de cátedra del profesorado en la impartición de la docencia o en la investigación. Como consecuencia, en general, el ejercicio de estas libertades cobra menor virtualidad en las enseñanzas de formación profesional o de idiomas, que en la educación primaria y secundaria y, obviamente, en las enseñanzas universitarias, donde tienen mayor cabida las ciencias humanas y sociales (en sentido amplio). Asignaturas como Ciencias Sociales, Historia, Economía política o Derecho constitucional brindan una mayor oportunidad para las posiciones ideológicas que la que ofrece la Educación física, artística o de idiomas, las matemáticas, o la Biología molecular⁵⁰. Ello no supone desconocer que la opción por unas u otras corrientes ideológicas o de pensamiento puede proyectarse perfectamente en cualquier rama del conocimiento, ni se elude que en todas estas disciplinas hay oportunidad de transmitir los llamados contenidos transversales (democracia, libertad, igualdad, tolerancia, medio ambiente, etc.), que rigen el objeto de la

⁴⁹ Al respecto de la inclusión de la metodología docente en el ámbito de las libertades de la enseñanza, véase lo afirmado *supra* en nota a pie del presente estudio al respecto de la posición del Tribunal Constitucional.

⁵⁰ Cabe tener en cuenta que la toma de posiciones políticas en clase por parte de un profesor de matemáticas, por ejemplo, por lo general quedará *fuera del contenido protegido* por la libertad de cátedra, que se define en función del puesto docente. A lo sumo podrá quedar preservada por su libertad de expresión como trabajador, y mayormente limitada, en especial si el docente lo es de niños o jóvenes. En cambio, las mismas posiciones expresadas *en relación con la materia objeto de educación* (por ejemplo, en ciencias sociales, historia, Derecho, etc.) en principio *quedan dentro del contenido* de la libertad de cátedra, si bien, no estarán exentas de los posibles *límites* a la misma (en función de la edad de los educandos, del carácter propio del centro, etc.). Tales límites a la libertad de cátedra no son los mismos que a los que queda sometida la libertad de expresión, en nuestro ejemplo, del profesor de matemáticas.

educación⁵¹ y, por ende, no se omite que en toda actividad educativa es posible advertir una mayor o menor carga ideológica. Sin perjuicio de ello, parece claro que la enseñanza e investigación relativa a las ciencias humanas y sociales da una mayor cabida a opciones de pensamiento que la que ofrecen las ciencias naturales, exactas o las tecnologías; en éstas últimas disciplinas será menos problemática la armonización de la libertad de cátedra del docente con la neutralidad del centro público o con el carácter propio del privado. No olvidemos en este sentido que una manifestación política de un profesor de matemáticas, biología o física salvo contadas excepciones quedará fuera del ámbito de la libertad de cátedra; por tanto, no se tratará de armonizar esta libertad con la neutralidad o el ideario, sino de que el docente se dedique a su actividad académica y reserve sus inquietudes de otra índole a otros espacios.

En conclusión, a la hora de perfilar el alcance de las libertades de centros, docentes y estudiantes, la materia objeto de enseñanza tendrá que vincularse necesariamente con el nivel educativo de que se trate y, en paralelo, con la titulación exigida para la impartición de la docencia.

2. Algunas respuestas del Derecho respecto de los derechos y libertades en los espacios educativos privados y públicos

Una vez puesta de relieve la multiplicidad de factores que condicionan la efectividad de los derechos y libertades en los espacios educativos, cabe apreciar cuál es la respuesta del Derecho. Como sistema intelectual rigurosamente racional y lógico que permite entender las relaciones sociales y

⁵¹ En este sentido, cabe recordar que según dispone la LODE en su artículo 2, "La actividad educativa, orientada por los principios y declaraciones de la Constitución tendrá [...] los siguientes fines: b) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia. [...] e) La formación en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España. f) La preparación para participar activamente en la vida social y cultural. g) La formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos". Tales fines se reiteran en la LOGSE, en su artículo 1, y se concretan en otras partes de su articulado. Así, genéricamente, en el artículo 2. 3º de la misma, se dispone que "La actividad educativa se desarrollará atendiendo a los siguientes principios: [...] c) La efectiva igualdad de derechos entre los sexos, y el rechazo a todo tipo de discriminación y el respeto a todas las culturas. [...] e) El fomento de los hábitos de comportamiento democrático. [...] La formación en el respeto y defensa del medio ambiente". En concreto para la educación primaria, en el artículo 13 se señala que ésta "contribuirá a desarrollar en los niños las siguientes capacidades: [...] e) Apreciar los valores básicos que rigen la vida y la convivencia humana y a obrar de acuerdo con ellos. En el artículo 19, por cuanto refiere a la educación secundaria obligatoria se pretende que ésta faculte a "d) Comportarse con espíritu de cooperación, responsabilidad moral, solidaridad y tolerancia, respetando el principio de la no discriminación entre las personas. [...] h) Conocer las creencias, actitudes y valores básicos de nuestra tradición y patrimonio cultural, valorarlos críticamente y elegir aquellas opciones que mejor favorezcan su desarrollo integral como personal". Por último, el bachillerato debe contribuir a desarrollar (art. 26) la capacidad de "e) Consolidar una madurez personal, social y moral que les permita actuar de forma responsable y autónoma [...] f) Participar de forma solidaria en el desarrollo y mejora de su entorno social."

resolver los conflictos en su seno pueden producirse⁵², del Derecho cabe esperar técnicas y construcciones que recojan las distintas variables que se han ido atendiendo y el modo en el que juegan unas y otras; cabe aguardar soluciones que concreten y articulen este heterogéneo escenario de los derechos y libertades, que den respuesta a este complejo panorama que en las páginas anteriores se ha esbozado.

Es momento, pues, de advertir cuál, o mejor dicho, cuáles han sido las respuestas que hasta el momento ha ofrecido el Derecho respecto del nexo entre derechos y libertades de una parte y educación y enseñanza de otra. *Como a continuación se aprecia, las construcciones jurídicas que se han dado parecen eludir la efectividad de los derechos y libertades en el marco de la enseñanza.* Con tales técnicas jurídicas, tanto para los centros privados como para los públicos el alcance de los derechos fundamentales queda en alguna medida menoscabado.

A) Los derechos y libertades en los centros privados: la llamada "Drittwirkung". Cara y cruz

a. 1. La eficacia de los derechos entre particulares: la "Drittwirkung"

Al comienzo del presente estudio, al hacer referencia al carácter público o privado del espacio educativo como uno de los condicionantes de la proyección de los derechos y libertades, se señaló -adelantando que se trataba de un reduccionismo- que en el contexto de las relaciones entre particulares se viene a relativizar *de hecho* la eficacia de los derechos y libertades, por lo que basta con un laxo o mínimo respeto de los mismos en los centros privados. De este modo, en principio, la eficacia de los derechos y libertades en general (tutela efectiva, libertad de expresión, reunión, etc.) podría quedar relativizada en los espacios educativos privados (concertados, no concertados y Universidades privadas). Así pues, en el marco de las relaciones entre particulares puede hablarse de una *huida por abajo del respeto de los derechos y libertades*. Ahora bien, como se ha advertido, lo anterior supone una simplificación que, en términos jurídicos, no se ajusta ni a nuestro texto constitucional, ni a las posibilidades de nuestro diseño del sistema de enseñanza⁵³, pues, *los derechos fundamentales en general rigen para todo tipo de relaciones jurídicas, ya públicas, ya privadas.*

⁵² Esta es una de las concepciones contenidas en la *nihilista* lección magistral de Alejandro NIETO, publicada en NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998, págs. 9-17, en concreto en la pág. 11.

⁵³ De una parte, no puede ponerse en duda la normatividad constitucional general (art. 9. 1º CE), y por ende, la eficacia de los derechos y libertades respecto de los particulares. La reforzada e intensa sujeción de los poderes públicos a los derechos fundamentales (art. 53. 1º CE) en modo alguno debe entenderse de modo excluyente, sino como la expresión natural de una historia continua de violación

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

Al efecto de determinar la virtualidad de los derechos en el ámbito privado se hace referencia a la llamada *Drittwirkung*, eficacia horizontal o entre particulares de los derechos y libertades⁵⁴, esto es, “la vigencia de derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado”⁵⁵. En las relaciones jurídico privadas entre ciudadanos –a diferencia de las relaciones jurídico-públicas-, los derechos y libertades confluyen básicamente tanto con la autonomía de la voluntad de la persona (que guarda una vinculación directa con el valor superior libertad, art. 1. 1º CE y el libre desarrollo de la personalidad proclamado en el artículo 10. 1º CE) cuanto, entre otros, con la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE). Ante tal concurrencia, maximizar la eficacia de los derechos y libertades supondría la negación de estos bienes y valores también fundamentales para el Estado constitucional⁵⁶. Por ello, a la hora de determinar la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas debe buscarse un equilibrio *diferente* al que debe darse en el marco jurídico público. Esta diferente armonización puede deparar un menor alcance efectivo de los derechos y libertades en el marco privado que en el público, lo cual, sin embargo, no significa que los derechos fundamentales dejen de regir en uno u otro contexto jurídico.

de los derechos y libertades por parte de los poderes públicos. Lo que sucede es que en las llamadas relaciones horizontales no se da una ineficacia de los derechos fundamentales, sino que la virtualidad de éstos se combina con la eficacia de otros bienes y valores que también merecen protección. En la vida real, a la hora de la plasmación efectiva de los derechos fundamentales, lo natural y cotidiano son los conflictos de derechos constitucionales entre sí (libertad de expresión con el derecho al honor, libertad de cátedra con el derecho al establecimiento de un ideario o carácter propio del centro); del mismo modo, los conflictos se dan con otros bienes o valores también constitucionales (derecho de reunión y orden público, libertad de cátedra frente a la protección de la infancia); tales colisiones conllevan recíprocas limitaciones en la efectiva plasmación de unos y otros derechos, bienes y valores.

⁵⁴ Al respecto del tema, entre los trabajos más recientes puede verse HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995, con introducción de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio; Salvador Coderch, Pablo, INGO VON MUNCH y FERRER I RIBA, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, (coor. Pablo Salvador Coderch), Civitas, Madrid, 1997 y Bilbao Ubillos, Juan M, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, BOE- CEC, Madrid, 1997.

⁵⁵ INGO VON MUNCH, “*Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*”, en Salvador Coderch, Pablo y FERRER I RIBA, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales...*, cit. págs. 25-53, en concreto, pág. 29.

⁵⁶ Como recuerda Salvador Coderch, Pablo, en la introducción a la citada obra, “No hay ni un sólo régimen constitucional que, a un tiempo, sea tal y niegue la autonomía privada” (pág. 23); y es que “La eficacia de las normas sobre derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas es tan innegable como matizada por la existencia del respecto al principio de autonomía privada” (pág. 22); en su trabajo, INGO VON MUNCH añade, “tanto los derechos fundamentales como la autonomía privada son elementos constitutivos de un ordenamiento democrático, liberal, social y de Derecho” (pág. 49).

a. 2. La cara: una construcción necesaria para afirmar la eficacia de los derechos y libertades no propios de la enseñanza en los centros privados

En consecuencia, los derechos y libertades en general rigen tanto en los espacios educativos públicos como privados. De ahí que, por ejemplo, no pueda negarse en los centros privados el derecho a la intimidad de un profesor, o el derecho a las garantías frente a las sanciones disciplinarias de los alumnos, sin perjuicio de que su alcance se atenga a condicionamientos, que pueden no darse en los espacios educativos públicos. Como recordatorio constitucional del necesario respeto de los derechos y libertades generales en el ámbito educativo privado, cabe señalar el expreso mandato de "respeto a los principios constitucionales" para los centros privados (art. 27. 6º CE⁵⁷). Igualmente, el mismo objeto de la educación "en el respeto de los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales" (27. 2º CE), que rige con independencia del carácter privado, público o concertado del centro⁵⁸, ha sido identificado por algún autor como un reconocimiento de los derechos

⁵⁷ Como se sigue en mi trabajo COTINO HUESO, L., "La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", con una extensión de 48 páginas, de próxima publicación, en nuestra norma fundamental se pueden encontrar algunas remisiones particulares de la sujeción constitucional para algunos ámbitos materiales de ordenación (partidos, sindicatos y asociaciones empresariales, Fuerzas Armadas, educación y enseñanza privadas, estados excepcionales, Corona, Estado de las Autonomías, etc.) El ámbito de la enseñanza, al igual que los mencionados, bien por la historia bien por su propia naturaleza es una esfera en las que la plena normatividad constitucional pudiera ponerse en entredicho. El constituyente creyó conveniente recordar la vinculación constitucional, por tratarse de áreas en las que fuese preciso despejar posibles dudas o evitar construcciones jurídicas tendentes a *evadir* la normatividad constitucional. *La voluntad constitucional expresada en preceptos como el art. 27. 6º CE no persigue otro fin que asegurar y reforzar la plena normatividad, frente a posibles desvirtuaciones que pudiesen darse de la regla general contenida en el art. 9. 1º CE.*

En este sentido, cabe recordar lo afirmado por Tomás y Valiente, voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero, punto 10º, en tanto afirma la necesidad del respeto de los principios constitucionales en los centros privados como manifestación de la necesaria tolerancia en el ámbito educativo:

"Uno de los principios fundamentales de la democracia es el de tolerancia. Sin duda, por entenderlo así la LOECE, lo ha recogido en su art. 36 c), al incluir entre los derechos de los alumnos el de ser «educados en un espíritu de comprensión, tolerancia y convivencia democrática». Conviene, sin embargo, tener en cuenta que no será posible realizar este derecho de los alumnos si el mismo principio de tolerancia no informa todas las relaciones entre los diferentes componentes de la comunidad escolar, pues la coherencia de una labor educativa consiste en transmitir al educando aquello que los educadores practican. Por eso, la Constitución exige el respeto a esos mismos -a todos ellos- principios constitucionales en relación con la creación y consiguiente organización de los centros privados (art. 27. 6 CE)"

⁵⁸ Como recuerda Tomás y Valiente en su voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero, punto 10º: "El art. 27. 2 de la Constitución contiene la definición del objetivo que debe perseguir la educación, *cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, de cada centro docente*".

fundamentales para los alumnos⁵⁹. Según lo expuesto, *no puede haber duda de que la eficacia de los derechos y libertades generales en los espacios educativos privados, sin perjuicio de que, como se apuntó, se pueda dar una importante gama de variables que gradúen la eficacia de unos y otros derechos fundamentales en un espacio u otro.*

a. 3. Un ejemplo de la aplicación de esta técnica para la enseñanza privada: el auto del Tribunal Constitucional 382/1996

En relación concreta con el tema, cabe significar el auto del Tribunal Constitucional 382/1996, de 18 de diciembre, referido al ámbito de la enseñanza. Esta resolución constituye, precisamente, una de las más importantes respecto de la eficacia de los derechos y libertades en el ámbito privado. El auto trae causa de la expulsión de un alumno de un centro privado no concertado con ideario propio. Para tal grave determinación, el centro había respetado las garantías relativas al derecho de audiencia al menor, practicándose además prueba confirmatoria de la conducta sancionada. A juicio de los padres, no debía haberse adoptado la expulsión sin concederles previa audiencia en cuanto representantes del alumno, lo que no había satisfecho el colegio. En consecuencia, al haberse negado la permanencia del alumno en el colegio, los padres señalaron la vulneración del derecho a la educación de su hijo (27. 1º CE), a la vez que entendían menoscabado su propio derecho a la elección de un centro conforme a sus propias convicciones (27. 3º CE), dado que se trataba de un centro dotado de carácter propio.

El Tribunal, tal como lo había hecho en ocasiones anteriores, si bien sin tanta concreción e incorporando por primera vez la noción del "deber de protección" del Estado⁶⁰, acude a la construcción típica para dotar de acceso procesal a las colisiones de derechos fundamentales y bienes constitucionales entre sujetos privados⁶¹. Para el caso concreto, en el FJ 4º, recuerda la

⁵⁹ En este sentido, llega a sorprender incluso la rotunda afirmación de GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, en la pág. 204, quien afirma que "la Constitución, en su artículo 27, reconoce el derecho a la educación y, en el párrafo segundo, establece que los alumnos gozan de los derechos y libertades constitucionales".

⁶⁰ Esta noción la había aplicado únicamente en la famosa sentencia del aborto (STC 53/1985, de 11 de abril -FJ 9º-, de nuevo sobre el mismo ámbito en la STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3º). Se importaba así el mismo problema que se da en Alemania al no discernir este deber de protección para el ámbito de la actuación pública y de las relaciones privadas. Al respecto, INGO VON MUNCH, *"Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania"*, en Salvador Coderch, Pablo y FERRER I RIBA, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales...*, cit. págs. 45 y ss.

⁶¹ La construcción que se da en este auto es la siguiente. El Tribunal acude a la dimensión objetiva de los derechos y libertades (FJ 3º), la cual supone que "en el ámbito de sus respectivas funciones, [...] los poderes públicos coadyuvan a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos (STC 53/1985, FJ 4º, y STC 129/1989, FJ 3º)", es decir, sostiene el Alto órgano

existencia de límites de los derechos y, en este caso, el que supone el deber de respeto de las normas de convivencia del centro (art. 6. 2º LODE) cuyo establecimiento se confía a la autonomía de los centros privados no concertados (art. 25 LODE). En esta línea de pensamiento, el Alto Tribunal entiende que "El incumplimiento de las normas de convivencia puede, por consiguiente, justificar suficientemente la expulsión de la escuela, sin que ello suponga en modo alguno la vulneración del derecho fundamental. Sólo, en suma, en los supuestos en que la sanción se haya impuesto arbitrariamente cabría plantearse la hipotética lesión del derecho en cuestión En el caso concreto, señala el Tribunal que los órganos judiciales constataron que "existió una *base razonable* para que el centro adoptase la sanción de expulsión, y que, además, se cumplieron los *requisitos mínimos* exigidos para su imposición [y añade...] El derecho fundamental a la educación [...] aunque en principio ofrece cierta protección frente a las expulsiones arbitrarias, en modo alguno exige el respeto escrupuloso de todas y cada una de las garantías procedimentales que sobre el particular puedan pergeñarse; razón por la cual no incumbe a este Tribunal, sino exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, determinar si el RD 1. 543/1988 impone o no la audiencia previa a los padres y, en su caso, velar por su cumplimiento

Sin ánimo de adentrarse en el particular, cabe observar que el Tribunal no perfila la cuestión con exactitud, puesto que el debate sobre la eficacia de un derecho entre particulares no es respecto del derecho a la permanencia en el centro (facultad del derecho a la educación, cuya vigencia en los centros privados no se discute⁶²), sino que más bien el debate se centra en la exigencia

explícitamente un "deber de protección" de los derechos y libertades tanto respecto del Legislativo, cuanto por parte de los jueces y tribunales ordinarios. De ahí que se entienda que "a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en liza cuando se constate que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección", "siendo ésta la forma en que se canalizan ante este Tribunal los casos de derechos fundamentales generados en las relaciones entre particulares". En este orden, el Tribunal Constitucional señala que los órganos judiciales "deben partir de una apropiada apreciación del derecho fundamental para determinar la concreta intensidad de la restricción que de la legalidad ordinaria deriva". Y para ello, "los Tribunales cuentan con un cierto margen de apreciación a este respecto (SSTC 120/1983 FFJJ 3º y 4º, y 41/1984, FJ 2º)" Y el Alto Tribunal sólo debe "enjuiciar si, al acometer dicha tarea, han valorado convenientemente el alcance y la eficacia de los derechos involucrados en el caso concreto".

⁶² En efecto, en el FJº 4 el Tribunal afirma que "Este derecho de acceder al centro escolar elegido encuentra, obviamente un imprescindible correlato en la facultad de proseguir la instrucción en el mismo, de tal modo que la expulsión de la escuela, en determinadas circunstancias, puede entrañar la vulneración del derecho a la educación".

Lo que sí se había llegado a discutir en la doctrina constitucional era la vigencia del derecho a la educación en para empresas privadas (no educativas). Así, en la STC 129/1989, de 17 de julio, el Tribunal señaló que el derecho a la educación sí que rige para una empresa privada, sin perjuicio de lo cual ello no debe comportar la carga de cambiar los turnos de los trabajadores, puesto que la dimensión prestacional de este derecho no debe soportarla la empresa en cuestión. "Entenderlo así

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

al Centro privado de respetar las garantías procesales (la audiencia a la parte interesada) a la hora de tomar una decisión de tal calibre en un ámbito privado. La limitación del derecho a la permanencia, es decir, la expulsión del alumnos, no era más que la consecuencia de aquel proceso. Así pues, en puridad, se aplica la doctrina de la *Drittwirkung* en el ámbito educativo privado por lo que toca a un derecho no específico del ámbito de la enseñanza (las garantías procesales en el plano sancionatorio⁶³). Y es en esta parcela donde el Tribunal afirma un más laxo respeto de los derechos y libertades en el ámbito privado que en las relaciones jurídicas públicas, respecto de una posible vulneración de estas garantías simplemente exige una “base razonable” y unos “requisitos mínimos” que eludan la arbitrariedad.

Sin perjuicio de las matizaciones concretas que cabría realizar sobre la aplicación del Tribunal de la doctrina de la eficacia horizontal, no es menester hacer mayores objeciones sobre el particular, pues, en conclusión, los derechos y libertades no propios del ámbito educativo como los derechos a la integridad, intimidad, a la defensa o libertades públicas como la *libertad ideológica, de expresión, reunión, asociación, etc. también rigen en los espacios docentes privados y, si bien su efectividad puede quedar modulada, son susceptibles de la correspondiente protección jurisdiccional ante las posibles transgresiones que tengan lugar.*

a. 4. La cruz: no hace falta esta técnica para los derechos fundamentales propios de la enseñanza

El derecho a la educación, la libertad de cátedra, las libertades de la enseñanza en general, el derecho a la participación en la programación de la enseñanza o la participación de la comunidad educativa, al igual que el objeto de la educación, son reconocidos en la Constitución con independencia de su proyección en centros públicos o privados⁶⁴. Por tanto, *para afirmar la vigencia*

sería tanto como desplazar sobre el empleador la carga prestacional del derecho a la educación, que sólo sobre los poderes públicos pesa” (FJ 5º).

⁶³ Ya en la STC 5/81, de 13 de febrero, se entendió que el derecho a una educación incluía la necesidad de la no arbitrariedad en las medidas disciplinarias educativas (FJ 28º). En otra ocasión se planteó una cuestión de cierta semejanza ante el Tribunal Supremo, resuelta en la STS de 9 de mayo de 1994 (Sala 3ª). A un alumno, en este caso de un centro público, se le sancionó impidiéndosele la asistencia a clase por dos semanas, siendo que tal sanción no está estipulada legalmente, sino sobre la base de un Real Decreto. En este caso, el Tribunal apelado aplicaba una de las clásicas consecuencias de existencia de una relación de especial sujeción (la relajación del principio de legalidad para restringir derechos fundamentales). En aquel caso, para el Tribunal Supremo, la “travesura” objeto del asunto no merecía profundizar en cuestiones como la tutela o el principio de legalidad aducidos (FJ 3º), sin llegar a cuestionarse el fundamento de la Sentencia apelada. Como se sigue en el estudio dedicado al estatuto del estudiante, la actual regulación disciplinaria resulta inconstitucional por vicio de legalidad.

⁶⁴ En este último caso, hay que señalar no obstante que la participación de la comunidad educativa, tal y como se recoge en el art. 27. 7º CE, es reconocida expresamente para los centros

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

*de los derechos propios del ámbito educativo en los centros privados no es menester acudir a la doctrina de la Drittwirkung*⁶⁵, como sí que era preciso respecto de los derechos y libertades no propios del ámbito de la enseñanza. Cabe recordar en este sentido que la inspección y la homologación educativa por los poderes públicos (art. 27. 8º CE) se ejerce “sobre todos los centros, servicios, programas y actividades que lo integran, *tanto públicos como privados*, a fin de asegurar [...] la garantía de los derechos y la observancia de los deberes de cuantos participan en los procesos de enseñanza y aprendizaje” (art. 35 LOGSE).

De lo dicho se infiere que no hay que excluir a priori la aplicación de la técnica de la eficacia horizontal para los espacios educativos privados. Ahora bien, ésta sólo tendrá cabida respecto de los derechos y libertades no propios del espacio educativo y en su aplicación también deberá incluirse como criterio hermenéutico básico el objeto de la educación prefijado en el artículo 27. 2º CE.

B) Los derechos y libertades en los centros públicos: la llamada “relación de especial sujeción” de alumnos y profesores con el Estado. El necesario abandono de una categoría clásica

b. 1. La “relación de especial sujeción” como medio tradicional de limitar derechos y libertades de alumnos y profesores

En la averiguación de las respuestas que ha ofrecido el Derecho para el tratamiento de los derechos y libertades en el espacio educativo se acaba de apreciar lo que supone una *huida por abajo* de los principios del Estado de Derecho en las relaciones entre particulares que se dan el marco de los espacios educativos privados. Es menester ahora situarse en la antítesis, la *huida por arriba* que suponen las denominadas relaciones de sujeción o supremacía especial, que afectan o podrían afectar a quienes guardan una intensa vinculación con la Administración, en nuestro caso, la Administración educativa.

Se ha definido a las relaciones de sujeción especial⁶⁶ como “las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del

sostenidos con fondos públicos, esto es, para los públicos y privados-concertados, por tanto no para los centros privados no concertados.

⁶⁵ No en vano, la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa, bienes constitucionales que fundamentan la diversa confluencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, adquieren un particular reconocimiento constitucional en el ámbito educativo a través del derecho a la creación y dirección de centros (27. 6º CE).

⁶⁶ Al respecto de la categoría de las relaciones de especial sujeción, resultan básicos los estudios de GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción...* cit. ; LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994 y LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994. Recientemente mi estudio COTINO HUESO, L., “Relaciones de especial sujeción: su

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”⁶⁷. Tradicionalmente, esta categoría jurídica ha comportado un triple efecto limitativo para el sometido a tal especial sujeción con el Estado: restricción por lo que toca a los derechos en general, merma del principio de legalidad y, por último, control judicial restringido o nulo. Esto es, el reconocimiento de una relación de especial sujeción supone una *huida* del propio Estado de los elementos básicos que rigen el Estado de Derecho.

Hay que decir que históricamente esta categoría ha sido aplicada a militares, funcionarios, presos y escolares; en esta órbita, el espacio educativo ha constituido un claro ejemplo del empleo de esta construcción jurídica. Ello se ha podido justificar, en general, por “el interés que el poder público ha mostrado siempre en ejercer un efectivo control sobre la enseñanza y sobre los jóvenes en formación, haciendo realidad así el ideal platónico de que la educación de la juventud había de ser encomendada al propio Estado”⁶⁸; y es que tal como en su día afirmase el Presidente francés Mitterrand, “para hacer la revolución ya no hay que tomar el palacio de invierno, pues basta con tomar la escuela”⁶⁹. Especialmente en los dos últimos siglos, el marcado interés político del Estado en la enseñanza, frente a la Iglesia, se ha impuesto sobre docentes, alumnos y la propia dirección de los centros⁷⁰. Este factor unido al hecho de producirse una relación duradera en un establecimiento organizado hacían a las relaciones educativas singularmente encuadrables en el marco de las de especial sujeción. De este modo, tanto los alumnos (como receptores de un servicio público en un establecimiento), cuanto los docentes, así como los órganos de dirección y gestión de los centros educativos (por cuanto funcionarios) quedaban sometidos a una sujeción especial y, por tanto, bajo los efectos propios de la misma (en general, un menoscabo de sus derechos y libertades).

diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, nº 53.

⁶⁷ Cfr. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos...* cit., págs. 161-162.

⁶⁸ Cfr. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos...* cit., pág. 559.

⁶⁹ Citado en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Por la libertad de enseñanza*, Planeta, Barcelona, 1985, pág. 2.

⁷⁰ La Constitución de Cádiz de 1812 ya quiso atraer para sí la educación en lo que no fuese relativo a la moral y religión de los ciudadanos. El proceso, no obstante, se haría esperar, situándose la Constitución canovista de 1876 como punto de inflexión en la atracción de la educación hacia el Estado. Fue ya en el presente siglo, y en especial a lo largo del régimen franquista cuando el papel estatal en la enseñanza pasó a ser preeminente, eso sí, manteniendo un oligopolio con la Iglesia católica que sólo hasta hace bien poco parece haber dado entrada de hecho a la enseñanza privada laica.

b. 2. Un ejemplo cercano: especial sujeción y restricción de derechos en el marco educativo durante el régimen de Franco

El régimen franquista constituye un ejemplo bien claro del empleo de esta categoría en la enseñanza con fines marcadamente restrictivos; baste recordar la explícita función de adoctrinamiento de la educación en aquél contexto político donde había que formar ciudadanos obedientes y disciplinados⁷¹ valiéndose para ello de docentes fieles y sumisos⁷². Desde su importación de Alemania a partir de la década de los años sesenta⁷³, "fue muy cómodo para la jurisprudencia [...] tapar los déficits de legalidad utilizando ese unguento mágico de las relaciones de especial sujeción"⁷⁴. Por lo general, con la mera alusión expresa de esta categoría se justificaban no pocas sanciones por diversos actos de alumnos o docentes. El espacio educativo llegaba a constituir el marco para el despliegue de potestades de orden público al ámbito teóricamente académico, y es que en aquel periodo "la enseñanza se incluye en el ámbito de la policía y no de la ciencia", "dentro de la clase no había fronteras entre Estado e individuo"⁷⁵ y, todo hay que decir, fuera de la clase, al menos en el marco educativo, tampoco⁷⁶.

⁷¹ Así, la Ley de ordenación universitaria de 1943, de 29 de julio, en su artículo 4 señalaba que "la Universidad española, en armonía con los ideales del Estado nacional sindicalista, ajustará sus enseñanzas y sus tareas a los puntos programáticos del Movimiento". Los artículos 1 y 6 de la Ley de 17 de julio de 1945 sobre enseñanza primaria o el artículo 11 de la Ley de 36 de febrero de 1953 de ordenación de la enseñanza media, no ocultaban tampoco que la educación había de ser orientada a la consideración trascendente del hombre y a la consecución de un espíritu nacional fuerte mediante una disciplina rigurosa.

⁷² Por cuanto a los docentes de centros públicos, en tanto funcionarios del Estado, cabe recordar, por ejemplo, la Ley sobre el deber de lealtad de los funcionarios públicos respecto del Estado, de 16 de abril de 1961 o la misma Ley de funcionarios civiles del Estado (aprobada por Decreto 315/194), en la que se consideraba falta muy grave "la conducta contraria a los Principios fundamentales del Movimiento Nacional" (art. 88).

⁷³ Especialmente en virtud de la obra de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración", en *RAP*, número 34, 1961, págs. 11-51.

⁷⁴ Cfr. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Las relaciones especiales de sujeción... ob. cit. pág. 169

⁷⁵ Cfr., GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción...* cit. págs. 55 y 56 respectivamente. A juicio de López Benítez, "En nuestro país, y durante la vigencia del anterior régimen, en la escuela y en la Universidad convergían y se mixtificaban potestades de sujeción general y potestades de sujeción especial. Todo ello, naturalmente, en aras de satisfacer ese fin de formar ciudadanos sumisos, disciplinados y obedientes (es decir, sometidos)" (cfr. *Naturaleza y presupuestos...* cit., págs. 560-561).

⁷⁶ Véase sino la referencia al caso *del maestro de Hinojosa del Río*, tres notas *infra*.

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

Bajo una comprensión bien ajena a la libertad de cátedra⁷⁷ y empleando la estructura jurídica de la sujeción especial, los motivos ideológicos eran justa causa para traslados y otras sanciones a los docentes⁷⁸. En ocasiones la noción de la “falta de probidad” de un maestro era justa causa para la separación definitiva del servicio⁷⁹. En este contexto, se sancionaba incluso a un docente por examinar y firmar las actas de un alumno decaído en sus derechos académicos por motivos políticos⁸⁰. A pesar de los fuertes límites impuestos a los derechos de los docentes, en ocasiones los tribunales intentaban velar por las mínimas garantías y formalidades, corrigiendo algunos ceses o traslados⁸¹.

⁷⁷ La STS 4 de octubre de 1968 (A. 4005) no dudaba en señalar que “El derecho a dar o recibir cualquier clase de instrucción reconocido en nuestra Patria señala como natural contorno o marco para su ejercicio que los educadores no enseñen doctrinas o métodos que se oponen con los principios son normas religiosas o morales ni con los Principios Fundamentales del Estado”. Las SSTs a las que se hace referencia Aranzadi (“A”), han sido extraídas de los trabajos citados de García Macho y López Benítez, así como del libro de GARCÍA PARDO, David, *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw Hill, Madrid, 1998, en particular de las págs. 5-32, que conforman el Capítulo II de la obra, relativo al “Régimen de Franco y la Transición”.

⁷⁸ En la STS de 23 de enero de 1974 (A. 37) se confirma la sanción de traslado a un catedrático de filosofía de escuela normal, quien se atuvo en sus enseñanzas a criterios de racionalidad científica. Asimismo, se dieron no pocas sanciones disciplinarias causadas por descalificaciones del sistema político vigente en el franquismo; entre otras, la STS de 18 de mayo de 1967 (A. 2728), que confirma la sanción disciplinaria impuesta un catedrático que incitó a sus alumnos una manifestación colectiva contra la organización política, el SEU y la Ordenación universitaria, aun cuando en el expediente disciplinario se había cometido defectos procedimentales graves (infracción de la unidad experimental, defectuoso nombramiento del Instructor, etc.) En igual sentido, y por idénticos motivos, la STS de 3 de julio de 1967 (separación de D. Enrique tierno Galván, A. 2951), y 6 de julio de 1967 (separación de J. L. López Aranguren, A. 2976). Con una relativa mayor ajenidad al ámbito político, en la STS de 2 de febrero de 1967 (A. 1026) se admitió la sanción a un maestro que trataba a niños difíciles con tests sexuales deducidos de la obra de Adler. En la STS de 3 de octubre de 1968 (A. 4016), se admite la sanción a un profesor por no respetar las instrucciones sobre realización de exámenes.

⁷⁹ Un buen exponente lo constituye el llamado *caso del maestro de Hinojosa del Duque*, STS de 13 de noviembre de 1972 (A. 4509), que confirmó la sanción disciplinaria de falta de probidad moral impuesta a un maestro que, tras acabar su horario lectivo, abrió las puertas de su casa a sus alumnos más atrasados para impartir las clases suplementarias. Sin embargo, este exceso de celo no fue bien visto por el Tribunal, que se dejó llevar por las habladurías que en el pueblo se habían generado sobre la filiación política y las presuntas inclinaciones homosexuales del mismo, lo cual lleva a que se afirme en la sentencia que “carece de toda justificación y es ajena en absoluto a la misión educativa docente encomendada que éste reciba en su habitación particular a los escolares”, pues “significa una actuación contraria a los deberes y al prestigio de la Función Pública, a esa rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obra”.

⁸⁰ Así, en la STS de 14 de mayo de 1974 (A. 2235), relativa a un profesor adjunto de Derecho político.

⁸¹ Así, en la STS de 13 de octubre de 1942 (A. 501) se señala la necesaria formación de expediente para el traslado de los maestros; la STS de 1 de diciembre de 1949 (A. 1511), relativa a un profesor de gimnasia de las escuelas municipales cesado “en vista de su actuación dudosa y poco afecta al Movimiento patriótico y Nacional salvador de España”, el Tribunal reconoció que si bien el fundamento del cese era legítimo, cabía la previa formación de expediente.

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

Los alumnos eran “otro de los grupos clásicamente vinculados a una relación de especial sujeción [...]. Se sancionaba a estudiantes universitarios por su participación en reuniones y manifestaciones prohibidas por las autoridades académicas, se parte como algo “natural” de la falta de disfrute de esos derechos. Ya que el ejercicio de las libertades estaba prácticamente prohibido las relaciones generales, en el contexto de una relación especial sujeción los estudiantes no podía ningún caso tener estos derechos ⁸² En algunas ocasiones, no obstante, la alusión a la especial sujeción no justificaba todo tipo de restricciones sobre el escolar⁸³.

b. 3. La necesaria erradicación de la “especial sujeción” para el ámbito de la enseñanza

Llega a sorprender que esta categoría se haya mantenido en nuestro país tras la entrada en vigor de la Constitución pese a que en su lugar de origen hubiera sido abandonada años atrás⁸⁴. Sólo a partir de la década de los noventa

⁸² Cfr. GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción...* cit. pág. 159. Este autor menciona la STS de 3 de junio de 1968 (A. 2935) y la STS de 18 de octubre de 1968 (A. 4155) en las que el Rector de la Universidad de Barcelona sancionada varios estudiantes con la pérdida de matrícula por su participación en asambleas y no asistencia a clase. En estas sentencias no se hacía expresa mención a que los estudiantes estén sometidos a una relación especial sujeción, si bien, a juicio de GARCÍA MACHO (*Las relaciones de especial sujeción...* cit. pág. 159), de la argumentación del Tribunal se deducía claramente la aplicación de tal estructura conceptual jurídica. El Tribunal Supremo sostenía de forma expresa que los estudiantes universitarios quedaban sometidos a tal tipo de relación en SSTS como la de 2 de junio de 1972 (A. 2577, expulsión a perpetuidad de la matrícula en todos los centros universitarios de Madrid) y la STS de 2 de abril de 1975 (A. 1969).

⁸³ Cfr. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos...* cit., págs. 570 y ss.) nos recuerda que el Decreto de 31 de diciembre de 1970 inhabilitaba para el estudio a quienes hubieran sido condenados por la comisión de hechos constitutivos de delito. La jurisprudencia se encargó de mitigar los rígidos e indeseables efectos que ello producía (por ejemplo, en la STS de 11 de marzo de 1976, (A. 143) el Tribunal no admitió la imposición de la pérdida del derecho a continuar sus estudios a un estudiante procesado por el Tribunal de Orden Público).

Asimismo, en el ámbito universitario, los rectores tenían una fuerte competencia para denegar la matriculación de alumnos “conflictivos”. Algunas decisiones del Tribunal Supremo se encargaron de anular los actos de los rectores, como las SSTS de 19 de mayo de 1972 (A. 2297), de 29 de noviembre de 1972 (A. 4603), de 26 de febrero de 1973 (A. 733) de 15 de marzo de 1973 (A. 1243). En la STS de 12 de marzo de 1976, sobre la prohibición rectoral de acceder al recinto universitario durante un curso académico, se señala que el alumno sí que estaba inmerso en una relación especial sujeción, si bien ello no excluía la necesaria tipificación y pruebas.

⁸⁴ En Alemania, tras las conclusiones de la importante reunión de Mainz de 1956, la reserva de ley comenzó a afectar las relaciones de especial sujeción, si bien permitiendo diversas intervenciones de un poder del ejecutivo para crear Derecho; del mismo modo se reconoció la posibilidad de ejercer los derechos y libertades en una relación especial, si bien éstos quedaban limitados sobre la base de los objetivos de la institución. Fue tras la fundamental sentencia del Tribunal Constitucional Federal, de 14 de marzo de 1972, cuando ya algunos afirmaron que las relaciones de especial sujeción habían muerto. Con esta sentencia esta categoría siguió existiendo, pero con sustanciales modificaciones respecto del significado restrictivo que había tenido en la época clásica.

"Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis", en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

se comenzó a percibir que esta noción era inútil y confusa y por lo tanto, descartable⁸⁵. Reconocer la existencia de una relación de sujeción especial, a lo sumo, puede ayudar a poner de manifiesto la finalidad perseguida y el bien constitucional que pretende protegerse (la eficacia de la Administración, el mantenimiento del orden, etc.) No obstante, afirmar la existencia de una relación de sujeción especial no excluye la necesidad de motivar y fundamentar adecuadamente los límites a los derechos, al igual que si la limitación no se diese en el marco de una especial relación con el Estado⁸⁶. Asimismo, el principio de legalidad puede llegar a relajarse cuando se trata de la regulación de las diversas relaciones del Estado con el individuo, pero nunca desconocerse⁸⁷. Por todo ello, hay que desterrar esta noción de nuestro desarrollo constitucional.

Ahora bien, su pervivencia y su casi imparable extensión a los más variados ámbitos materiales por parte de la jurisprudencia⁸⁸ contrasta con su casi

⁸⁵ En otro lugar nos hemos encargado de analizar el desarrollo general de la técnica de la especial sujeción bajo la vigencia de la Constitución, COTINO HUESO, L., "Relaciones de especial sujeción...", cit. En el mismo, si bien se aprecia la separación de esta categoría por parte del Tribunal Constitucional desde la década de los noventa, se señala el apego a la misma por parte del Tribunal Supremo, en singular en ámbitos como el militar.

⁸⁶ Como subraya Blanquer, "de nada sirve la referencia a tal categoría si las consolidadas técnicas de limitación y delimitación de derechos no fundamentan la constricción de un específico derecho fundamental". Cfr. BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 218 y ss. Añade este autor que "el resultado al que conducen las relaciones de sujeción especial al interpretar un derecho fundamental se logra de la misma forma acudiendo a la teoría de las limitaciones de los derechos fundamentales. Es decir, que no es precisa la utilización de esa categoría para llegar al resultado que se persigue".

No en vano, como apunto en mi trabajo COTINO HUESO, L., "Relaciones de especial sujeción..." cit. la concreta limitación no queda en modo alguno exenta de tener una finalidad constitucional; a la vez, habrá de ser necesaria. Del mismo modo, por cuanto a la proporcionalidad, la limitación que se postule, aun en el marco de una de estas especiales relaciones, también deberá resultar idónea o congruente respecto de la finalidad y necesidad argüidas. Al mismo tiempo, la existencia de una relación de especial sujeción no excluye que se deba seguir la mínima restricción del derecho o libertad en juego, o la menos lesiva entre las posibles (principio *pro libertate*). Igualmente, la limitación de que se trate, pese a ubicarse en el marco de una relación de especial sujeción, deberá respetar la proporcionalidad en sentido estricto. Además, en modo alguno podrá desconocerse el contenido esencial del derecho o libertad. Por último, en virtud del artículo 10. 2º CE, las limitaciones de los derechos de los sometidos a especial sujeción deben superar el tamiz internacional que supone su consideración de "necesarias en una sociedad democrática".

Asimismo, hay que tener en cuenta que es ya imborrable la propia historia y evolución que ha tenido esta categoría. Al nombrar una relación de sujeción especial no puede evitarse pensar en la voluntad estatal de distanciarse del Derecho; tras este concepto subyacen antiguas limitaciones de derechos y libertades no justificadas constitucionalmente, en especial, por lo que al marco de la enseñanza hace referencia. En consecuencia, los efectos jurídicos del empleo de esta categoría difícilmente podrían distanciarse de forma radical del peso del pasado. Por todo ello, cabe ya pasar esta página de la historia.

⁸⁷ "De ahí que como se apreciará, la actual regulación disciplinaria del alumnado resulte inconstitucional.

⁸⁸ Como en mi trabajo antes referido se aprecia, el Tribunal Supremo ha considerado sometidos a la especial sujeción a una amplia lista de colectivos, a saber: funcionarios de la Administración civil,

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

completa inaplicación para el ámbito educativo. Desde la llegada del régimen constitucional es difícil apreciar alguna ocasión en la que se haya calificado a las relaciones que se dan en el espacio educativo como relaciones de especial sujeción. De modo excepcional así se ha entendido por el Tribunal Constitucional, y cabe señalar que cuando éste ha reconocido que la relación educativa es de naturaleza especial, con las consecuencias que ello comporta no se trataba de actividades propiamente académicas⁸⁹. El propio Tribunal Supremo, particular defensor de esta categoría (con especial intensidad en los últimos años del régimen anterior), casi parece haberla desterrado en la enseñanza⁹⁰.

militares, miembros de la policía estatal y de la autonómica, componentes del servicio aduanero, médicos de la Seguridad Social, taxistas, concesionarios (expendidurías de tabacos o estaciones de servicio de carburantes), miembros de mercados municipales, miembros de colegios de profesionales (abogados, farmacéuticos, veterinarios etc.), agencias de viaje, bancos, cajas de ahorro, cámaras de comercio y cooperativas de crédito, promotores de viviendas de protección oficial, detectives privados, miembros de un hogar del pensionista, cosecheros y productores de vinos con denominación de origen, o, por último, a los empresarios de espectáculos taurinos. El Tribunal Constitucional tampoco reparó en atribuir esta categoría a muchos de los ámbitos referidos en los asuntos que al mismo llegaron.

⁸⁹ En otros ámbitos, el Tribunal Constitucional ha seguido en no pocas ocasiones la doctrina de especial sujeción. No obstante, sólo ha calificado de sujeción especial a la relación que une al docente con la Administración educativa por cuanto a facetas ajenas a la enseñanza en sí. En la STC 93/1984, de 31 de noviembre, en referencia al docente señala “la existencia de una relación de supremacía especial entre la Administración y los funcionarios -condición que posee el actor-” (FJ 3º), cabe advertir que en este caso se trataba de los problemas de recurso administrativo por motivos de índole profesional. Más preocupante resulta la STC 47/1990, de 9 de abril, relativa a la negativa posibilidad de que los docentes de religión puedan ocupar el cargo de Director en sus respectivos Centros (concretada en virtud de una Instrucción). En esta resolución el Alto Tribunal entiende a los docentes – en general- “bajo la dependencia de los órganos superiores de este Ministerio en el ejercicio de las funciones propias de su quehacer profesional”, al situarse en el marco de la relación de especial sujeción (FJ 4º). En todo caso, no pueden considerarse tales resoluciones como significativas, al lado de una copiosa jurisprudencia relativa a los docentes.

Por cuanto a los alumnos, en las ocasiones en las que las partes acudían a la especial sujeción especial educativa, el Tribunal no afirmó ésta en sus argumentos. Así, por ejemplo, en la STC 62/1992, de 27 de abril, relativa a un alumno universitario sancionado por serias irregularidades en los exámenes. Del mismo modo, en la STC 337/1994, de 23 de diciembre, relativa a la ley de normalización lingüística de Cataluña, el Tribunal no recoge entre sus argumentos la atribución de una especial sujeción a los alumnos (tanto de centros públicos como privados) por parte del Parlament de Cataluña (Antecedente 6 b)).

⁹⁰ Así, si la mayoría de las ocasiones en las que empleaba esta categoría a finales del franquismo era, precisamente, respecto de docentes y alumnos, resultan pocas las ocasiones en las que desde entonces se ha acudido a esta noción respecto de la enseñanza. Ello, no obstante, no supone una completa erradicación de su empleo, si bien, hay que señalarlo, de carácter meramente residual, pues, no han sido pocos los asuntos en los que se ha abordado el estatuto de derechos y libertades de los distintos operadores educativos en el ámbito público.

En la STS de 19 de junio de 1985 (Sala 5ª) se hace una lógica referencia a la especial sujeción en el ámbito de la enseñanza puesto que se trata de la educación llevada a cabo en el marco policial. La STS de 27 de octubre de 1989 (Sala 3ª) era relativa al conocido problema de la jubilación a los 65 años que afectó a funcionarios (entre ellos los docentes) y magistrados; en esta ocasión, en el FJ 2º, el Tribunal hace alusión a la especial sujeción únicamente por cuanto al régimen de personal, no

A mi juicio, para la explicación de tal desuso convergen básicamente dos razones: en primer lugar, y con mayor peso, cabe no perder de vista la importante escisión entre la enseñanza pública y privada. Dado que la categoría de la especial sujeción es inherente a la esfera de lo público y no de lo privado⁹¹, enmarcar a los centros educativos públicos en el ámbito de las relaciones de especial sujeción supondría excluir de un régimen jurídico constitucional homogéneo a la enseñanza pública y privada (y concertada). Ello no casaría nada bien con el hecho de que una y otras comparten los mismos fines (art. 27. 2º CE) y, sin perjuicio de las variantes, no pocos elementos básicos del diseño constitucional de la educación (libertad del docente, participación, autonomía universitaria, necesario respeto general de los derechos y libertades y de los principios constitucionales). En consecuencia, las modulaciones organizativas y las posibles restricciones de derechos y libertades en el espacio educativo se subordinan plenamente a la finalidad de la educación⁹² prefigurada por la ley de leyes tanto para espacios públicos como privados. Así dado que el objeto de la educación es el mismo, no cabe acudir a la técnica de la relación de especial sujeción por cuanto supone un diferente tratamiento jurídico de los espacios públicos y privados que no tiene razón de ser.

En segundo lugar, y con una incidencia quizá más residual, se puede afirmar que el excesivo uso de esta categoría en el particular marco de la educación en los últimos años del franquismo tuvo unas negativas connotaciones que no se alcanzan en otros ámbitos para los que sí se ha seguido empleando la técnica de la sujeción especial.

académico. En la STS de 11 de julio de 1988 (Sala 3ª), no se hace ninguna confirmación de la argumentación de la sentencia apelada (procedente de la Sala de Valladolid, sentencia de 12 junio de 85), en la que sí se afirma expresamente que profesores, administrativos y ayudantes sí que están inmersos en una relación de especial sujeción con la Universidad. No obstante, por último, en la STS de 1 de julio de 1997 (Sala 3ª) en relación con la competencia para reglamentar la organización de las enseñanzas en las Escuelas de Arte Dramático y Danza dentro de la Comunidad Valenciana, el Tribunal sí que afirma que es ésta "una relación de sujeción especial que afecta a los alumnos que pretendan seguir aquellas enseñanzas y no al conjunto de los ciudadanos" (FJ 4º).

No obstante, en el aspecto hoy día más relevante, el incumplimiento del principio de legalidad del RD 732/1995 de derechos y deberes ha sido eludido por el Tribunal Supremo en la STS (Sala 3ª) de 9 de mayo de 1994.

⁹¹ De ahí que sorprenda la afirmación del Parlament de Cataluña antes mencionada, que entendía que tanto los alumnos de centros privados como de centros públicos están sometidos a una relación de especial sujeción (antecedente 6 b) de la STC 337/1994, de 23 de diciembre, relativa a la ley de normalización lingüística de Cataluña).

⁹² A este respecto cabe recordar que la idea de finalidad está en la propia base de la técnica de la relación de especial sujeción: para poder acometer los concretos intereses a tutelar por la Administración, ésta requiere modular su organización misma, que debe adaptarse a los fines que sirve, al servicio que tiene encomendado. No en vano a la hora de definirla se ha señalado que todos los efectos limitativos de los derechos y libertades han de darse "de forma adecuada a los fines típicos de cada relación Véase la definición de LÓPEZ BENÍTEZ contenida *supra*.

En conclusión, sin perjuicio de las variantes que pueden darse en los espacios educativos públicos y privados, no parece que la noción de la relación de especial sujeción deba ser la respuesta que brinde el Derecho para el tratamiento de los derechos y libertades en el seno del espacio educativo. De una parte, porque no constituye una categoría generalmente admisible para el Estado constitucional, de otra parte, en particular, por la insatisfactoria respuesta de la que esta categoría es capaz ante la convergencia de la finalidad de la educación para la enseñanza pública y privada.

3. Una propuesta: contenido y límites de los derechos y libertades en función del objeto de la educación

Hasta estas páginas, el lector puede apreciar que no se ha contribuido en demasía a aportar soluciones respecto de la virtualidad de los derechos y libertades en el ámbito de la enseñanza. En un primer momento, el estudio se ha centrado en mostrar la complejidad y variabilidad del escenario educativo en relación con los derechos fundamentales para luego, en lugar de ofrecer respuestas del Derecho ante tales dificultades, ejercer una práctica nihilista respecto de las construcciones jurídicas que se han dado o podían darse. Pues bien, apreciada con profundidad la parcela sobre la cual deben proyectarse los fines, principios y derechos y libertades constitucionales, es momento ya de intentar esbozar cómo puede instrumentarse esta labor jurídicamente. Para ello parece idóneo atender tres vías de encauzamiento jurídico bien aplicables a nuestra tarea: las técnicas generales de delimitación de los derechos fundamentales, las relativas a la delimitación de los mismos y la concepción funcional de los derechos del marco educativo y, en especial, de las libertades de la enseñanza. Estos cauces jurídicos, tal y como a continuación se aprecia, son completamente compatibles y, además, en nuestro particular ámbito de referencia deben y pueden recibir en su seno al *objeto constitucional de la educación*. Y es que éste se constituye en el *nexo común, piedra angular que reconduce y canaliza la elasticidad que se da en el espacio educativo en virtud de la interacción de los múltiples factores que concurren en éste, a la vez, el objeto educativo prefijado por la ley de leyes pasa a ser el tronco común que debe guiar e inspirar del tratamiento jurídico-constitucional de la enseñanza*.

A) El objeto de la educación nos sirve para determinar el contenido de los derechos y libertades en la enseñanza

a. 1. Hay que delimitar los derechos y libertades acercándose a la realidad y fines de la educación

"Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis", en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

Como han reparado doctrina y jurisprudencia, antes de advertir la posible admisibilidad de los *límites* a los derechos en cuestión, deviene imprescindible *delimitar* el contenido y alcance constitucionalmente protegido de éstos⁹³,

puesto que los límites, como es obvio, sólo se dan respecto del ámbito subjetivo amparado por el derecho o libertad de que se trate. Así, por ejemplo la libertad de expresión no incluye la facultad de insultar (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8º), el derecho a la vida no incluye el derecho a la propia muerte (STC 120/1990 de 27 de junio FJ 7º) o la libertad de reunión no incluye que ésta se ejerza en el horario de trabajo o que el empleador deba disponer locales al efecto (STC 91/1983, de 7 de noviembre, FJ 3º). De modo significativo para nuestro caso, esta delimitación supone tener en cuenta la realidad y naturaleza sobre la que el derecho o libertad debe proyectarse. Esta perspectiva, que no siempre se subraya o bien se confunde con los límites mismos, tiene particular incidencia en el ámbito educativo que nos ocupa, siendo tantas las variantes circunstanciales que modulan el alcance de los derechos y libertades en los espacios educativos.

Para dar una adecuada respuesta a la gran elasticidad del contenido de los derechos y libertades en tan complejo escenario, se precisa el empleo de lo que se ha dado en llamar un *método institucional* (experimental o material, histórico,

⁹³ Al respecto, en especial, véase MARTÍN RETORTILLO, L. y DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, en concreto, la segunda parte del libro, debida al segundo de los autores, y en particular, entre otras, págs. 142, y 151-152. La jurisprudencia constitucional, tal y como SÁNCHEZ FERRIZ, R., ha percibido (cfr., entre otros, "Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Un año en la jurisprudencia constitucional sobre la información. ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior?", en *RGD*, mayo de 1994, págs. 5033-5051), asumió en buena medida esta aportación proveniente de la doctrina germana (cfr. SSTC. 15/1993, 282/1993 y 336/1993). Recientemente el Tribunal nos recordaba los elementos básicos de este punto de vista (STC 3/1997, de 13 de enero, FJ 1º):

"El enjuiciamiento de las pretensiones de las partes en este proceso constitucional requiere [...] que identifiquemos en primer lugar cuáles son los derechos fundamentales en presencia (SSTC 336/1993 y 22/1995, entre otras). Para determinar seguidamente, de conformidad con la función que corresponde a este Tribunal [arts. 123. 1 y 161. 1 b) CE], si el órgano jurisdiccional ha efectuado o no una adecuada *delimitación* de los derechos fundamentales que se han individualizado, atendidas las circunstancias particulares del caso. Lo que implica, dicho en otros términos, considerar si el ejercicio de esos derechos fundamentales ha tenido lugar dentro del ámbito constitucionalmente protegido o, por el contrario, se ha transgredido dicho ámbito (SSTC 15/1993, 336/1993 y 167/1995, entre otras)

La utilidad es clara, sino se trata del contenido del derecho o libertad, no se afecta al mismo, por lo tanto no se trata de un límite al derecho. Así puede apreciarse con claridad en la STC 139/1995, de 26 de septiembre, FJ 3º:

"... Ahora bien, *si los recurrentes han actuado al margen del ámbito del derecho* que el art. 20. 1º d) reconoce, *resulta innecesaria cualquier tipo de ponderación*. Ha desaparecido uno de los términos de la misma [...] de encontrarnos ante una actuación informativa ejercida fuera del ámbito del contenido constitucionalmente reconocido a la libertad de información veraz haría del todo innecesario seguir con cualquier otro tipo de razonamiento". "*Los límites que la Constitución impone al ejercicio de determinados derechos fundamentales sólo actúan si, al mismo tiempo, estos derechos se están ejerciendo dentro del ámbito que la Constitución les reconoce, pero no cuando éstos se ejercen fuera de mismo*".

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

funcional e incluso sociológico) para determinar cuál es el alcance de los derechos y libertades de cada uno de los operadores educativos en cada circunstancia concreta⁹⁴. Este método implica la necesaria “investigación histórico dogmática, relación con todo el orden jurídico, público y privado, referencia al derecho comparado y presencia en la argumentación de la realidad o naturaleza de las cosas”⁹⁵. En consecuencia, el Derecho debe adaptarse a la naturaleza real y jurídica de la relación educativa: a la finalidad de la educación, a las variables naturales (como la edad o demás circunstancias del alumno), a otros factores materiales (como pueda ser el entorno social en el que se desarrolla, a las disponibilidades materiales del espacio educativo), a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se den (centros públicos, privados, concertados, Universidades públicas o privadas), o a la diversa naturaleza de las actividades que en los espacios educativos se registren –académicas o no académicas y toda la gama que comprenden unas y otras-. Las argumentaciones jurídicas que se realicen habrán, ineludiblemente, de nutrirse de todo este abanico de circunstancias, esto es, acercarse a la realidad.

Si, como se aprecia más tarde, cada día se precise una mayor argumentación a la hora de reconocer y admitir la constitucionalidad de los *límites* a los derechos, no parece, sin embargo, que se exija el mismo *peso de las buenas razones* a la hora de *delimitar* los mismos. Por ello, cabe demandar a los encargados de llevar a cabo tal delimitación⁹⁶ y, en particular al Tribunal

⁹⁴ La “elasticidad objetiva” de la libertad de cátedra nos brinda un buen ejemplo de ello; no en vano, como en su momento se reparó, su contenido “se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertad. Tales características vienen determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente, en primer término, y el nivel o grado educativo al que tal puesto docente corresponde, en segundo lugar” (STC 5/1981, en su FJ 9º). Es decir, la casi absoluta variabilidad del alcance de las facultades o poderes que implica esta libertad (actividad curricular, elaboración de programas, docencia, corrección de exámenes, etc.) exige la atención de factores materiales, históricos y, especialmente, funcionales para determinar su contenido.

⁹⁵ Quien, a mi juicio, mejor ha recogido esta necesidad es GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales, análisis doctrinal y jurisprudencia: (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública)*, Civitas -UAM, Madrid, 1994 afirma que “no sabía entonces que para entender el Derecho, ordenarlo y explicarlo, iba a ser tan importante la investigación histórica y la fijación de categorías o instituciones” (pág. 37), este autor califica este enfoque como “método institucional” (pág. 38), la cita en el texto es de esta misma página.

Por su parte, FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y Derechos Fundamentales. I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992 afirma la conveniencia de llevar a cabo una interpretación funcional de los derechos y libertades “ajustada a su propia esencia y, al mismo tiempo, a la función que desarrolla como tal [...] Esta complementariedad existente entre estructuralismo y análisis funcional se revela sumamente importante en el estudio del Derecho Constitucional”, cfr. págs. 6-7 y 115-119.

⁹⁶ BLANQUER CRIADO, David V. *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 242 y ss. recuerda a quiénes compete la definición del contenido normal

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

Constitucional, una buena argumentación de corte institucional (próxima a la realidad y fines de la educación) para *delimitar* el contenido y alcance de las facultades que forman o no parte del derecho o libertad en cuestión, particularmente en el marco de la enseñanza. Y para ello el objeto constitucional de la enseñanza adquiere una especial virtualidad en este sentido, puesto que, como a continuación se pone de manifiesto, dentro de estos elementos institucionales de análisis, y con especial significación entre los mismos, hay que situar los criterios finalistas, teleológicos y funcionales. Por lo cual, el objeto constitucional de la educación pasa a librar una importante función en el marco de la *delimitación* de los derechos y libertades en el espacio educativo.

Nuestra *Constitución educativa* está comandada por el reconocimiento general del derecho a la educación y la libertad de enseñanza (art. 27. 1º CE), uno y otra están inextricablemente unidos y tienen por objeto el efectivo logro de la educación que señalada en el apartado segundo de este precepto. De este modo, tanto el contenido del derecho a la educación, como el de la libertad de enseñanza vienen marcados funcionalmente por la finalidad constitucional explícita. Por lo cual, a la hora de delimitar el contenido de estos derechos, este factor actúa de manera ineludible.

a. 2. El derecho a la educación de y en democracia y derechos y libertades

El “derecho a la educación” es, de una parte, un descriptor omnicomprendivo de todo el sistema educativo constitucional⁹⁷, de otra parte, este derecho fundamental se configura como un derecho subjetivo más, que incluye una serie de facultades. Tanto en una como otra acepción, el objeto educativo define el contenido del derecho a la educación.

En primer lugar, entendido como descriptor de todo el sistema constitucional de la enseñanza, el derecho a la educación es definido por el objeto de ésta prefijado en el art. 27. 2º CE:

“Por imperativo del mismo precepto (art. 27. 2 de la CE) *el alumno debe ser educado en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales [...]* Conviene, sin embargo, tener en cuenta que *no será posible realizar este derecho de los alumnos si el mismo principio de tolerancia no informa todas las*

de un derecho fundamental, a saber: a “las Cortes Generales, sin perjuicio de la intervención puntual del Tribunal Constitucional, o la excepcional de la Administración Pública”.

⁹⁷ Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional: dada “la estrecha conexión de todos estos preceptos, [los contenidos en el artículo 27 CE] derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar” (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3º).

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

relaciones entre los diferentes componentes de la comunidad escolar, pues la coherencia de una labor educativa consiste en transmitir al educando aquello que los educadores practican. Por eso, la Constitución exige el respeto a esos mismos -a todos ellos- principios constitucionales en relación con la creación y consiguiente organización de los centros privados (art. 27. 6 de la CE)”⁹⁸.

En consecuencia, “El art. 27 CE por su parte garantiza y reconoce el derecho fundamental a la educación que tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (auto 24/1994, de 24 de enero, FJ único), así pues, se trata del derecho a esa educación, y no otra. “La enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva (STC 5/1981, fundamento jurídico 7). “Cabe observar, en efecto, que los valores de libertad y libre desarrollo de la personalidad, positivizados por la Norma fundamental como principios constitucionales ya están presentes, explícita o implícitamente, en el propio art. 27 CE, como evidencian sus apartados 1 y 2 de este precepto De este modo, el derecho a la educación en esta primera acepción general acaba traducándose como enseñanza *de* y *en* democracia y derechos fundamentales. Enseñanza “de” porque de una parte, como contenidos epistemológicos, los principios democráticos y los derechos deben formar parte de la enseñanza, tanto como objeto directo de conocimiento, cuanto formando parte de los ya referidos contenidos transversales. Enseñanza “en” democracia y derechos fundamentales, en tanto éstos se proyectan sobre todo el sistema, en todos los espacios educativos y en todos y cada uno de los operadores educativos; la vida en derechos y libertades de unos y otros constituye un medio en sí para alcanzar el objeto educativo.

Ahora bien, el “ideario educativo constitucional”⁹⁹ no supone el reconocimiento de derechos concretos, sino la modulación de las facultades y alcance de las mismas que contiene el derecho a la educación. “Dichos principios, por sí solos, «no consagran derechos fundamentales» (STC 5/1981, fundamento jurídico 7. 100). Pues pese a cumplir una indudable función de

⁹⁸ Tomás y Valiente, voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero, punto 10º, ya citado. La cursiva es mía.

⁹⁹ Esta terminología es empleada por Tomás y Valiente, voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero, punto 10º: “El art. 27. 2 de la Constitución contiene la definición del objetivo que debe perseguir la educación, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, de cada centro docente, precepto que constituye lo que podría denominarse sin metáfora el «ideario educativo de la Constitución»”

¹⁰⁰ Con una redacción algo confusa, se afirmaba en esta sentencia que “el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

inspiración positiva para la totalidad del ordenamiento en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro (art. 1. 1 CE) es claro que tales principios no pueden constituir el cauce para extender ni los concretos «derechos de libertad» que encierra el art. 27 CE ni los específicos deberes que impone” (STC 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 12º)

Respecto de la segunda acepción del derecho a la educación, es decir, como derecho subjetivo que incluye una serie de facultades, cabe señalar que tales facultades cobran su razón de ser, y por ende su alcance, en función de la finalidad constitucional de la enseñanza. El objeto educativo acaba resultando el adjetivo que particulariza y determina todas y cada una de las facetas del derecho a la educación en sí. Así, siguiendo las facultades que para el Tribunal Constitucional implica el derecho a la educación¹⁰¹, a las mismas bien puede

que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.), no consagran derechos fundamentales, y la muy importante, derivada del art. 27. 2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva”.

¹⁰¹ Al margen de su entendimiento como descriptor global del sistema constitucional de la enseñanza, el derecho a la educación en sí, comprende una serie de facultades, como las que ha reconocido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia:

El derecho a la educación, según se desprende de la STC 5/81, de 13 de febrero, incluye el derecho a una educación con unas garantías mínimas de calidad (FJ 27º b)) así como la no arbitrariedad en las medidas disciplinarias educativas (FJ 28º). A juicio del magistrado F. Tomás y Valiente, incluye “el derecho a una educación plural, regida por la libertad” (punto 4º), al igual que el derecho a la elección de la educación religiosa, filosófica o moral que elijan los padres (punto 7º). Para los magistrados J. Arrozamena Sierra y F. Rubio Llorente se trata también del derecho a recibir una educación en condiciones de igualdad ex arts. 14 y 149. 1º. 1ª CE. En la STC 77/1985, de 27 de junio, se recuerda que el derecho a la educación incluye, también, el derecho de los alumnos a la estabilidad de los profesores (FJ 26º). En la STC 86/85, de 10 de julio, FJ 3º, se señala que supone un derecho de prestación por cuanto incluye la gratuidad de la enseñanza básica, a la vez que es un derecho primario de libertad con una dimensión prestacional, por lo que los poderes públicos deben procurar su efectividad. Igualmente, en esta sentencia se recuerda que el derecho a la educación no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados (FJ 4º). En el auto 855/1987, de 8 de julio, FJ 2º se advierte que el derecho educación conlleva la articulación del procedimiento que haga posible las pruebas o exámenes. Asimismo, en la STC 129/1989, de 17 de julio se considera que el derecho a la educación no incluye el derecho a la elección del turno de trabajo en una empresa privada. En la STC 195/1989, de 27 de noviembre, FJ 3º, se señala que el derecho a la educación no incluye la prestación de los poderes públicos del derecho a recibir la educación en la lengua de preferencia de los padres. En la STC 24/1994, de 24 de enero, FJ 1º se recuerda que el objeto de la educación forma parte del derecho a la educación que debe recibirse. En el voto particular a la STC 260/1994, de 3 de octubre se afirma que el derecho a la educación incluye el derecho y deber de la escolarización de los menores, lo cual parece también desprenderse del cuerpo de dicha sentencia. En la sentencia del catalán, 337/1994, de 23 de diciembre, en su FJ 11 se afirma que el derecho a la educación incluye el derecho a recibir la educación en una lengua que los alumnos puedan comprender y asumir los contenidos de las enseñanzas que se imparten. Por último, en el auto 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4º, se asevera que el derecho a la educación incluye la facultad de elegir centro docente por los padres (no como exigencia prestacional al Estado), así como el derecho a acceder al centro escolar elegido y su correlato en la facultad de proseguir la instrucción en el mismo, y por ende, de no ser expulsado arbitrariamente. Ello, no obstante, no supone el derecho a un escrupuloso respeto de todas y cada una de las garantías procesales que puedan pertreñarse.

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

añadirse el aditivo de una educación determinada: se trata del derecho a recibir una enseñanza en y de democracia y derechos, prestada gratuitamente en su grado básico; del derecho de los padres a recibir una educación adecuada a sus convicciones democráticas y de los derechos y libertades –claro está, siempre que tal comprensión sea constitucionalmente conforme-; del derecho a que la educación en y de democracia y derechos tenga unas garantías de calidad mínimas, así como que el objeto de la educación sea preservado con garantías de igualdad en toda el territorio; del derecho a la escolarización para recibir tal tipo de educación, del derecho a permanecer en los centros para ello; de la interdicción de la arbitrariedad disciplinaria de forma que se preserve el entendimiento de un sistema educativo regido y comandado en la democracia y los derechos y libertades, etc. En conclusión, el artículo 27. 2º CE implica la fuente de inspiración en aras a la delimitación funcional del derecho a la educación.

a. 3. Libertades de la enseñanza para entender y alcanzar el ideario constitucional de la educación

Como en otro lugar he tenido ocasión de abordar¹⁰², las libertades de la enseñanza, genéricamente reconocidas en el art. 27. 1º CE y en otros preceptos constitucionales¹⁰³ tienen un carácter esencialmente funcional e instrumental. En aquel trabajo se definieron tales libertades como “aquellas categorías jurídicas que reconocen facultades a los distintos operadores educativos ampliando su esfera de libertad *para* la defensa de la libertad y pluralidad de la educación, enseñanza, ciencia y cultura”¹⁰⁴. No obstante, cabía dar un paso más, puesto que la libertad y la pluralidad en la enseñanza no tienen pleno valor en sí mismas, siendo que es la propia Constitución la que les dota de contenido, de finalidad última: la libertad y la pluralidad en la enseñanza son medios imprescindibles para satisfacer el objeto educativo que impone el artículo 27. 2º CE. Buen ejemplo de ello nos lo brinda el artículo 3 LODE, en el que se señala que “Los profesores, en el marco de la Constitución, tienen garantizada la libertad de cátedra. *Su ejercicio se orientará a la realización de los fines educativos, de conformidad con los principios establecidos en esta Ley.*”

¹⁰² COTINO HUESO, L., “Reflexiones en favor de una concepción funcional... cit.

¹⁰³ Esto es: la libertad de creación de centros docentes y el derecho a la dirección de éstos, así como el derecho al establecimiento de un ideario educativo (art. 27. 6º CE), el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus propias convicciones (art. 27. 3º CE), la autonomía universitaria (art. 27. 10º CE), la libertad de cátedra (art. 20. 1º c) CE) y la llamada “libertad académica” (que comprende tanto la mencionada libertad de cátedra cuanto las libertades de estudio y de investigación, art. 2. 1º LRU y art. 20. 1º b) CE).

¹⁰⁴ COTINO HUESO, L., “Reflexiones en favor de una concepción funcional... cit. pág. 92

Las libertades de la enseñanza no son verdaderos derechos subjetivos, esto es, no son derechos concedidos a los centros o a los profesores para satisfacer sus propios intereses (lo que más que un derecho supondría el reconocimiento de un privilegio a un sector profesional¹⁰⁵). Por el contrario, *estas libertades son reconocidas para que por medio de su ejercicio se alcance el interés de toda la sociedad en que la educación, ciencia y cultura sean libres y plurales, algo que, a su vez, es preciso para poder lograr una educación basada en el pleno y libre desarrollo de la personalidad del alumno, sustentada en los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales, esto es, la educación que prescribe la Constitución*. Así, desde esta perspectiva, las libertades de la enseñanza sólo subsidiariamente protegen los intereses subjetivos de centros educativos y docentes. Y sólo protegerán tales intereses propios en la medida en la que éstos marchen parejos a una mayor libertad y la pluralidad en la enseñanza que conduzca, precisamente, a alcanzar el objeto de la educación marcado en la ley de leyes. De este modo, los únicos derechos subjetivos directamente protegidos por la Constitución en el ámbito de la enseñanza son los de los alumnos. Asimismo, bajo esta comprensión, toda la actividad interpretativa y concretizadora respecto de las libertades de la enseñanza debe inspirarse en el criterio de la funcionalidad de las mismas. Es la finalidad por la que estas libertades son instituidas por la Constitución la pauta que debe dirigir la determinación del contenido y alcance de las mismas (delimitación), así como la resolución de posibles colisiones con otros derechos o bienes constitucionales (límites).

¹⁰⁵ En dicho estudio, para fundamentar tales afirmaciones se acude a la doctrina y jurisprudencia para advertir las grandes dificultades que se han dado para percibir la naturaleza de las libertades de la enseñanza. Unos y otros han confundido y situado en un mismo plano a la dimensión objetiva, positiva o institucional de los derechos y libertades y a la categoría de la garantía institucional. Tal confusión viene causada porque subyace la concepción funcional e instrumental aquí sostenida, pero no acaba de articularse adecuadamente. En todo caso, todo hay que decir, ni la jurisprudencia ni la doctrina han puesto en duda el carácter de derecho subjetivo de las libertades de la enseñanza, carácter subjetivo que es precisamente lo que se niega. Para sostener esta original posición, se acude a dos construcciones jurídicas conocidas: las potestades del Derecho civil de familia y las prerrogativas parlamentarias. Se aprovechan tales construcciones por su marcado carácter funcional o instrumental: unas y otras no protegen los intereses subjetivos de quienes las ejercen (padres o tutores, parlamentarios), sino que se reconocen a favor de otros intereses objetivos (el bien de los hijos, la libertad e independencia funcional de las cámaras). Por medio del análisis paralelo de estas categorías al de las libertades de la enseñanza se encuentran sólidos argumentos de lo sostenido. Una reinterpretación de las libertades de la enseñanza de este talante podría conllevar la corrección su actual ejercicio desviado, en especial, podría suponer una positiva desprotección constitucional del corporativismo existente en los círculos académicos (órganos universitarios, profesorado), asimismo, se entiende que su comprensión podría facilitar la verdadera búsqueda de la pluralidad frente al oligopolio religioso-estatal en la educación. En coherencia con su planteamiento inicial aquel estudio concluía señalando la necesidad de un nuevo talante en la percepción jurídica de la *Constitución educativa*, en la cual los ejes basilares no son otros que los derechos subjetivos del educando (los únicos derechos fundamentales subjetivos) y las finalidades objetivas de la libertad y pluralidad, que como ahora se concreta, tienen su *telos* en el propio objeto constitucional de la enseñanza.

"Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis", en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

Con el reconocimiento de las libertades de la enseñanza, es decir, de la libertades de cátedra, de creación y dirección de centros docentes, del derecho al establecimiento de un carácter propio, del derecho de elección de los padres e incluso, de la autonomía universitaria *no sólo se consagra la libertad y pluralidad en general, sino que, en virtud del art. 27. 2º CE, estas libertades suponen el reconocimiento a las diversas vías posibles de entender y de alcanzar el objeto prefijado de la educación y la libertad de elegir entre ellos*. En consecuencia, a la hora de delimitar el contenido constitucionalmente protegido de estas libertades, quedarán fuera las metodologías y conocimientos contrarios a un libre desarrollo de la personalidad basado en los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales. Por ejemplo, el ejercicio de estas libertades no podrá amparar malos tratos físicos o psíquicos al educando o la apología de totalitarismos, intolerancia, xenofobia o discriminación sexual¹⁰⁶. Tales prácticas que pudieran llevar a cabo los operadores educativos creyéndose amparados por estas libertades quedan *fuera* del contenido de estas libertades. Por lo tanto, frente a la interdicción de estas prácticas no pueden argüirse estas libertades y no porque haya que limitarlas, sino porque, en puridad, no se habrá ejercido las mismas (como se señaló, insultar no supone ejercer la libertad de expresión). La Constitución no ampara posibles idearios de los centros de estos talantes, o que la práctica de los centros o la actividad docente pueda incluirlos, los padres tampoco pueden elegir una educación contraria al pleno desarrollo de la personalidad de sus hijos, pleno desarrollo que sólo puede lograrse a través de una educación basada en los principios democráticos y los derechos y libertades. El mismo ejercicio de los derechos y libertades por parte de los propios alumnos no podrá dar soporte a éstos u otros elementos contrarios al objeto constitucional de la enseñanza.

¹⁰⁶ En esta dirección, cabe señalar algunas disposición de la Convención sobre los derechos del niño, de Nueva York, de 20 noviembre de 1959, ratificada por España el 6 de diciembre de 1990. En su artículo 29. 2º reconoce "la libertad de los particulares y de las Entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, *a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo*"; tales principios no son otros que el acuerdo en que la educación del niño deberá estar encaminada a "desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades"; "inculcar al niño el respeto de los derecho humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas"; "el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país del que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya"; "preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena" y, por último "incluir al niño el respeto del medio ambiente natural." Cabe asimismo recordar que su artículo 28. 2º señala que "Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención".

B) Los límites a los derechos como "terapia" para alcanzar la "salud constitucional"

b. 1. Los límites a los derechos como un tratamiento que se dispensa a un paciente

Los derechos y libertades no son ilimitados, antes al contrario, todos los derechos fundamentales pueden y deben quedar sometidos a diversos límites, ya por la confluencia con los derechos y libertades de los demás, ya por la necesidad de preservar algunos bienes que la comunidad política estima dignos de protección. Como el tratamiento jurídico de los límites de los derechos es una materia compleja, puede resultar útil seguir una metáfora con la que favorecer cierta comprensión sobre la materia.

La limitación de un derecho bien puede entenderse como el tratamiento médico que se dispensa a un sujeto para preservar la salud de la persona o bien de la propia comunidad en su conjunto¹⁰⁷. En principio, rige la idea de no administrar fármacos a los pacientes, esto es, no limitar los derechos (*principio "pro libertate"*). Además, la finalidad del tratamiento no debe ser otra que mejorar la salud, básicamente para evitar que el individuo no contagie o menoscabe la salud de otras personas, es decir, la finalidad de la limitación es la preservación de los derechos de los demás o, en su caso, de algunos bienes estimados por la comunidad y reconocidos como tales en la Constitución y que en ese caso concreto se estime que deban prevalecer (*finalidad legítima*). Como es obvio, para que tenga lugar la terapia el sujeto debe estar enfermo y, en nuestro ejemplo, su estado debe menoscabar de hecho a algunos sujetos en particular o, en su caso, a la comunidad en general; en otras palabras, la limitación del derecho o libertad (por ejemplo, la libertad de expresión) debe resultar necesaria porque se ha afectado efectivamente a derechos (por ejemplo, el derecho al honor de otra persona) o bienes constitucionales (por ejemplo, la protección de la juventud o la infancia) (*necesidad*). En este caso, al paciente se le debe administrar una medicación que sea la adecuada a su dolencia, lo que significa que el límite que se reconozca sea el oportuno para la afección a otros derechos o bienes que es lo que se pretende evitar (*congruencia*). Ahora bien, no vale cualquier dosis del medicamento, sino que, en tanto que se parte de que no es

¹⁰⁷ La idea, en modo alguno original, la extraigo de BLANQUER CRIADO, David, *Introducción al Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 267. El autor, no obstante, la aplica únicamente respecto de la proporcionalidad: "Entendida como adecuación, la proporcionalidad hace referencia a la idoneidad de la medicina empleada para curar una enfermedad (*principio de adecuación*); en un sentido más estricto se refiere a la dosis de esa medicina que en cada caso debe prescribirse en razón de la gravedad que alcance la enfermedad en cuestión (*principio de proporcionalidad en sentido estricto*)"

"Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis", en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

bueno administrar tratamiento alguno al paciente, sólo debe aplicarse el medicamento justo para la gravedad de la enfermedad que se pretende remediar (*proporcionalidad*).

También, en nuestra metáfora terapéutica se exige una prescripción médica para la dispensa de un tratamiento, se quiere significar con ello que la limitación de derechos ha de estar habilitada previamente por la ley (*reserva de ley*). Sin perjuicio de ello, la necesaria prescripción médica puede atenuarse ya según el tipo de enfermedad o el grado de la misma de que se trate ya en razón del carácter público o privado del centro médico que dispense el tratamiento. Así, para esferas organizativas privadas la ley puede permitir que las normas que rigen entre los particulares puedan establecer diversos límites. Por último, debe preservarse, en todo caso, la vida del paciente, lo que supone que sean cuales sean los motivos que justifican la limitación de un derecho, siempre debe quedar a salvo la existencia del mismo (*contenido esencial*).

Así pues, estos requisitos que se han mencionado para poder aplicar un tratamiento médico, vienen a suponer las exigencias que se han consolidado para determinar la admisibilidad constitucional de los límites a los derechos (finalidad legítima, necesidad, adecuación, proporcionalidad, reserva de ley, y contenido esencial)¹⁰⁸. Estas exigencias, si bien no constituyen un marco ajeno

¹⁰⁸ El Tribunal Constitucional, en la STC 120/1990, de 27 de junio, recordaba, con una extraordinaria concisión, los pilares básicos que constituyen las exigencias de admisibilidad de los límites de un derecho o libertad:

"A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que *sólo ante los límites que la propia CE. expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden ceder los derechos fundamentales* (SSTC 11/1981, FJ 7º; 2/1982, FJ 5º; 110/1984, FJ 5º), y de otra que, *en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable»* (STC 53/1986, FJ 3º), de modo que *todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido»* (SSTC 62/1982, FJ 5º; 13/1985, FJ 2º) y *ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone»* (STC 37/1989, FJ 7º) y, *en todo caso, respetar su contenido esencial* (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FJ 4º, 5º, 6º; 197/1987, FJ 11º), si tal derecho aún puede ejercerse."

Los límites implícitos de los derechos y libertades se deducen de una colisión entre un derecho fundamental o una libertad con otro *término que sea constitucionalmente relevante*. Este otro término de la colisión no sólo tiene por qué ser otro derecho fundamental, sino que como arriba se afirma, bien puede ser un *derecho constitucional* -categorización, como sabemos, de un contenido denotativo más amplio- (en este sentido véanse las SSTC 2/1982 y 91/1983). Igualmente, el conflicto con el derecho fundamental puede producirse con un *bien constitucionalmente protegido* (véase la tan citada STC 11/1981), o con un *valor constitucionalmente reconocido* (así, entre otras, la STC 22/1984.)

Del mismo modo, cabe enumerar algunas de las exigencias del Estado de Derecho a la hora de establecerse una limitación a un derecho o libertad que no se aluden en la anterior referencia, a saber:

-motivación de las decisiones judiciales que coarten el ejercicio de los derechos fundamentales (recogido desde la STC de 17 de julio de 1981 y consolidada, entre otras, en las SSTC 62/1982, 13/1985, 37/1988, 37/1989, 3/1992, 12/1994, 160/1994, 50/1995, 52/1995, 128/1995, 181/1995, 34/1996 y 62/1996).

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

al decisionismo judicial¹⁰⁹, implican unas mínimas garantías jurídicas a la hora de legitimar constitucionalmente la limitación de un derecho o libertad.

b. 2. El objeto constitucional de la educación como exigencia de una “salud” concreta en democracia

Para el ámbito de la educación, estas exigencias constitucionales perfiladas por la jurisprudencia y doctrina para constatar la admisibilidad de los límites a los derechos y libertades resultan aplicables; es más, tales requisitos se adecuan a la multiplicidad de variables que pueden afectar a la relación educativa (espacio público o privado, edad del estudiante y nivel educativo, tipo de actividad de que se trate, materia de enseñanza, etc.) De una parte, según en el espacio en el que nos encontremos y el ámbito de atención concreto, serán distintos los derechos, bienes o valores constitucionales en concurrencia y posible conflicto o colisión (por ejemplo, neutralidad pública o carácter propio frente a la libertad de cátedra). De otra parte, el carácter abstracto de las cláusulas de la finalidad legítima, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad, reserva de ley, respeto del contenido esencial, permiten adecuarse a las diversas circunstancias que concurren en el espacio educativo. Aún es más, es menester emplear estas técnicas tanto en relación con los derechos propios de la enseñanza cuanto

-Técnica de la alternativa menos gravosa; que la opción limitadora sea la menos lesiva de todas las posibles (cfr. SSTC 62/1982, 120 y 137/1990), y en la misma dirección, que se realice la interpretación más favorable a la eficacia y a la esencia de los derechos fundamentales (entre otras, véanse las SSTC 34/1983, 81/1983, 67/1984, 17/1985, 73/1986, 159/1986, 76/1987, o la 254/1988).

-Reserva de ley para la regulación del ejercicio los derechos y libertades (art. 53 CE), exigencia de ley orgánica para el desarrollo (art. 81 CE) -al respecto, por todas, véase la STC 76/1983-. Así como la no afectación de los decretos-ley a los derechos y deberes del Título I (art. 86 CE).

¹⁰⁹ Resulta cierto que mediante el empleo de estas técnicas se ha dado pie a cierto decisionismo judicial; parece que la determinación del contenido de los derechos fundamentales ha quedado, en buena medida, abocada a la práctica judicial y, en concreto, dependiente de lo que disponga el Tribunal Constitucional. Sea éste, quizá, el mayor reto del Derecho constitucional actual. En este sentido, ver, en general BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993 donde se critica la actual evolución de la concepción de los derechos fundamentales, tanto por la continua extensión de su vertiente objetiva como por la evolución de la concepción normativa de la Constitución, (en especial, véanse las págs. 131 y ss.) Al respecto, GRIMM, Dieter, “La Constitución como fuente del Derecho”, en, BARATTA, A y otros, *Las Fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de Lleida, Eds. Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 24 afirma que “Todas estas construcciones tienden a disolver la aplicación de la ley en un proceso de ponderación de los diversos valores constitucionalmente protegidos. No es ya la norma precisa quien decide un litigio, sino su valor último. Esta circunstancia reduce la claridad de la ley [...] De este modo se incrementa el elemento político conectado a la jurisdicción constitucional.” En este sentido, ver, también, OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, págs. 44-48.

respecto de la virtualidad de los derechos y libertades en general que se proyectan en este ámbito¹¹⁰.

Así pues, los eventuales conflictos que se produzcan en el multiforme escenario educativo deben canalizarse jurídicamente por medio de estas exigencias generales a la admisibilidad de los límites a los derechos. Ahora bien, estos requisitos se ven afectados por el objeto constitucional de la enseñanza; la finalidad constitucional de la educación pasa a actuar como directriz hermenéutica a la hora de resolver los posibles conflictos que pretendan resolverse. De este modo, *la finalidad legítima que deba dar soporte a la limitación de un derecho o libertad de alguno de los operadores educativos deberá encontrar su razón última en un mejor logro del objeto de la enseñanza.*

Siguiendo el paralelismo de los límites y los tratamientos médicos, cabe entender al objeto de la educación como el mantenimiento de la salud tanto del individuo como de la comunidad, pero no una salud cualquiera, sino aquella que permita una vida o salud en dignidad, democracia y derechos. Dado que existe un tipo prefijado de salud o vida por la Constitución, no debe aplicarse un tratamiento al paciente (esto es, limitar sus derechos y libertades), aunque valga para erradicar alguna enfermedad o aliviar sus efectos, si tal terapia contribuyese a una irresistible dependencia a la medicación del paciente, o a un mero alivio que, a la postre, deteriorase la posibilidad del sujeto de vivir con la referida dignidad, su participación en la democracia o su disfrute de los derechos. En este sentido, volviendo a la realidad educativa cabe señalar, por ejemplo, que el buen orden del centro no tiene valor constitucional en sí, salvo que el mismo sea racionalmente adecuado a la forma de alcanzar el objeto de la educación por parte del centro. *Finalidades como el buen orden del centro o la disciplina educativa sólo cobran su legitimidad en relación con un mejor logro de una educación que busque el pleno desarrollo de la personalidad fundamentado en el respeto de los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales.*

El ejercicio de los derechos y libertades en el espacio educativo por parte del sujeto no debe menoscabar el logro de una educación en dignidad, democracia y derechos. Para el caso de que un operador educativo (centro, docente, padre, alumno) opte por no asumir el objeto constitucional de la enseñanza, hay que velar para que ello no impida alcanzarlo al resto de los sujetos, se tienen que preservar los derechos de los demás sujetos de la comunidad educativa y, en especial, el derecho del alumno a recibir una educación cuyo objeto señala el artículo 27. 2º CE. Así, si los docentes no

¹¹⁰ Como se adujo con anterioridad, para los derechos y libertades generales en el ámbito privado, resultaba admisible el empleo de la técnica de la *Drittwirkung*. No obstante, a la postre, lo relevante resulta una ponderación (aplicación de las técnicas generales de límites a los derechos) en la que entran en juego otros elementos que no confluyen en la relación jurídico pública (la autonomía de la voluntad y, concretamente, en la esfera de la enseñanza la libertad de creación y dirección de centros y el establecimiento de un carácter propio).

"Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis", en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

comparten el ideario constitucional, basta con que no perjudiquen a los centros y, especialmente, a los educandos¹¹¹. Volviendo al paralelismo seguido, se puede admitir que los operadores educativos opten por una forma de vida distinta a la vida en dignidad, democracia y derechos, esto es, una vida "poco salubre" para el sentir de la comunidad, sin embargo, podrán aplicarse terapias a éstos sujetos si ello pone efectivamente en riesgo la salud del resto de la comunidad.

Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la necesaria pluralidad y libertad para entender y alcanzar el objeto prefijado de la educación. Al fin y al cabo, como se ha señalado, las libertades de la enseñanza suponen el reconocimiento a las diversas vías posibles de entender y de alcanzar el ideario educativo constitucional. Esto es, siguiendo de nuevo la metáfora señalada: existe una medicina oficial (enseñanza pública), pero ésta no es hegemónica y excluyente. No en vano la misma ley de leyes protege la existencia de medicinas alternativas (enseñanza privada). Una y otras no pueden tener otro fin que preservar la salud del enfermo, siempre que le permita una vida con dignidad, democracia y derechos, lo cual no impide la variedad de formas posibles de entender y alcanzar tal vida. Obviamente, no toda medicina alternativa es válida (como lo serían, por ejemplo, no pocos "curanderos"), es decir, la pluralidad de vías para alcanzar el objeto constitucional de la educación tiene sus límites, pues, indudablemente hay formas en la enseñanza incompatibles con el ideario educativo constitucional. Por lo tanto éstas quedarán excluidas, a la vez que proscritas de la Constitución. En este sentido, al margen de ser la guía inspiradora del sistema educativo, el artículo 27. 2º CE pasa a erigirse como límite (y/o límite de límites) de los derechos y libertades en el ámbito de la enseñanza¹¹².

¹¹¹ En este sentido, se comparte la afirmación efectuada respecto por Cfr. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos...* cit., págs. 484-485:

"participamos ciertamente de la idea de que la libertad de cátedra encuentre un límite en el respeto a los valores democráticos. Así lo impone el artículo 27. 2º de la constitución, y así lo proclama el propio Tribunal Constitucional a través de la idea de neutralidad ideológica de los centros públicos. Ahora bien, una cosa es que el docente no lance diatribas contra el sistema político vigente (éste es el límite de la libertad de cátedra), y otra bien distinta que se vea obligado, en la virtud de la democracia militante, a convertirse en un apologeta del sistema -incluso contra su voluntad de sus creencias-. La democracia es primordialmente diversidad, y dentro de ella han de tener cabida tanto los que quieren el sistema como los que abominan de él. Para estos últimos es bastante sacrificio imponerles que no manifiesten sus opiniones en contra. Imponerles además una actitud beligerante en defensa del sistema parece intentar deducir de la Constitución más de lo que está posiblemente quiso decir. Es más, una imposición de tal carácter creemos que viola abiertamente la libertad de cátedra, supuesto que ésta sea, tal y como dice el Tribunal Constitucional, resistencia cualquier mandato de dar su a su enseñanza una orientación ideológica de que determinada."

¹¹² En este sentido, Tomás y Valiente, voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero, punto 11º, señala:

"Pues bien, la primera finalidad que este precepto constitucional asigna a la educación es «el pleno desarrollo de la personalidad humana» del alumno. Plenitud que es imposible sin libertad, por lo

Una vez admitida la legítima finalidad de una posible limitación de un derecho o libertad, la argumentación que deba dar soporte a los límites del derecho o libertad de que se trate debe encontrar su razón última en la necesidad, proporcionalidad y congruencia de los mismos, siempre en orden a alcanzar el objeto de la educación. Siguiendo de nuevo la metáfora, *el tratamiento, que deberá ser el idóneo o adecuado, habrá de ser aplicado tan sólo en el caso en que la enfermedad del sujeto lo requiera porque la misma no permita mantener la vida de los demás en dignidad, democracia y derechos*. En principio, uno es libre de llevar una vida "poco salubre", pero sólo hasta el punto en el que no se afecte a la salud de los demás. Este mismo criterio debe actuar respecto de la dosis a aplicar. *La dosis de medicación concreta no será la destinada a recobrar una vida salubre del enfermo, sino tan sólo aquella que permita al resto de la comunidad poder gozar de la, digámoslo así, salud requerida constitucionalmente*. De ahí que este criterio específico de la proporcionalidad pueda jugar tanto en la disminución de la dosis a aplicar, cuanto, en casos concretos, su posible incremento. Así, de un lado, no será menester expulsar a un alumno indisciplinado para poder proseguir una educación conforme a la manera de entender el objeto educativo, cuando con una mera reprobación pueda redirigirse la marcha de la enseñanza. Todo ello, teniendo en cuenta que lo mejor es no aplicar fármaco alguno. Pero también puede darse el caso contrario, por ejemplo, es posible que haya que reprobar duramente a un maestro infantil cuya actividad menoscabase la posibilidad de los escolares de ser educados en dignidad, democracia y derechos (por ejemplo, una educación en valores xenófobos, discriminatorios o intolerantes), en este caso, la limitación de los derechos del docente es posible que deban acentuarse.

Por último, en nuestra metáfora se ha señalado que los tratamientos precisan prescripción médica (reserva de ley). Sin perjuicio de ello, la exigencia de la misma puede variar según el ámbito donde se produzca el tratamiento. Por ejemplo, en el ámbito educativo público debe requerirse una prescripción en todos los casos, cuando para el ámbito privado es posible que el centro cuente con una habilitación general para despachar tratamientos, al menos los relativos a algún tipo de enfermedades para los casos menos graves (por ejemplo, para

cual los términos del art. 27. 2 son complementivos de aquellos otros del art. 10. 1 de la CE en los que se afirma que «el libre desarrollo de la personalidad» es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por ello, todo ideario educativo que coarte o ponga en peligro el desarrollo pleno y libre de la personalidad de los alumnos será nulo por opuesto a la Constitución.

Por imperativo del mismo precepto (art. 27. 2º CE) el alumno debe ser educado en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Si, como escribió Kelsen, «la educación para la democracia es una de las principales exigencias de la democracia misma», es evidente que el Estado no podría permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos. El citado art. 27. 2 es garantía de que esto no podrá ocurrir en nuestro ordenamiento."

dictar las normas de convivencia o el régimen disciplinario, preservándose la necesidad de una prescripción para las sanciones graves).

Así pues, el objeto constitucional de la educación no sólo sirve de criterio a la hora de determinar el alcance de los derechos y libertades en el ámbito de la educación y la enseñanza, sino que resulta imprescindible en orden a concretar la admisibilidad de las limitaciones a las que pueden ser sometidos tales derechos fundamentales.

4. Recapitulación y conclusiones

Tal y como se ha visto, la centralidad que adquieren los derechos fundamentales en el ámbito de la enseñanza es doble. De un lado, no sólo porque los derechos y libertades se proyecten en la enseñanza como en cualquier otra parcela de la realidad, sino porque se han reconocido unos derechos fundamentales concretos para esta esfera educativa (derecho a la educación, libertad de enseñanza, participación, etc.). Del otro lado, no hay que olvidar que los propios derechos y libertades forman parte del objeto mismo de la educación, en tanto que la ley de leyes entiende que sólo una educación basada en los mismos permite el pleno desarrollo de la personalidad del alumno. Pues bien, esta doble dimensión de los derechos fundamentales en la enseñanza está íntimamente conectada. De una parte, y en buena medida, el objeto constitucional de la educación se alcanza según se proyecten efectivamente los derechos y libertades en la enseñanza; de otra parte, la finalidad constitucional de la educación resulta ser el criterio determinante en orden a averiguar el contenido y los límites de los derechos y libertades en la enseñanza. Bajo estos parámetros, el estudio se ha centrado en esbozar cómo se proyectan los derechos y libertades en la enseñanza, para luego atender la otra vertiente, esto es, cómo afecta el ideario constitucional a la delimitación y limitación de tales derechos fundamentales.

En tanto que el escenario de la enseñanza es muy complejo y variable, para apreciar la proyección de los derechos en su seno se ha entendido conveniente advertir cómo afecta este amplio abanico de circunstancias a la vida real de los derechos y libertades en los espacios educativos. Había que acercarse a la realidad para lograr establecer un marco con el que atender la materia jurídicamente. Así, se ha efectuado un bosquejo de cómo afectan al desarrollo de los derechos y libertades factores como la edad o circunstancias especiales del alumno, que se trate de centros de enseñanza públicos o privados, las múltiples actividades que se efectúan en los espacios educativos o, por ejemplo, la propia materia o disciplina objeto de enseñanza. De este modo, cuanto menos, se ha podido llegar a algunas afirmaciones generales. Así, entre otras, se ha señalado que los derechos y libertades propios de la enseñanza rigen con la misma intensidad en centros públicos o privados, sin perjuicio de que en uno y

otro ámbito los conflictos entre estos mismos derechos y libertades den lugar a panoramas, en ocasiones, completamente diferentes. Por el contrario, se ha considerado que los derechos y libertades no particulares del marco educativo tienen plena vigencia en los centros públicos, mientras que en los centros privados su eficacia queda mitigada en favor de la autonomía de los mismos. Por ello, se ha concluido que sólo para los derechos y libertades generales tiene vigencia la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la llamada *Drittwirkung*.

En la medida en la que es el propio alumno el eje basilar de todo el sistema educativo, así como el único sujeto de verdaderos derechos subjetivos de la enseñanza, se ha entendido que la edad del mismo tiene una importancia máxima a la hora de perfilar no sólo sus derechos y libertades, sino también los del resto de implicados en la enseñanza (padres, profesores y centros). En otras palabras, la edad del alumno condiciona el estatuto de derechos y libertades de todos los operadores educativos. En esta dirección, se ha considerado que la protección de la infancia y, en su medida, la de la juventud, sirve para instrumentar la protección de los derechos de la personalidad de los alumnos, provocando la constricción de los derechos y libertades de centros y docentes, si bien estas limitaciones se van atenuando conforme aumenta la edad del alumno. Por cuanto a las libertades públicas de los estudiantes, se ha advertido que, en tanto éstas se hacen depender de la capacidad para ejercerlas efectivamente, conforme madura el alumno se hace posible el ejercicio de tales libertades, llegando a la plena capacidad con la mayoría de edad. Asimismo, se han apreciado los fenómenos particulares de *desvanecimiento* y *traslación* de derechos y libertades. De un lado, el derecho subjetivo de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos se desvanece en la medida en la que éstos van adquiriendo la capacidad requerida para ejercer su libertad ideológica y religiosa. De otro lado, se ha advertido que los padres y alumnos participan en la enseñanza en defensa un mismo interés, que no es otro que el de los alumnos. Así pues, dado que los padres no participan en interés propio, su presencia se traslada al verdadero interesado, el alumno, conforme éste va adquiriendo capacidad para defender sus intereses.

También se ha incidido en otro de los factores que dificultan el tratamiento de los derechos y libertades en la enseñanza: la gran variedad de actividades que se dan en los espacios educativos. En este sentido, se ha afirmado que las libertades de la enseñanza no sólo entran en juego respecto de las actividades académicas, sino que pueden alcanzar parcelas en principio extrañas como la gestión del centro, las relaciones laborales en su seno, la atribución de la docencia o la vida privada del los operadores educativos. Asimismo se ha apreciado lo que viene a resultar el reverso de lo anterior: los derechos y libertades no particulares de la educación pueden cobrar importancia en la vida educativa con diversa intensidad, especialmente en el marco de la participación en la enseñanza. Por último, se ha considerado que los espacios más

problemáticos para las libertades públicas en la enseñanza son aquéllos en los que se trata de la docencia de materias más próximas a las humanidades y las ciencias sociales, a diferencia de las ciencias exactas, de la naturaleza, la educación física o los idiomas que, en principio, se presentan como escenarios poco conflictivos para dichas libertades públicas. Ahora bien, cuestión diferente es que se trate de una equivocada creencia de estar ejerciendo una libertad de la enseñanza, lo cual, por necesidad sí que puede conllevar problemas incluso en áreas no propias a las ciencias humanas y sociales.

Una vez efectuado este acercamiento a la proyección de los derechos y libertades en los espacios educativos, se ha pretendido apuntar cómo afecta el objeto constitucional de la enseñanza a la determinación del contenido y los límites de los derechos fundamentales en este ámbito. Para ello, con carácter previo se ha realizado una valoración de algunos medios con los que se había afrontado la materia hasta la fecha. En esta dirección, como ya se ha señalado, se entiende que la doctrina alemana de la *Drittwirkung* puede ser aplicada para los centros privados respecto de los derechos no propios de la enseñanza. De otra parte, respecto de los centros públicos se ha desterrado la aplicación de la técnica restrictiva de la relación de especial sujeción, ya por su inutilidad, ya porque rememora tiempos pasados faltos de democracia y libertad en la enseñanza. En consecuencia, se ha partido de que para la parcela de la educación hay que huir de técnicas especiales (conducentes a limitar derechos y libertades sin excesiva justificación), por el contrario, se deben aplicar las técnicas generales de limitación y delimitación de los derechos fundamentales. Y es precisamente en la aplicación de estas técnicas generales donde el objeto constitucional de la educación se manifiesta como criterio esencial.

Llegados a este punto, se ha afirmado que todas las facultades que incluye el derecho a la educación se perfilan conforme a la finalidad recogida en el artículo 27. 2º CE. De forma paralela, se ha advertido que las distintas libertades de la enseñanza son meros instrumentos puestos en manos de los operadores educativos para alcanzar la libertad y pluralidad en la enseñanza, ahora bien, libertad y pluralidad como medios indispensables, a su vez, para alcanzar el propio objeto de la educación. Así pues, las libertades de la enseñanza cobran su sentido último en cuanto garantes de la libertad y pluralidad en las formas de entender y alcanzar la finalidad constitucional de la educación.

Finalmente, se ha atendido la compleja materia de las limitaciones a las que pueden quedar sometidos los derechos y libertades en el ámbito de la enseñanza. Al respecto se ha apreciado cómo el objeto constitucional de la enseñanza se proyecta en las exigencias que debe cumplir todo límite a un derecho fundamental. Así, la legítima finalidad de la limitación debe ser contrastada desde la perspectiva de la finalidad de la enseñanza, al igual que sucede con la congruencia y proporcionalidad de la limitación que se establezca.

Tales reflexiones y consideraciones en modo alguno han pretendido mostrar un panorama cerrado y concluso, precisamente al contrario. Se ha querido

“Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000

presentar la materia que será concretada en las próximas páginas de esta obra, anunciando las particularidades que conlleva el análisis de los derechos fundamentales en la enseñanza. No en vano se trata de una parcela quizá única por su variabilidad y confluencia de un basto conjunto de derechos y libertades tanto generales como particulares. Estos caracteres hacen del ámbito de la educación y la enseñanza, sin duda, un campo de estudio extraordinariamente interesante para el constitucionalista, quien, cabe entender, no tiene otro con el fin que orientar las pautas que deben regir a quienes aquí se han llamado “operadores educativos”. Asimismo, se ha intentado encauzar jurídicamente la virtualidad que tiene el objeto constitucional de la educación, señalado en el apartado segundo del artículo 27 de nuestra ley de leyes. Dicho precepto, hay que decirlo, hasta la fecha no ha sido centro de la atención que merece ni ha desplegado los efectos que potencialmente es capaz. Quienes realizamos la presente obra estamos convencidos de que aún puede y debe desplegar toda su virtualidad y es, precisamente, por medio de estas páginas como creemos contribuir a ello.