

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.

“Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar 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. (48 págs.)

Lorenzo Cotino Hueso
(Universitat de València)

Reflexiones a favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo

I. Presentación y aproximación general al objeto y finalidades del estudio; II. El confuso reconocimiento del carácter funcional de las libertades de la enseñanza por nuestra doctrina y jurisprudencia a través de la dimensión objetiva de los derechos y libertades y de la garantía institucional; III. La posibilidad de aprovechar algunas construcciones propias de otros ámbitos: las potestades del Derecho civil de familia y las prerrogativas parlamentarias como oportunos referentes respecto de las libertades de la enseñanza; IV. Algunas repercusiones de la posición sostenida; V- Un excursus. Los problemas del contenido de la libertad de cátedra; las bondades de su estudio desde la perspectiva funcional-objetiva que aquí se sostiene; VI- Una consecuencia de lo anterior: los únicos derechos subjetivos reconocidos en la Constitución educativa son los del educando;

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto I+D "Educación en los derechos humanos, consolidación de la democracia", concedido dentro del Plan Valenciano de Ciencia y Tecnología (Referencia: GV-3323/95) por la Conselleria de Cultura, Educació y Ciència, al cual se adscribe el autor del mismo.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

VII. A modo de conclusión

I. PRESENTACIÓN Y APROXIMACIÓN GENERAL AL OBJETO Y FINALIDADES DEL ESTUDIO

A) Las libertades de la enseñanza en la Constitución de 1978: una materia que aún invita a nuevas perspectivas

En el artículo 27 de nuestra norma suprema quedó especialmente *grabado* del esfuerzo aunador y conciliador de nuestros constituyentes en favor de la libertad, la igualdad y la democracia. Aquella voluntad de consenso se tradujo finalmente en un extenso y complejo precepto que no ha dejado de inspirar importantes estudios.

El tiempo parece haber demostrado la compatibilidad de las líneas básicas que este "pacto de inclusión de mínimos" ¹ estableció para la educación en España. Las dos décadas que lleva en vigor este precepto parecen dar la razón a quienes afirmaban -como Fernández Miranda ²- la no contraposición de los modelos educativos que el mismo incluye. Tal y como recientemente ha afirmado Torres del Moral, el artículo 27 CE "ha proporcionado un juego aceptable para el encauzamiento de tan espinoso problema como lo es la ordenación de la enseñanza en un Estado social y democrático de Derecho a fines de siglo y de milenio." ³ La compatibilidad de los principios configuradores del modelo educativo español reconocidos en el artículo 27 CE lleva a afirmar que *la Constitución impuso un modelo peculiar, si cabe, por su propia hibridez.*

Tanto la singular carga histórica, religiosa y política de la materia educativa cuanto su particular complejidad jurídica resultan, sin duda, motivos por los que este ámbito haya invitado e invita continuamente a la búsqueda de nuevas interpretaciones, así como al estudio de su desarrollo legal y de su realidad práctica. No cabe desconocer que el carácter consensual del artículo 27 CE hizo que la materia quedase en buena medida a expensas de la concreción del legislador y de la jurisprudencia ⁴.

¹ El artículo 27 CE ha sido así calificado por Gregorio CÁMARA VILLAR: "Sobre el concepto y fines de la educación en la Constitución española" en *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 2159 a 2191, en concreto, pág. 2164.

² Cfr. Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: "Comentario a los artículos 20 y 27", en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomos II y III, EDESA, Madrid, 1984, en concreto en la pág. 125, en contra, Rosario NOGUEIRA: *Principios constitucionales del sistema educativo español*, Centro de Publicaciones del MEC, Madrid, 1988, pág. 67.

³ Cfr. Antonio TORRES DEL MORAL: prólogo a Cristina RODRÍGUEZ COARASA: *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 15 a 20, cita de la pág. 16.

⁴ Subraya esta perspectiva Rosario NOGUEIRA: *Principios constitucionales*, cit. págs. 70 a 76.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

Tras la aprobación de la Constitución, los primeros trabajos sobre el tema de la educación y enseñanza tenían por objeto ofrecer un particular entendimiento de la materia educativa y de la configuración constitucional de la enseñanza en España ⁵. Se colaboraba así a la necesaria formación de ciertas tendencias en la interpretación y concretización del artículo 27 CE.

Sin perjuicio de la incuestionable importancia que adquirieron aquellas primeras aportaciones, la propia evolución política, legal y jurisprudencial, así como la propia práctica fueron encauzando algunos de los conflictos básicos que el mencionado precepto parecía suscitar en los primeros momentos. Por ello, a modo de una *segunda generación* de estudios sobre la materia fue la encargada de recoger esta evolución ⁶. Así, una vez superados en gran medida los conflictos básicos iniciales, los estudios realizados en los últimos cinco años pasaron ya a pronunciarse sobre aspectos más particulares. Tras estas obras, han aparecido los más recientes trabajos ⁷, obras en las que, con sus diferencias, parece haberse optado por *recibir y sedimentar* la evolución del tema hasta la fecha.

Sin perjuicio de que dos décadas de desarrollo constitucional hayan servido para superar antiguos enfrentamientos que parecían casi irreconciliables, no cabe poner en duda que, aún hoy, las libertades de la

⁵ Cabe mencionar en esta *primera época*, el monográfico sobre enseñanza en *Persona y Derecho* nº 6, 1979; la obra *colectiva Educación y sociedad pluralista*, Fundación Oriol-Urquijo, Bilbao, 1980 y el nº 7 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*. Destacan, asimismo, los trabajos, ya clásicos, de Antonio EMBID IRUJO: *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983; Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: Comentario a los artículos 20 y 27, en *Comentarios a las Leyes Políticas*. cit.; *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988. Han aparecido recientemente sus comentarios a los artículos 20 y 27 (en colaboración con GARCÍA SANZ y SÁNCHEZ NAVARRO, respectivamente) en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomos II y III, EDESA, 1997. Asimismo, Óscar ALZAGA VILLAAMIL: *Por la libertad de enseñanza*, Planeta, Barcelona, 1985.

Cabe también destacar las obras de José ORTÍ DÍAZ: *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, Málaga, 1980; José Manuel, ZUMAQUERO: *Los derechos educativos en la Constitución española*, EUNSA, Pamplona, 1984; Jesús LÓPEZ MEDEL: *Libertad de enseñanza, derecho a la educación y autogestión*, Fragua, Zaragoza, 1984; Rosario NOGUEIRA: *Principios constitucionales...* cit.

⁶ Juan M. DÍAZ LEMA: *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional y en el Derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1992; Enriqueta EXPÓSITO: *La libertad de cátedra*, Tecnos, Madrid, 1995; Blanca LOZANO: *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995; DE Isabel de los MOZOS TOUYA: *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995 y Antonio FERNÁNDEZ AGUILERA: *Ensayo sobre la libertad de cátedra y el derecho a la educación*, Prodhufi, Madrid, 1996.

Cabe destacar, incluso, la aparición de alguna monografía que aborda desde la disciplina jurídico-constitucional alguna vertiente específica de la educación y enseñanza, como lo es el objeto constitucional de éstas, tal y como lo establece el artículo 27. 2º CE. Así, Remedio SÁNCHEZ FERRIZ y Luis JIMENA QUESADA: *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995.

⁷ De una parte, cabe mencionar el estudio de Manuel SALGUERO: *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, Ariel, Barcelona, 1997. De mayor amplitud temática, aunque menor profundidad Cristina RODRÍGUEZ COARASA: *La libertad de enseñanza*, cit.

De otra parte, de índole recopilatoria y mayormente descriptiva, Rosa María SATORRAS FIORETTI: *La libertad de enseñanza en la Constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 1997, en el que se relatan los antecedentes constitucionales y la jurisprudencia constitucional y David GARCÍA PARDO: *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

Cabe indicar, por último, la reciente aparición del estudio de Marcos VAQUER CABALLERÍA: *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Universidad Carlos III, Madrid, 1998; trabajo que afronta con profundidad el tratamiento constitucional de la cultura, cuestión indiscutiblemente conexas a la materia educativa.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

enseñanza pueden ser abordadas con muy diversos matices y talantes, que impliquen disímiles o, incluso, contrarias, posiciones de fondo. *Las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales así como las categorías jurídicas implicadas en la materia pueden ser manejadas y orientadas por el jurista desde distintos puntos de partida o presupuestos básicos.*

Este estudio pretende, modestamente, aportar alguna nueva perspectiva sobre las libertades del marco educativo. Las reflexiones contenidas en este trabajo suponen una percepción jurídica -con claras imbricaciones materiales- en alguna medida diferente y novedosa de estas libertades. Sin perjuicio del probable desacierto de las mismas, el presente estudio ambiciona, no más, promover e invitar a la reflexión y el debate intelectual, que algunos con gran expresividad recientemente han demandado ⁸.

Lo que se pretende subrayar a continuación es que el sistema educativo, tal y como ha sido diseñado constitucionalmente, se conforma en orden a dos finalidades básicas: la satisfacción de los *derechos subjetivos* de los alumnos y el logro de los *intereses objetivos* en favor de la libertad y pluralidad de la educación, la enseñanza, la ciencia y la cultura.

Las proposiciones anteriores implican dos afirmaciones básicas: en primer lugar, que las libertades de la enseñanza no son verdaderos derechos subjetivos (pese a suponer el reconocimiento jurídico de una serie de facultades para unos sujetos) y, en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, se afirma que los únicos derechos subjetivos directamente protegidos por la Constitución en el ámbito de la enseñanza son los de los alumnos.

Esta perspectiva pretende superar lo que a mi juicio constituye la usual comprensión constitucional de las libertades en la enseñanza. Esta concepción común en la doctrina y jurisprudencia, si bien reconoce abiertamente una vertiente objetiva o institucional de estas libertades, las interpreta también como derechos subjetivos en favor de los intereses propios de los Centros, padres o docentes ⁹. Ello va, a mi juicio,

⁸ Se hace referencia al prólogo de Ramón PARADA VÁZQUEZ: prólogo a la obra de Miguel DOMÍNGUEZ BERRUETA y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 531 págs. Bien merece la pena reproducir un fragmento del mismo:

"lo importante es, en definitiva, que no decaiga el proceso dialéctico, sin el cual no hay reflexión intelectual, sino puro autismo, donde cada cual escribe sin referirse a las opiniones ajenas, aunque se citen, para valorarlas o para contradecirlas, y que es en lo que estamos. Se impone, pues, recuperar la contradicción, que es la esencia de la reflexión, y el debate intelectual, hoy asfixiado por el exceso de información y el miedo a la confrontación que viene del pluralismo cultural, y que lleva a la apoteosis de lo neutro. Como vivimos bajo la permanente sospecha de la autoestima dañada, toda discrepancia con otro aparece como políticamente incorrecta, máxime si el discrepante se enfrenta a la opinión mayoritaria. Y si la nueva inquisición de lo políticamente correcto ha empezado por reprimir el uso mismo de las palabras, qué no acabará haciendo con las ideas. Queda, pues, advertido el lector sensible que las opiniones que a continuación va a leer pudieran ser, al menos, políticamente incorrectas y lesionar su delicada conciencia progresista."

⁹ Como se aprecia más adelante, los debates doctrinales han versado centralmente sobre la categorización jurídica de la vertiente institucional u objetiva de las libertades de la enseñanza. El carácter subjetivo de las libertades de la enseñanza prácticamente no se ha puesto en duda -a salvo de lo relativo a la autonomía universitaria-. Quien

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

innecesariamente, en detrimento tanto de las mencionadas finalidades objetivas cuanto de los derechos de los alumnos, que son los únicos derechos protegidos como tales en la, llamémosla así, *Constitución educativa*¹⁰.

B) Ámbito y propuesta central de este estudio

1.- Delimitación del ámbito material de este estudio

Antes de pasar a afirmar, sostener y cohonestar las propuestas ya apuntadas, resulta menester explicitar la comprensión de lo que aquí se entiende bajo el apelativo de "libertades de la enseñanza". Valga para ello la noción de *libertades de la enseñanza* 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*. Bajo el calificativo de operadores educativos se hace referencia a las Universidades, centros educativos, doscentres, padres y alumnos.

Entre estas libertades del marco educativo, en el presente estudio se incluye la libertad de creación de centros docentes y el derecho a la

mayor hincapié ha hecho sobre el carácter funcional de las libertades de la enseñanza han sido LUCAS VERDÚ, CARRO MARTÍNEZ y, particularmente, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, como más tarde se concreta.

¹⁰ Tal "Constitución educativa" quedaría compuesta por los siguientes preceptos:

Artículo 20. 1º. Se reconocen y protegen los derechos: [...]

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

Artículo 27. 1º Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2º La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3º. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4º. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5º. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6º. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7º. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8º. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9º. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10º. Se reconoce la autonomía de las universidades, en los términos que la ley establezca.

Artículo 44

1º. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.

2º. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

Artículo 148. 1º. Las comunidades autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: [...] 17ª El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la comunidad autónoma.

Artículo 149. 1º. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 30ª Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

dirección de éstos, así como el derecho al establecimiento de un ideario educativo (art. 27. 6º CE). En íntima conexión con los anteriores, dentro del ámbito de las libertades en la educación y enseñanza se entiende, también, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus propias convicciones (art. 27. 3º CE). Del mismo modo, aquí se incluye entre las libertades de la enseñanza a la libertad de cátedra (art. 20. 1º c)) y a la autonomía universitaria (art. 27. 10º). Asimismo, la proximidad de la materia impone incluir entre estas libertades a la llamada "libertad académica", que comprende tanto la mencionada libertad de cátedra cuanto las libertades de estudio y de investigación (art. 2. 1º LRU). Tal libertad académica queda conectada constitucionalmente con la libre creación artística, científica, artística o técnica (art. 20. 1º b-); ésta libertad guarda clara conexión con el resto de las libertades de la enseñanza en cuanto confluya su ejercicio con el ámbito académico ¹¹. Delimitado el objeto de presente atención, es menester pasar a concretar las consideraciones anunciadas.

2.- Las libertades de la enseñanza no son derechos subjetivos. Son instituciones de derecho objetivo de carácter instrumental y sólo subsidiariamente protegen los intereses subjetivos de quienes las ejercen

A mi juicio, cabe hacer hincapié en el carácter esencialmente instrumental de las libertades de la enseñanza. A través del reconocimiento de tales libertades del espacio educativo, la Constitución tiene una finalidad, hacer eficaces los valores de libertad y pluralidad en la educación, la enseñanza, la ciencia y la cultura ¹². La protección y el respeto de esta

¹¹ La inclusión de todas estas categorías jurídicas bajo el calificativo genérico de "libertades de la enseñanza" tiene una finalidad básicamente instrumental en el presente estudio, pues pretende delimitar el ámbito jurídico objeto del mismo. A salvo de la inclusión de la autonomía universitaria, tales derechos y libertades son incluidos como libertades en la enseñanza, entre otros, por José ORTÍ DÍAZ: *La libertad de enseñanza*, cit. (expresado en las págs. 28 a 29) y Antonio EMBID IRUJO: *Las libertades en la enseñanza*, cit.. Se incluye la autonomía universitaria en tanto en cuanto comparte la misma finalidad que el resto de las libertades -que no su naturaleza jurídica. Se viene a seguir aquí el ámbito material recientemente abordado Cristina RODRÍGUEZ COARASA: *La libertad de enseñanza*, cit. De otra parte, cabe significar que no se desconocen, si bien se eluden, las discusiones doctrinales y jurisprudenciales al respecto de lo que se incluye bajo la genérica "libertad de enseñanza" (27. 1º CE) y/o su relación con la libertad de cátedra. Al respecto puede verse, Enriqueta EXPÓSITO: *La libertad de cátedra*, cit. págs. 118 a 125.

¹² El Alto Tribunal ha señalado la clara funcionalidad de las distintas libertades de la enseñanza. De un lado, en relación con el derecho de elección de los padres y de creación de centros, en el significativo voto particular de Tomás y Valiente a la sentencia 5/1981, apartado 4 a) se recordaba su carácter funcional, "la libertad de creación de centros docentes [...] es la manifestación primaria de la libertad de enseñanza. Su reconocimiento implica la inexistencia de un monopolio estatal docente y, en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado. [...] Significa que ni el Estado ni otra colectividad, religiosa por ejemplo, domina imperiosamente a la juventud." A su vez y de otro lado, respecto de la libertad académica, integrada por la de cátedra -como dimensión individual- y por la autonomía universitaria -dimensión institucional- el Tribunal ha afirmado que "*Ambas sirven para delimitar ese "espacio de libertad intelectual" sin el cual no es posible "la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura" [art. 1. 2 a) de la LRU] que constituye la última razón de ser de la Universidad.*" (sentencia 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4 a)).

finalidad resulta inherente e indispensable para el conjunto de una sociedad democrática y, por ende, para el Estado constitucional¹³. En consecuencia, el interés objetivo que se pretende guarnecer y promocionar por medio del reconocimiento de las libertades de la enseñanza no es propio ni exclusivo de los distintos "operadores educativos" (centros, profesores, padres y alumnos). En otras palabras, la libertad y pluralidad en la educación, la enseñanza, la ciencia y la cultura no sólo conciernen a quienes se vinculan directamente con estos ámbitos.

Ahora bien, la finalidad trasciende de estos sujetos pero es a través de ellos como se articula jurídicamente. No en vano es a los operadores educativos a quienes corresponde hacer valer las facultades que suponen las libertades de la enseñanza. Con su ejercicio estos sujetos vienen a cumplir una función social; motivo por el que se debe concebir de forma servicial el ejercicio de estas libertades.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede desconocerse que estas libertades pueden ser el soporte jurídico de los legítimos intereses individuales de los sujetos a los que corresponden. Y es que, de un lado, en línea de principio, tanto los operadores educativos como el conjunto de la sociedad democrática tienen interés por la libertad y pluralidad en el ámbito de la enseñanza; unos y otros intereses, a priori, marchan en la misma dirección. De otra parte, no puede desconocerse que los sujetos a quienes se reconocen estas libertades tienen un legítimo interés individual en mantener el amplio espacio de libertad que estas libertades les deparan, perse a que no sea en su beneficio.

No obstante, este interés legítimo individual de los operadores educativos no implica que las libertades de la enseñanza supongan derechos subjetivos. Y es que estas libertades únicamente guarnecerán los intereses de estos sujetos en la medida en que se correspondan con las finalidades objetivas por las cuales han sido reconocidas. Si los intereses particulares no coinciden con aquellas finalidades tales intereses quedan sin particular protección. ¿Es que acaso los intereses de los operadores educativos merecerían una protección distinta de la que puedan merecer los de otros colectivos profesionales o empresariales?

Como consecuencia de lo afirmado, puede ya adelantarse que, tal y como se pretende sostener en este estudio, las libertades de la enseñanza no son derechos subjetivos, sino poderes objetivos esencialmente instrumentales en favor de unos intereses que trascienden al sujeto.

Resulta menester apreciar cómo asumir estos postulados desde presupuestos jurídico-constitucionales. Para ello, en primer lugar, cabe observar cómo se ha captado por nuestra doctrina y jurisprudencia este

¹³ Al respecto del mismo, puede verse, entre otros, Remedio SÁNCHEZ FERRIZ: *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

carácter esencialmente funcional de las libertades del espacio educativo. Y es en este afán cuando deviene ineludible la atención respecto del carácter dual (objetivo-subjetivo) de los derechos y libertades así como de la categoría de las garantías institucionales. No en vano, estas nociones han servido para dar cauce al aludido carácter instrumental objetivo de las libertades de la enseñanza.

Sin embargo, como a continuación se aprecia, estas vías no han aportado una dosis mínima de claridad y seguridad. De ahí que, será más tarde cuando se señale cuáles son las vías que pueden resultar más adecuadas para conformar jurídicamente las afirmaciones básicas que aquí se sostienen. Será entonces cuando puedan apuntarse algunas derivaciones y consecuencias de la posición sostenida en la presente reflexión.

II. EL CONFUSO RECONOCIMIENTO DEL CARÁCTER FUNCIONAL DE LAS LIBERTADES DE LA ENSEÑANZA POR NUESTRA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA A TRAVÉS DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES Y DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL

A) Acercamiento a dos nociones generales a través de las cuales se ha instrumentalizado xx EL carácter funcional de las libertades de la enseñanza

1.- La doble valencia subjetiva-objetiva de los derechos y libertades. La centralidad de la dimensión institucional

Tanto los derechos fundamentales como las libertades públicas ostentan a modo de una doble valencia, lo que se ha dado en llamar el doble carácter subjetivo y objetivo de los derechos y libertades ¹⁴.

Las libertades públicas, entre las que se ha considerado a las libertades del ámbito de la enseñanza ¹⁵ incluyen siempre una faceta subjetiva,

¹⁴ Al respecto, entre otras, resulta clásica la sentencia 25/1981, de 14 de julio, en la cual se afirmaba (FJ 5º):

"En primer lugar, los derechos fundamentales son *derechos subjetivos*, derechos de los individuos no solo en cuanto a derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia, *pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional [...]*".

¹⁵ Remedio SÁNCHEZ FERRIZ: *Estudio sobre las libertades*, (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995 en la pág. 232 ubica a la libertad de enseñanza y a la libertad de cátedra entre la categoría jurídica diferenciable de las libertades públicas.

Esta autora (ver, 213 y ss. y 227 y ss.) distingue la categoría de las libertades públicas frente a los derechos fundamentales, que gozan de una especial relación con el principio de la dignidad de la persona. Destaca esta autora las siguientes notas que se dan en las libertades públicas: primero la molestia o incomodidad en su reconocimiento para el poder; segundo, resultar ser expresión de la natural sociabilidad de la persona y, por ello su naturaleza se haya a medio camino entre los derechos o libertades individuales y los políticos; tercero, que no obstante no ser políticos sean los de más fácil politización y, por último, cuarto, que su reconocimiento se vea acompañado de cautelas o condicionamientos o, en su caso, de remisiones hechas por los textos constitucionales a la ley. No obstante, el

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

directamente protegida por su reconocimiento constitucional. Sin perjuicio de que la recepción constitucional de éstas trascienda de la protección del sujeto particular, las libertades públicas implican nítidos derechos subjetivos, es decir, el reconocimiento y protección jurídica de una serie de facultades o poderes en favor de su titular ¹⁶. El reconocimiento y protección en la ley de leyes de esta vertiente subjetiva se justifica por cuanto las libertades públicas son cauces directos del libre desarrollo de la personalidad, medios naturales de la sociabilidad del individuo íntimamente relacionados con la dignidad de la persona ¹⁷.

Al margen de la inherente vertiente subjetiva de las libertades, cabe también hacer referencia a su carácter objetivo ¹⁸. Tanto los derechos fundamentales cuanto las libertades públicas, y en especial estas últimas

Tribunal Constitucional muestra su preferencia por no distinguir el diverso régimen jurídico de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Al respecto véase, entre otras la sentencia 115/1987, de 7 de junio, así como el voto particular formulado a ésta por los magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García Mon. Cabe señalar que como asignatura propia -"Libertades públicas"- viene impartándose en la Facultad de Derecho de Valencia desde los antiguos Planes de Estudio de 1965.

¹⁶ Acudiendo a la clásica concepción civilista de JHERING o SAVIGNY, el derecho subjetivo constituye un poder otorgado por el ordenamiento jurídico a una persona respecto a un bien determinado para la satisfacción de intereses reconocidos por ese mismo ordenamiento y en virtud de los cuales su titular tiene atribuido su ejercicio y defensa, pudiendo hacerlos valer frente a otros sujetos en las relaciones jurídico-privadas. Entre otros, ver, por ejemplo, Manuel ALBADALEJO: *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. II, (14ª ed.), J. M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 12 a 40, en concreto ver 12 a 14.

Con JELLINEK los derechos subjetivos propios del ámbito civil pasan al ámbito público en forma de derechos públicos subjetivos (Cfr. Fernando GARRIDO FALLA: voz "Derechos públicos subjetivos" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Francisco Seix, Barcelona, 1955. Ver también, Enrique ÁLVAREZ CONDE: *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 89 y ss.; AA. VV.: *Prontuario de Derecho Constitucional*, Pablo LUCAS VERDÚ (compilador), Comares, Granada, 1996, voz "Derechos públicos subjetivos" págs. 130 a 132 y ss., por M. LORENZO RODRÍGUEZ).

Recientemente, respecto de esta dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, puede verse el estudio de Manuel MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996

¹⁷ Se subraya ahora el ineludible componente subjetivo de los derechos y libertades. En este sentido, Erns-Wolfgang BOCKENFÖRDE: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, en la pág. 48 y ss. (en su mención de la "teoría liberal de los derechos y libertades"), hace referencia a la libertad que cada derecho o libertad garantiza *sin más*, no por sus objetivos o fines (democracia, comunidad política, etc.). Se recuerda cómo esta perspectiva, particularmente desarrollada por Carl Schmitt, sin negar el valor político o los efectos públicos de los derechos fundamentales, insiste en que este valor público no sea el punto de partida en su concepción (pág. 49).

En este sentido, ver también Remedio SÁNCHEZ FERRIZ: *Estudio sobre las libertades*, cit. págs. 44 a 48, 50 y 226.

¹⁸ El Tribunal Constitucional reconoció por primera vez esta dimensión objetiva de los derechos y libertades en la ya referida sentencia 25/1981, de 21 de julio (FJ 5º) así como, de manera muy significativa, en la sentencia del aborto 53/1985, de 11 de abril (FJ 4º). Asimismo, entre otras en la sentencias 163/1986, de 17 de diciembre (FJ 1º), 129/1989, de 17 de julio, FJ 3º, 172/1989, de 19 de octubre (FJ 3º), o en el más reciente auto 382/1996, de 18 de diciembre (FJ 3º).

Por lo que conozco, las únicas referencias que se pueden encontrar respecto de esta vertiente objetiva y su confusión se hayan en trabajos como el de Alfredo GALLEGO ANABITARTE: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales, análisis doctrinal y jurisprudencia: (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública)*, Civitas - UAM, Madrid, 1994, (en el cual, cuanto menos se da el esfuerzo de escindir esta dimensión de las garantías institucionales). Su vertiente positiva y objetiva aparece en forma de "política de derechos fundamentales" en las páginas finales del estudio de Ignacio DE OTTO en Lorenzo MARTÍN RETORTILLO e Ignacio DE OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988. Un tratamiento amplio y complejo -desde el no ajeno marco germano- se encuentra en el amplio estudio de Robert ALEXI: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Con mayor claridad, se aprecian las diversas proyecciones de esta dimensión objetiva-positiva-institucional en las Teorías sobre los derechos fundamentales contenidas en el valioso trabajo de Erns-Wolfgang BOCKENFÖRDE: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, cit. Recientemente, se encuentran algunas consideraciones sobre esta poco abordada dimensión de los derechos en la delimitación inicial del objeto de estudio del trabajo de Manuel MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa...* cit. págs. 4 a 8.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

por su singular carga de politicidad, adquieren un valor axiológico, objetivo, positivo o institucional en tanto que juegan un papel fundamental dentro del sistema político democrático¹⁹. De este modo, la constitucionalización de los derechos y libertades trasciende de la mera defensa de los intereses del sujeto en sí; la recepción de éstos en la ley de leyes implica también el reconocimiento de esta vertiente objetiva, positiva o institucional²⁰.

Pues bien, hay que destacar ya que esta dimensión objetiva acoge la consideración aquí seguida de las libertades del marco docente en la medida que éstas trascienden la protección de los intereses de sus titulares.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede dejar de señalarse que esta dimensión institucional de los derechos y libertades ha acabado por desplegar una multiplicidad de proyecciones y categorías jurídicas en la actualidad. Tras, por lo general, una indistinta alusión de la dimensión "objetiva", "institucional" o "positiva" de los derechos y libertades se ha introducido una *nebulosa constelación* de diversos enfoques, matices y categorías jurídicas²¹. Tales proyecciones no parecen surgir de un referente claro y consistente, sino que aparecen difusamente, y lo que es más, con igual opacidad se descubre su alcance y significación jurídicos. Y así se advierte respecto de nuestro objeto de estudio.

Dentro de este difícil terreno de la vertiente objetiva de los derechos y libertades, mayor confusión se produce cuando esta dimensión se vincula a la categoría jurídica de las garantías institucionales, como también tendrá ocasión de seguirse para el caso de la enseñanza

Hay que subrayar que este carácter objetivo de los derechos fundamentales, entre su variedad de proyecciones, puede, incluso, comportar un *debilitamiento* de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales. De este modo, el carácter institucional de la propia libertad pública puede llegar a comportar limitaciones en su ejercicio para el sujeto.

¹⁹ Remedio SÁNCHEZ FERRIZ: *Estudio sobre las libertades*, cit. págs. 246 a 247 señala cómo la mayor parte de las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional aduce en su argumentación el carácter institucional de un derecho o libertad, lo hace en referencia a alguna libertad pública.

²⁰ No resulta en modo alguno sencillo delimitar la proyección y alcance jurídico de esta dimensión objetiva, institucional o positiva de los derechos y libertades -al igual que sucede con la categoría de la garantía institucional, con la que se funde y confunde-. En relación con ello, véase, particularmente el trabajo de Alfredo GALLEGO ANABITARTE: *Derechos fundamentales y garantías institucionales...* cit en concreto, págs. 40 a 41, 74 a 77 y 243 a 246. Resulta particularmente interesante volver a hacer referencia a la citada obra de Erns-Wolfgang BOCKENFÖRDE: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, cit. Al margen de la referida "Teoría Liberal" de los derechos y libertades - que es la que subraya su vertiente subjetiva-, la dimensión objetiva parece incluirse en las otras teorías referidas por el autor: institucional (págs. 53 y ss.), axiológica (págs. 57 y ss.), democrático-funcional (págs. 60 y ss) y la del Estado social (págs. 63 y ss.)

²¹ Así, sin ánimo exhaustivo, cabe señalar que tras la alusión de esta faceta objetiva de los derechos y libertades, en ocasiones se hace referencia a un sistema de valores constitucional que despliega, por lo general, indeterminados efectos. Igualmente, de tal dimensión objetiva se deriva una proyección jurídica general de los derechos como principios jurídicos. Del mismo modo, de esta dimensión positiva se ha construido la eficacia indirecta de los derechos entre terceros, a raíz del llamado "deber de protección" del Estado respecto de los mismos. Este deber positivo del Estado ha alcanzado, a su vez, otras proyecciones en orden a la garantía de los derechos y libertades. Asimismo, de esta vertiente positiva se ha derivado no sólo una papel del Estado como garante de los derechos, sino su deber promocional y prestacional respecto de los mismos.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

Así pues, en ocasiones, en virtud de su valor objetivo, el ejercicio de la libertad queda convertido en un servicio público, en un deber²². Esta idea, como se habrá advertido, casa bien con la propuesta del presente estudio en relación con la concepción funcional de las libertades de la enseñanza que aquí se sigue.

2.- Las garantías institucionales

No es este en modo alguno el marco para entrar a afrontar esta categoría jurídica²³, y no lo es, en especial, porque quien suscribe entiende

²² Erns-Wolfgang BOCKENFÖRDE: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, cit. en la descripción de las teorías "institucional" y "democrático-funcional" aprecia cómo esta dimensión objetivo-institucional implica el debilitamiento de la vertiente subjetiva -salvo en la "teoría del Estado social". Así, en la teoría institucional se repara en que una de sus tendencias es la trabazón de la libertad subjetiva del titular individual, el interés institucional hace decaer al interés subjetivo (cfr. ob. cit. pág. 56). En relación con la teoría democrático-funcional se afirma que las libertades no se le reconocen al ciudadano para que disponga libremente de ellas, sino en su calidad de miembro de la comunidad y, por ello, también en interés público. Así, "el pretendido o presupuesto efecto y consecuencia del uso de la libertad pasa a ser el eje del contenido de la libertad" (cfr. ob. cit. pág. 61). El derecho fundamental se convierte, así, en un servicio público excluido de la voluntad del sujeto, también en un deber (pág. 63).

La misma idea del debilitamiento de la vertiente subjetiva en favor de la vertiente objetiva o institucional se recoge en la doctrina española. Así, respecto de las libertades de expresión e información, lo recuerda Fernando SANTOALALLA LÓPEZ: "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración", en *Revista de Administración Pública*, nº 128, mayo-agosto de 1992, págs. 185 a 223. Este autor, en las páginas 196 a 197 reconoce el peligro que supone lo que califica como "valores transpersonales", distantes del individuo, acaben primando sobre los bienes puramente subjetivos.

Alfredo GALLEGO ANABITARTE: *Derechos fundamentales y garantías institucionales*. cit. págs. 88 y 202 a 204 señala la posibilidad de que las garantías institucionales puedan establecer límites a los propios derechos fundamentales.

Como más tarde se expone, la concepción de las libertades de la enseñanza que aquí se propone no implica el debilitamiento sino la disolución del interés subjetivo protegido por estas libertades. Ahora bien, esta disolución no afecta en sí a la protección de la dignidad e intereses subjetivos de los titulares de estas libertades, una y otros quedan guardados, al igual que el resto de individuos, por los derechos y libertades que les conciernen de forma general.

²³ Sobre las garantías institucionales, ver, Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, traducido por F. Ayala, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1982, págs. 175 y ss. En España véase Pablo LUCAS VERDÚ: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz "Garantías institucionales", Tomo X, Francisco Seix, Barcelona, 1960, págs. 541 y ss. Fundamentalmente, cabe remitir al trabajo de Luciano PAREJO ALFONSO: *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1981. En este estudio, tal y como ahí se explicita se recoge la "Teoría general de las garantías institucionales, tal como ésta ha sido elaborada en derecho alemán", págs. 17 a 56. Ahí se contiene la mejor doctrina alemana existente sobre la técnica de la garantía institucional. Más recientes son los estudios de José M^a BAÑO LEÓN: "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, págs. 155 y ss.; Lorenzo MARTÍN RETORTILLO e Ignacio DE OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, cit. que dedican al respecto las págs. 83 y ss. y 99 y ss.; Antonio JIMÉNEZ BLANCO: "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 635 a 649. Particularmente destaca el monográfico de Alfredo GALLEGO ANABITARTE: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales...* cit.

Del mismo modo, es tenida en cuenta la recepción de esta figura jurídica por parte de nuestro Tribunal Constitucional. Así ocurre desde la sentencia 4/1981, de 2 de febrero, sobre las Diputaciones Provinciales, en la que se sentó doctrina al efecto. En diversas ocasiones ha seguido empleando el Tribunal esta técnica, así de entre ellas, cabe citar la sentencia 13/1985, de 31 de enero, sobre la publicidad procesal; la sentencia 159/1986, de 16 de diciembre, sobre la libertad de información como garantía democrática; básica resulta la sentencia 26/1987, ya citada, sobre la autonomía universitaria; la sentencia 213/1988, de 11 de noviembre, sobre la autonomía municipal. Nuestro Tribunal ha reconocido incluso garantías institucionales fuera de la Constitución en el ordenamiento preconstitucional, como así consideró al antejuicio en la sentencia 156/1989, de 19 de octubre. Entre las más recientes sentencias en las que se ha reconocido la aplicación de la garantía institucional se puede mencionar la sentencia 37/1994, de 10 de febrero, en ésta se reconoció sobre el Sistema de Seguridad Social en virtud del artículo 41 de la Constitución.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

que bajo la misma no cabe instrumentar el carácter funcional de las libertades de la enseñanza.

Ahora bien, como se verá, nuestra doctrina y jurisprudencia han empleado (a mi juicio, de forma confusa) esta técnica en relación con la dimensión objetiva de las libertades en el sistema educativo. Por ende, la doctrina y la jurisprudencia han enlazado esta categoría jurídica con el carácter funcional de estas libertades que aquí se atiende. Asimismo, la autonomía universitaria es un dominio propio de la garantía institucional.

Es por estos motivos por lo que parece aconsejable, cuanto menos, introducir alguna nociónXX AL respecto. El Tribunal Constitucional prontamente (sentencia 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3º) señaló que las instituciones garantizadas por esta técnica son "elementos arquitecturales del orden constitucional", mas no instituciones supremas del Estado. A ello añadió que "la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos de reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar."

Así pues, esta categoría confiere una peculiar protección respecto de un singular objeto (que se considera elemento arquitectural) y lo ampara de la actividad normativa. Cabe señalar que como objeto de protección de la garantía institucional se ha considerado un vasto ámbito material (organismos y su actividad y sus medios, derechos, garantías y alcance de éstos, etc.). El marco de la enseñanza ha sido, precisamente, un particular campo de atención doctrinal y jurisprudencial de esta categoría jurídica en nuestro país, como se señala a continuación.

B) El complejo reconocimiento del carácter funcional de las libertades de la enseñanza por el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha hecho eco del carácter funcional de las libertades de la enseñanza, en el que ahora se incide. No obstante, el máximo intérprete ha coonestado este carácter funcional de manera bien diversa, según se tratase de unas u otras libertades. Al margen de esta heterogeneidad, a la hora de perfilar la naturaleza de las libertades de la enseñanza el Tribunal establecido un marco confuso y complejo.

1.-Un triple desacierto en la percepción de la libertad de cátedra y la autonomía universitaria

En particular, el Tribunal ha destacado el carácter instrumental y objetivo de la libertad de cátedra y la autonomía universitaria, y lo ha hecho a través del reconocimiento de la dimensión objetiva o institucional de éstas.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

Ahora bien, la percepción jurídica del carácter estrictamente funcional de estas libertades ha quedado enturbiada sobremanera por lo que a mi juicio constituye una tríada de equívocos en la percepción del Tribunal.

Y es que, de un lado, *si bien tal carácter funcional se ha destacado* al hacer referencia a la dimensión objetiva, positiva o institucional de los derechos y libertades ²⁴ (lo cual es adecuado), esta dimensión se *ha confundido y situado en un mismo plano que la categoría de la garantía institucional* ²⁵ (lo cual, a salvo de la autonomía universitaria, puede considerarse como un primer desatino, como se verá más tarde).

Pero, además, de otro lado, se ha vinculado y confundido la dimensión institucional de la libertad de cátedra con la autonomía universitaria ²⁶ (segunda inoportunidad). Ello ha tenido por causa, básicamente, que el Tribunal haya articulado el carácter funcional y la dimensión objetiva de ambas libertades bajo la categoría de garantía institucional. Esta conexión ha implicado una notable confusión, y lo que es más, ha supuesto una mal planteada XX E INNECESARIA pugna entre la autonomía universitaria y la libertad de cátedra. Así, la relación entre una y otra no ha sido, en modo alguno, ni clara ni pacífica.

Aun es más. Por último, la colisión y confusión autonomía universitaria-libertad de cátedra se ha seguido de *un tercer despropósito por parte del Tribunal: el reconocimiento del carácter de derecho subjetivo de la autonomía universitaria* ²⁷. Ello parece haber acabado por decantar la balanza en favor de esta última en su conflicto con la libertad de cátedra ²⁸.

²⁴ Ya en la antológica sentencia 5/1981, de 13 de febrero (caso LOACE), el Tribunal Constitucional afirmó que la libertad de cátedra además de ser "una libertad frente al Estado", tenía "también un *amplio contenido positivo* en el nivel educativo superior que no es necesario analizar aquí" (FJ 9º). Se recordaba de esta manera, precisamente, la concepción funcional que aquí se sostiene, que la libertad de cátedra no era un derecho exclusivamente individual sino público y orientado en beneficio de la sociedad.

²⁵ En el importante voto particular a esta sentencia 5/1981 formulado por Tomás y Valiente, se subrayó el carácter conjunto de libertad personal y la dimensión objetiva de la libertad de cátedra a través de la categoría de la garantía institucional ("garantía institucional en el sentido que dio a este concepto Carl Schmitt", cfr. apartado nº 12 de este voto particular).

Ciertamente se pretendía incidir así en que la libertad de cátedra rige en el ámbito privado y, en especial, se quería significar que esta libertad no es un derecho en favor del interés del docente, sino que tiene una finalidad pública.

No obstante no fue este un buen camino. *Se inició así en el ámbito educativo la confusión e indistinción del carácter objetivo de los derechos y la categoría ya clásica de las garantías institucionales*. El carácter funcional de la libertad de cátedra, como reflejo de la dimensión objetiva de la misma, quedó ya fijada en la posterior jurisprudencia del Tribunal a través de la categoría de la garantía institucional (primer error), vinculándose, además, a la autonomía universitaria (segundo error).

²⁶ Así, en la sentencia 26/1987, de 27 de febrero el Tribunal afirmó que "la autonomía es la dimensión institucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra." (FJ 4º, visión criticada ya por Díez Picazo en su voto particular a esta sentencia; si bien, posición reiterada, entre otras, en la sentencia 55/1989, de 23 de febrero, FJ 2º). Desde esta sentencia 26/1987, la dimensión objetiva de la autonomía universitaria y de la libertad de cátedra han aparecido entrelazadas en el ámbito universitario de forma continua por el Alto Tribunal, a la vez que instrumentadas a través de la categoría de la garantía institucional.

²⁷ En esta sentencia 26/1987, el Alto Tribunal declaró que la naturaleza de garantía institucional de la autonomía universitaria (que ciertamente era lo único que no podía dudarse) no era incompatible con su naturaleza de derecho fundamental (FFJJ 4º y ss.)

²⁸ Precisamente, el reconocimiento del carácter de derecho fundamental de la autonomía universitaria ha permitido que ésta se desvincule de su carácter exclusivamente funcional respecto de las libertades académicas. De

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

Tal confuso panorama, como puede adivinarse, siembra no pocas dudas a la hora de concretar la naturaleza y finalidades tanto de la libertad de cátedra cuanto de la autonomía universitaria²⁹. No parece, pues, que de la alusión a la dimensión objetiva e institucional de la autonomía universitaria y la libertad de cátedra resulte una construcción estimable en favor de la claridad.

2.- El máximo intérprete también ha apreciado la doble valencia del resto de las libertades de la enseñanza en relación con su carácter instrumental

Al margen de la libertad de cátedra y la autonomía universitaria, por lo que concierne al resto de las libertades del espacio docente, el Tribunal Constitucional ha señalado de forma indirecta su carácter funcional, aunque quizá no haya reparado en la centralidad que ello tiene.

En este sentido, el Tribunal ha señalado la dimensión objetiva e institucional de la libertad de enseñanza (artículo 27. 1º CE), afirmando que se trata de un principio que estructura el sistema educativo bajo el prisma de la libertad y el pluralismo³⁰.

Sin embargo, el Alto Tribunal no ha incidido en demasía en la dimensión institucional u objetiva del resto de las libertades de la enseñanza, como el derecho de elección de los padres o la libertad de

ahí restaba poco para que la autonomía universitaria pasase a limitar a la libertad de cátedra, lo cual se aprecia con nítida claridad en la sentencia 217/1992, de 1 de diciembre. Esta vertiente independiente y limitadora de la autonomía universitaria respecto de la libertad de cátedra se aprecia, entre otras, en las sentencias 55/1989, de 23 de febrero, 106/1990, de 6 de junio, 187/1991, de 3 de octubre, 156/1994 de 23 de mayo, 75/1997, de 21 de abril o la 155/1997, de 29 de septiembre.

²⁹ Desde este marco asentado por el Tribunal surgen no pocas dudas. Cabría pensar, por ejemplo, que la libertad de cátedra quedaría únicamente como derecho subjetivo, ya que su vertiente institucional estaría expresamente reconocida con la autonomía universitaria (esta perspectiva se viene a mantener en la sentencia 106/1990, de 6 de junio, -fundamentos jurídicos nº 6 y 7 y en el auto 42/1992, de 12 de febrero, FJ 2º). Sin embargo, en la sentencia 212/1993, de 2 de agosto (FJ 4º *in fine*) se sigue manteniendo la doble naturaleza subjetiva e institucional de la libertad de cátedra. No obstante, en esta misma sentencia se sigue *fundiendo* y *confundiendo* la dimensión institucional de la libertad de cátedra con la autonomía universitaria. Así pues, cabe preguntarse si existe una dimensión institucional de la libertad de cátedra distinta de la autonomía universitaria. Si se niega tal dimensión institucional de la libertad de cátedra, parecería afirmarse que la libertad de cátedra no tiene un carácter funcional, objetivo o positivo fuera de la Universidad (dado que se reconoce dimensión institucional -la autonomía- sólo a las Universidades).

A mi juicio, todo este confuso panorama viene motivado por la indistinción entre lo que es la dimensión objetiva, positiva o institucional de la libertad de cátedra (que pone de manifiesto el carácter funcional de ésta) y su identificación con lo que es una garantía institucional. Entiendo que la técnica de la garantía institucional sólo recae sobre la autonomía universitaria, y no tiene que identificarse con la dimensión objetiva y singularmente funcional de la libertad de cátedra o del resto de las libertades de la enseñanza.

³⁰ El Tribunal Constitucional no ha hecho referencia expresa al carácter institucional de la libertad de enseñanza. No obstante, parece haberse decantado por el reconocimiento de esta libertad (art. 27. 1º CE) más que como derecho subjetivo, como principio objetivo y general garante de la libertad y pluralidad del sistema educativo.

Así, en la referida sentencia 5/1981 el Tribunal Constitucional afirmó, en relación con el artículo 27. 1º CE, que constituye "una *norma organizativa* que sirve de cobertura a varias libertades concretas, de un *principio que constituye la proyección en materia educativa de dos de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico: la libertad y el pluralismo* -artículo 1. 1º CE-" (FJ 4º). De esta manera parecía reconocerse el carácter básicamente objetivo e institucional de esta libertad.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

creación de centros (27. 3º y 6º CE)³¹. Cabe recordar, no obstante, que estas libertades sí que han sido claramente vinculadas al principio estructural del sistema educativo que implica la libertad de enseñanza. En consecuencia, las concretas libertades del marco educativo quedan como derechos reconocidos *bajo* un principio estructural -la libertad de enseñanza proclamada en el art. 27. 1º CE- de contenido claramente institucional y no subjetivo³². Además, *la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto el carácter funcional de estas libertades de la enseñanza, y además lo ha hecho sin acudir a la técnica de la garantía institucional*³³.

Hay que señalar, por último, que la faceta prestacional o positiva, vinculada a la dimensión objetiva de los derechos, ha quedado muy presente respecto del derecho a la educación³⁴. No obstante, este derecho escapa en buena medida al objeto de atención presente, aunque, como es obvio, concorra indefectiblemente con el ámbito de las libertades del marco educativo.

Tal y como se acaba de apreciar, en modo alguno el Tribunal ha desconocido el carácter funcional de las libertades de la enseñanza. Este carácter se ha vinculado, por lo general con la dimensión objetiva o

³¹ Esta vertiente institucional u objetiva no se ha destacado sobremanera respecto de tales libertades de la enseñanza. No obstante, en el auto 382/1996, de 18 de diciembre (FFJJ 3º y 4º) se hace referencia a estos derechos desde la dimensión objetiva y positiva de los derechos y libertades, al efecto de señalar su eficacia en las relaciones particulares, para el ámbito de la enseñanza privada.

³² Cabe recordar que, como se ha señalado, estas libertades de la enseñanza han sido claramente vinculadas al principio estructural del sistema educativo que implica la libertad de enseñanza. Es decir, quedan como derechos reconocidos *bajo* un principio estructural -la libertad de enseñanza proclamada en el art. 27. 1º CE- de contenido claramente institucional y no subjetivo. Así puede apreciarse, en los fundamentos jurídicos 7º y 10º de la sentencia 5/1981 o en la sentencia 77/1985, de 27 de junio (FJ 4º a)), el Tribunal incluyó comprendidos en la libertad de enseñanza tanto la libertad de cátedra (art. 20. 1º c) como el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación acorde a sus propias creencias (art. 27. 3º CE) cuanto el derecho de creación de instituciones educativas (art. 27. 6º CE).

³³ El peso de la funcionalidad de diversas libertades de la enseñanza, como el derecho a la creación de centros docentes o el derecho de éstos a establecer un ideario ha sido señalado por el juez constitucional. Así, en la tantas veces referida sentencia 5/1981, el Tribunal calificó al derecho a la creación de centros docentes como una "garantía constitucional" -que no "institucional"- específica y no como una concreción de la libertad empresarial del artículo 38 CE (FJ 8º). Ello manifiesta a mi juicio el reconocimiento de la vertiente objetiva e institucional de este derecho, al señalarse expresamente su carácter funcional, en tanto garantía de la pluralidad y libertad de la educación y enseñanza y no en favor del interés subjetivo de quien cree el centro docente. Además, tal y como se ha señalado, se alude a la "garantía constitucional", por lo cual no se vincula el carácter funcional, objetivo, positivo, con aquella categoría jurídica. Es esta perspectiva, precisamente, la que sigue este estudio

En la sentencia 5/1981 (FJ 8º) se señala también la funcionalidad de derecho al establecimiento de un ideario en relación con el art. 27. 3º CE y se subraya también evidente conexión con la libertad reconocida en el art. 27. 6º CE y, por ende, su inclusión bajo la institución de la libertad de enseñanza (en este sentido, cfr. FJ 20º de la sentencia 77/1985, de 27 de junio (FJ 4º a)) El inicial reconocimiento jurisprudencial del ideario educativo también denotaba su dimensión institucional a través de su sometimiento a una serie de limitaciones en razón de la finalidad de su reconocimiento constitucional.

³⁴ Al respecto, véanse las sentencias 77/1985, de 27 de junio (FJ 11º), sentencia 86/1985, de 10 de julio (FJº 3º), donde se afirmaba que "El derecho de todos a la educación [...] incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional". O la sentencia 129/1989 de 17 de julio, en cuyo FJ 5º se recuerda que esta vertiente prestacional del derecho a la educación no puede desplazarse a los sujetos privados.

Entre la doctrina, ver fundamentalmente el citado trabajo de Juan M. DÍAZ LEMA: *Los conciertos educativos...* cit. y con particular atención a la perspectiva aquí abordada, Alfredo GALLEGO ANABITARTE: *Derechos fundamentales y garantías institucionales*. cit. págs. 118 a 120.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

institucional de tales libertades; a la vez, respecto de la libertad de cátedra y la autonomía universitaria, este carácter funcional se ha traducido en el reconocimiento de garantías institucionales. Si este marco jurisprudencial no destaca por su claridad, menos diáfano es el panorama de la percepción del carácter funcional y objetivo de estas libertades por parte de nuestra doctrina.

C) La compleja percepción por la doctrina del carácter funcional de las libertades de la enseñanza

1.-El manejo de la noción de la garantía institucional en las libertades de la enseñanza ha supuesto un vacío foco de tensión

Como se ha señalado, en nuestra jurisprudencia la categoría de la garantía institucional ha dificultado en alguna medida la percepción objetiva y funcional de las libertades en la educación y enseñanza. Pues bien, puede afirmarse que la noción de la garantía institucional aún ha tenido mayor repercusión doctrinal en el marco de la enseñanza; y no precisamente en aras de una mayor transparencia dogmática.

Ello es así dada la *cantidad de cuestiones que en este ámbito han quedado tras la consideración de la garantía institucional para la doctrina*. Y es que tal y como a continuación se aprecia, la garantía se ha vinculado a dimensión objetiva (y por ende, a la visión funcional) de las libertades de la enseñanza. De igual modo, también se ha canalizado a través de esta categoría de la garantía institucional la consideración de alguna de estas libertades como principio y marco estructural de una serie de derechos. Por último, bajo esta noción de la garantía se ha recogido el necesario respeto de un marco indisponible para el legislador en el ámbito educativo. Sólo esta última percepción, a mi juicio, se corresponde más con su propio significado.

Por lo que concierne a la libertad de enseñanza (27. 1º CE), bajo la noción de la garantía institucional se ha destacado su dimensión objetiva; dentro de esta perspectiva se ha significado tanto el carácter funcional de esta libertad³⁵ cuanto su vertiente prestacional y positiva³⁶. Asimismo, la

³⁵ Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit. págs. 64, 126 a 135 y 145 a 146 es quien mayor hincapié ha hecho en el carácter funcional de las libertades de la enseñanza -en general- como principios configuradores del sistema. Para subrayar este carácter esencialmente funcional este autor ha acudido a la noción de la garantía institucional

Rosario NOGUEIRA: *Principios constitucionales del sistema educativo español*. cit. págs. 77 y ss. también califica a la libertad de enseñanza como garantía institucional, en concreto para hacer referencia a su dimensión institucional, al entender esta libertad como una "garantía antimonopolio", del signo que sea (pág. 86).

³⁶ Dentro de la órbita de la faceta objetiva de los derechos se sitúa, como se atendió, la vertiente positiva en su sentido prestacional, es decir, la perspectiva de la actividad del Estado no sólo garante, sino también promocional. Y para subrayar este enfoque objetivo en el ámbito de la enseñanza también se ha acudido a la noción de la garantía institucional respecto de la libertad de enseñanza. Así, Juan M. DÍAZ LEMA: *Los conciertos educativos*, cit., pág. 65.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

garantía institucional ha sido el marco con el se ha reconocido a la libertad de la enseñanza su carácter de principio estructurador del sistema educativo³⁷. De esta forma, señalando el carácter de garantía de la libertad de enseñanza se afirmaba su condición de principio, bajo el que se incardinan una serie de derechos concretos que así quedan también imbricados en las finalidades institucionales de la libertad de enseñanza.

No obstante lo anterior, cabe advertir que los anteriores enfoques de la libertad de enseñanza (dimensión institucional, principio estructural) se han subrayado también por quienes han negado que recaiga una garantía institucional sobre la misma³⁸. Ello no deja de ser una muestra de que *la atribución de tal categoría no es el necesario cauce para atribuir a las libertades de la enseñanza una dimensión por encima de lo subjetivo*.

Particularmente compleja ha sido la apreciación doctrinal de la libertad de cátedra (20. 1º c) CE), en especial, porque el reconocimiento o no de una garantía institucional respecto de la misma si bien dificulta su percepción en modo alguno servía para derivar cuestiones de proyección material relevantes. Por lo que mayormente aquí interesa, cabe señalar que el reconocimiento de la dimensión objetiva e institucional de la libertad de cátedra ha sido generalizado en nuestra doctrina³⁹. Sin perjuicio de ello, se

³⁷ En este sentido, Javier BARNES VÁZQUEZ: "La educación en la constitución de 1978 (Una reflexión conciliadora)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 12, 1984, págs. 23 a 65, afirma el carácter de "garantía institucional" de la libertad enseñanza, en tanto que principio organizativo (págs. 39 y 48).

Desde otra perspectiva, a mi juicio, adecuada técnicamente, Alfredo GALLEGU ANABITARTE: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*. cit. pág. 263 no hace referencia a la libertad de enseñanza como garantía institucional. Sin perjuicio de ello, afirma que, tal y como se concibe en Alemania, sí que puede afirmarse la preservación de la institución de la escuela privada, (pues es algo conformado por un complejo organizativo y normativo). En este sentido se trataría del empleo en sentido propio de esta categoría, no para referirla a la finalidad objetiva e institucional de la libertad y pluralidad.

³⁸ Antonio EMBID IRUJO: *Las libertades en la enseñanza*, cit. pág. 242 califica a la libertad de enseñanza como "supraconcepto", garantía institucional, advierte "en sentido impropio" de la que derivan derechos y libertades concretas.

Se ha subrayado también la dimensión institucional y funcional de la libertad de enseñanza, sin acudir por necesidad a la garantía. Así, Juan CLIMENT BARBERÁ: "La libertad de creación de centros docentes en la enseñanza superior", en *Diez años de régimen constitucional español*, Enrique ÁLVAREZ CONDE (Ed.), Tecnos, Madrid, 1989, págs. 191 a 221, en concreto, págs. 192 a 193, señala la dimensión estructural e institucional de la libertad de enseñanza, de la que, afirma, no se derivan derechos subjetivos, si bien se proyecta en los derechos concretos reconocidos en el artículo 27. Sigue también esta posición Enriqueta EXÓSITO: *La libertad de cátedra*, cit. quien subraya la dimensión estructural e institucional de la libertad de enseñanza, de la que no se derivan derechos subjetivos, si bien considera se proyecta en los derechos concretos reconocidos en el artículo 27, págs. 106 a 107 y 122 a 123.

³⁹ Básicamente ha sido FERNÁNDEZ-MIRANDA, quien -de modo más próximo a las posición aquí defendida-, ha significado en mayor medida esta dimensión institucional de las libertades de la enseñanza, y en concreto, la de cátedra desde una singular perspectiva. Bajo el prisma institucional, este autor incide en la concepción funcional de la libertad de cátedra y la sitúa por encima de su alcance como derecho subjetivo. Aún es más, a diferencia de la mayoría de los autores, y al igual que se afirmaba respecto de la libertad de enseñanza, FERNÁNDEZ-MIRANDA considera a la libertad de cátedra como principio configurador circunscrito al ámbito de la enseñanza pública. (Cfr. *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, cit. pág. 551 y *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit. págs. 61 y ss.)

En sentido contrario, y también a diferencia de la mayoría, Javier BARNES VÁZQUEZ: "La educación en la constitución de 1978...", cit. pág. 54 y ss. niega este carácter institucional -y de garantía institucional- de la libertad de cátedra.

Alfredo GALLEGU ANABITARTE: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*. cit. por su parte, atiende la materia desde su particular perspectiva que considera a la libertad de cátedra como derecho fundamental de los docentes universitarios, sin dimensión institucional. Esta dimensión de la libertad de cátedra afirma que queda recogida con el reconocimiento de la garantía institucional de la autonomía universitaria, págs. 115 a 134.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

han dado diversas lecturas respecto de la primacía de la faceta de derecho subjetivo de la libertad de cátedra ⁴⁰ frente a quienes, como quien suscribe, inciden en su carácter funcional y finalista ^{41, 42}. No obstante, una posición dualista de equilibrio subjetivo-objetivo parece ser la tónica doctrinal ⁴³.

El seguimiento de la atribución o no del carácter de garantía institucional a la libertad de cátedra no aporta luz alguna sobre las anteriores cuestiones (dimensión objetiva y funcional, prevalencia de ésta sobre la faceta del derecho subjetivo). Respecto de estos aspectos, que son los que aquí interesan por cuanto derivan proyecciones jurídico-materiales más claras, se dan todo tipo de posiciones con independencia de que se afirme ⁴⁴ o niegue ⁴⁵ el carácter de garantía institucional de la libertad de cátedra.

⁴⁰ El carácter de derecho subjetivo de la libertad de cátedra -que en este estudio se niega- no se ha puesto en duda en la doctrina, pese a la multiplicidad de matices que respecto del mismo se han dado. No obstante, cabe destacar que hay quien ha incidido particularmente en el alcance de esta vertiente subjetiva frente a la institucional. Así, Manuel SALGUERO: *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, cit. si bien afirma la "doble valencia" de la libertad de cátedra, subraya el carácter de derecho público subjetivo de la libertad de cátedra (págs. 51 a 53). Si bien lo hace compatible con su dimensión objetivo-institucional, señala que esta dimensión "no debe disolver el aspecto jurídico subjetivo." (pág. 60).

⁴¹ Pablo LUCAS VERDÚ: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz "Garantías institucionales", cit. y voz "Libertad de Cátedra", Tomo XV, págs. 340 y ss. recuerda que una concepción individualista de dicha libertad conlleva el riesgo de "degenerar en el narcisismo en la extravagancia y en la desorganización científicas" (cfr. ob. cit. pág. 343). De este modo, subraya el carácter esencialmente funcional de esta libertad.

Como ya se ha hecho referencia, ha sido FERNÁNDEZ-MIRANDA califica como predominante al carácter funcional de las libertades de la enseñanza, y entre ellas, libertad de cátedra, situando dimensión institucional por encima de su consideración como derecho subjetivo. En esta línea cabe significar también a José L. CARRO MARTÍNEZ: "Libertad científica y organización universitaria", en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 13, 1977, págs. 211 a 227, en concreto, págs. 219 a 221, donde recuerda que el fundamento de la libertad de cátedra está en la misma esencia de la investigación, más que en los intereses particulares del investigador o profesor privado.

⁴² Por su parte, Javier CREMADES: "La libertad de cátedra en el ordenamiento jurídico constitucional español" en *Estado e Dereito*, nº 11, 1993, págs. 25 a 39, en concreto, pág. 26, destaca el carácter funcional de la libertad de cátedra, si bien, a diferencia de los anteriores, lo relaciona destacando la naturaleza subjetiva de esta libertad.

⁴³ La doble dimensión subjetiva e institucional se sigue en no pocos autores. De una parte, hay que mencionar a quienes consideran tal dimensión objetiva a través de la garantía institucional. Esto se da en Jesús PRIETO DE PEDRO: "Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución", en *Lecturas sobre la Constitución* (Tomás Ramón FERNÁNDEZ, dir.), UNED, 1978, págs. 503 a 529, pág. 521. Del mismo parecer, Javier GÁLVEZ: "Comentario al artículo 20 de la Constitución" en Fernando GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 263 a 268, en concreto, pág. 264. También, José M^a. GONZÁLEZ DEL VALLE: "Libertad de cátedra y libertad de enseñanza en la legislación española", en *Persona y Derecho* nº 8, 1981, págs. 313 a 327, en concreto, pág. 315. Posteriormente, Rosario NOGUEIRA: *Principios constitucionales del sistema educativo español*. cit. pág. 88 y Norberto ÁLVAREZ: "La libertad de cátedra hoy: entre la potestad y el control", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 76, año 1989 a 1990, págs. 27 a 37, en concreto, págs. 28 a 32. Recientemente, por último, Cristina RODRÍGUEZ COARASA: *La libertad de enseñanza en España*, cit. pág. 208, reconoce también la doble dimensión desde la compatibilidad de la consideración como derecho y como garantía.

De otra parte, hay quienes se sitúan también en una posición intermedia de compatibilidad entre la dimensión objetiva y la subjetiva, pero, a diferencia de los anteriores, niegan que se dé una garantía institucional respecto de la libertad de cátedra. Así, Blanca LOZANO: *La libertad de cátedra*, cit. págs. 116 a 140 en concreto, págs. 124 a 126, niega su consideración de garantía institucional, subraya su carácter de derecho subjetivo de libertad y su dimensión objetiva; en posición semejante, Enriqueta EXPÓSITO: *La libertad de cátedra*, cit. págs. 82 a 95, en concreto, págs. 88 a 91.

⁴⁴ Entre quienes afirman la categoría de garantía institucional respecto de la libertad de cátedra, antes de la propia Constitución, Pablo LUCAS VERDÚ: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz "Garantías institucionales", cit. y voz "Libertad de Cátedra", Tomo XV, págs. 340 y ss.

También Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit. págs. 126 a 135. ubica la dimensión institucional y el carácter estructural de esta libertad bajo la categoría de la garantía institucional. A esta relación de quienes afirman el carácter de garantía institucional hay que añadir a los que, desde la compatibilidad de esta categoría con la de derecho fundamental, señalan el equilibrio de una y otra, según se señala en la nota anterior (PRIETO DE PEDRO, GÁLVEZ, GONZÁLEZ DEL VALLE, NOGUEIRA, ÁLVAREZ y RODRÍGUEZ COARASA.)

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

Una vez advertida la percepción de la libertad de enseñanza y de cátedra por la doctrina, puede considerarse que *el empleo de la garantía institucional no se hace en su sentido propio, sino que básicamente se atribuye esta categoría a la hora de subrayar la dimensión objetiva y funcional de estas libertades.*

Y es que al señalarse que recae la garantía institucional respecto de estas libertades de la enseñanza, a mi juicio, no se pretende subrayarse que la Constitución les confiere una particular protección (la que otorga de suyo esta categoría). Antes bien, *al apreciar la doctrina la garantía sobre la libertad de enseñanza o de cátedra parece significarse que el espacio de libertad que estas libertades deparan tiene un carácter finalista, que está ordenado al logro de un fin que supera los intereses de los operadores educativos, a quienes tales libertades implican una serie de potestades.*

Sin embargo, a mi juicio, para señalar este aspecto finalista y funcional de libertades de la enseñanza no es menester acudir a esta categoría. Ello, especialmente, en aras de la claridad de la construcción jurídica y de la interpretación constitucional. Ahora bien, no sucede lo mismo respecto de la autonomía universitaria reconocida en el artículo 27. 10º CE.

2.- Sólo en relación con la autonomía universitaria cobra sentido la garantía institucional y ello no obsta para asumir su completo carácter instrumental

Respecto a la autonomía universitaria se han escindido las posiciones entre quienes consideran ésta como una garantía institucional⁴⁶ y quienes la entienden como un derecho fundamental⁴⁷.

⁴⁵ Así, entre quienes niegan el carácter de garantía institucional de la libertad de cátedra, antes de la Constitución, Luciano PAREJO ALFONSO: *Garantía institucional*, cit. En la pág. 121 niega el carácter de garantía institucional de la libertad de cátedra. Afirma que se trata de un derecho subjetivo que queda bajo la garantía de la libertad de enseñanza.

Javier BARNES VÁZQUEZ: "La educación en la constitución de 1978...", cit. pág. 54 y ss., como se ha señalado niega este carácter institucional -y de garantía institucional- de la libertad de cátedra.

Por su parte, Alfredo GALLEGU ANABITARTE: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*. cit., págs. 115 a 134, renuncia a la consideración de la garantía institucional sobre la libertad de cátedra al quedar la dimensión objetiva recogida con el reconocimiento de la autonomía universitaria (que sí es una garantía institucional en su sentido propio).

Por último, Blanca LOZANO: *La libertad de cátedra*, cit. págs. 116 a 140 en concreto, págs. 124 a 126, como se ha señalado subraya tanto el carácter de derecho subjetivo de esta libertad cuanto su dimensión objetiva, pero renunciando a la categoría de la garantía institucional. (En posición semejante, Enriqueta EXPÓSITO: *La libertad de cátedra*, cit. págs. 82 a 95, en concreto, págs. 88 a 91.)

⁴⁶ La doctrina ha reconocido en mayor medida el carácter de garantía institucional de la autonomía universitaria. Las dificultades, no obstante, se centran en su reconocimiento como derecho fundamental y su fusión y confusión con la dimensión objetiva de la libertad de cátedra.

Por su consideración de garantía institucional, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ: *La autonomía universitaria: ámbito y límites*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 50 (garantía institucional vinculada completamente a su carácter funcional); Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: "Artículo 27", cit. pág. 197, donde niega su carácter de derecho público subjetivo; Enriqueta LINDE PANIAGUA: "La autonomía universitaria", en *Revista de Administración Pública*, nº 84, 1977, pág. 369; Juan Mª. ALEGRE ÁVILA: "En torno al concepto de autonomía universitaria. (A propósito de algunos caracteres del régimen universitario español. En especial, sus implicaciones funcionariales)", en *Revista Española de Derecho*

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

En esta ocasión, a mi juicio nos encontramos ante una garantía institucional en sentido propio, por cuanto la Constitución garantiza una institución (toda una organización y un complejo normativo) "de modo reconocible para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" (sentencia 4/1981, antes aludida). La norma suprema en el artículo 27. 10º CE confiere esta peculiar protección respecto de un singular objeto, la autonomía de las Universidades. Es decir, la ley de leyes señala que tal autonomía debe darse de manera reconocible en estas organizaciones -las Universidades- y, por ende, en el complejo normativo que la conforma.

Ahora bien, ¿qué es lo que trata de preservarse con la garantía institucional de la autonomía de las Universidades? Pues bien, como en esta misma publicación recuerda D'Atena, la autonomía universitaria "halla la principal *ratio* de su reconocimiento en la garantía de la libertad de cátedra y de enseñanza"⁴⁸. Con esta institución jurídica se persigue que la actividad y normación estatal no resulte objetivamente contraria a la libertad académica (de investigación, docente y de estudio) en la Universidad, y para ello se reconoce un sistema de organización y ordenación a estos entes funcionalmente adecuado para ello.

Así pues, la autonomía universitaria comparte con el resto de las libertades del espacio educativo un *telos* común, que no es otro que la libertad y pluralidad en la ciencia, cultura, educación y enseñanza. Tanto en la autonomía universitaria cuanto en el resto de las libertades de la enseñanza esta finalidad trasciende por completo del interés propio de las personas (físicas o jurídicas) a quienes estas libertades deparan facultades o poderes. De ahí que desde la perspectiva funcional seguida, una y otras merezcan un tratamiento conjunto.

Cuestión distinta es que para que esta finalidad quede jurídicamente asegurada en el particular marco de la organización universitaria y en la regulación que la conforma se atribuya la particular categoría de la garantía

Administrativo, nº 51, 1986, págs. 367 a 396, en concreto, pág. 370, 372, 377 y 389; Ángel SÁNCHEZ BLANCO: "El derecho fundamental a la autonomía universitaria", en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 22, 1988, págs. 155 a 168, en concreto, págs. 159 a 161; Enriqueta EXPÓSITO: *La libertad de cátedra*, cit. pág. 274, niega, también, el carácter de derecho fundamental frente a su consideración de garantía institucional. Por último, Alfredo GALLEGO ANABITARTE: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*. cit., reconoce la protección de la garantía institucional sobre la autonomía universitaria en el sentido de institución garantizada constitucionalmente (cfr. págs. 99 y 120 a 135).

⁴⁷ Por contra, a favor de la consideración de la autonomía universitaria como derecho fundamental, Ángel SÁNCHEZ BLANCO: "Autonomía política y autonomía universitaria", en *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, nº 5, 1979 a 1980, págs. 77 a 90, en concreto pág. 89; Jesús LEGUINA VILLA y Luis ORTEGA ÁLVAREZ: "Algunas reflexiones sobre la autonomía universitaria", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 35, 1982, págs. 549 a 566, en concreto, págs. 549 a 552; Jesús LEGUINA VILLA: en "La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 1199 a 1211, en concreto en la pág. 1199 y José L. PIÑAR MAÑAS: "El investigación científica y la Universidad. Una aproximación al modelo español", en *Revista de Administración Pública*, nº 118, 1989, págs. 137 a 173, en concreto, 156 a 160.

⁴⁸ Así, en su riguroso estudio Antonio D'ATENA: "Perfiles constitucionales de la autonomía universitaria en Italia", véase la tercera página del mismo.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

institucional. En consecuencia, *la consideración de la autonomía de las Universidades como garantía institucional no es en modo alguno relevante en relación con su carácter funcional o instrumental, pues estos caracteres los ostenta con el resto de las libertades de la enseñanza con independencia de su ubicación bajo la noción de la garantía.*

De ahí que, a mi juicio aún el caso de la autonomía universitaria hay que eludir la consideración de la garantía institucional como relevante en relación con este carácter instrumental.

En las líneas anteriores se ha reparado en la diversa atención doctrinal del carácter funcional de las libertades de la enseñanza. Como se ha apreciado, esta atención no ha sido escasa ni pacífica a la hora de encauzar esta concepción de estas libertades.

La mayoría de los autores que han hecho hincapié en el carácter mayormente funcional de las libertades de la enseñanza -en particular de la libertad de cátedra y de la autonomía universitaria-, lo han hecho con bastante independencia de la posición mantenida respecto de la naturaleza jurídica aludida (garantía institucional, derecho subjetivo, dimensión objetiva, principio estructural, etc.) Incluso, entre quienes han puesto su acento en su carácter de derechos subjetivos se aprecia, en ocasiones, la particular voluntad de subrayar el carácter funcional de las libertades del marco docente.

*Lo cierto es que, a salvo de la autonomía de las Universidades, lo único que prácticamente no se ha puesto en duda ha sido el carácter de derechos subjetivos de las libertades de la enseñanza, que es, precisamente, lo que pretende minusvalorarse frente a su completo carácter funcional*⁴⁹.

Una vez se ha seguido la opaca recepción del carácter funcional de las libertades de la enseñanza por doctrina y jurisprudencia, es momento ya de señalar las vías por las cuales pueden, a mi juicio, quedar superados vacíos debates y confusas construcciones.

III. LA POSIBILIDAD DE APROVECHAR ALGUNAS CONSTRUCCIONES PROPIAS DE OTROS ÁMBITOS: LAS POTESTADES DEL DERECHO CIVIL DE FAMILIA Y LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS COMO OPORTUNOS REFERENTES RESPECTO DE LAS LIBERTADES DE LA ENSEÑANZA

⁴⁹ Así, tal y como se puede deducir de las notas anteriores, no se ha puesto en duda el carácter predominantemente subjetivo y no funcional de los derechos reconocidos en el artículo 27 CE, si bien, estos derechos se han enmarcado dentro del principio de la libertad de enseñanza del apartado 1º (cuya funcionalidad en relación con la libertad y pluralidad sí que ha sido señalada por la doctrina). Respecto de la libertad de cátedra no se ha puesto en duda el carácter subjetivo de ésta, con independencia del reconocimiento o no de su dimensión objetiva o su carácter de garantía institucional. A diferencia de las anteriores, sí que se ha puesto específicamente en duda el carácter subjetivo de la autonomía universitaria.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

Dado que en el presente estudio se propone una concepción particularizada de las libertades de la enseñanza, parece oportuno intentar dotar tal propuesta con un soporte jurídico y conceptual. Desde este punto de vista cabe ambicionar que tal construcción resulte más sólida que el marco que la doctrina y jurisprudencia ofrecen. Con este fin, es posible aprovechar algunas construcciones jurídicas ya existentes en favor de las libertades del marco docente. Ello, claro está, en orden a dar basamento jurídico a la idea-base idea sostenida en este estudio: la profundización en una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Se pretende así introducir algunos elementos que pudieran resultar válidos para la reflexión.

Se trata ahora de la posibilidad de incorporar categorías propias de otros ámbitos, ya sean espacios jurídicos distanciados, como lo es el Derecho civil de la familia (las potestades paterno filiales) ya se haga referencia a categorías propias de sectores materiales más próximos al Derecho público constitucional (las prerrogativas parlamentarias)

A) La posibilidad de un nuevo préstamo del Derecho privado: las potestades o derechos-deber

Se apunta ahora la posibilidad de que el Derecho público reciba, una vez más, un *préstamo* del Derecho privado, en concreto, las construcciones y marcos conceptuales elaborados en relación con los derechos de los padres o tutores en favor de los hijos⁵⁰.

No se trata de trazar paralelismo alguno en razón de una proximidad material. No se pretende la asunción de este marco jurídico paterno-filial por el hecho de que el educando normalmente (en tanto que menor de edad) quede sujeto a este tipo de relación jurídica. Sin perjuicio de esta proximidad material, se señala ahora la posibilidad de aprovechar este marco de las potestades del Derecho de familia por los paralelismos no materiales, sino conceptuales que se dan con el ámbito de las libertades de la enseñanza.

⁵⁰ Al respecto, puede verse, José M^a. CASTÁN VÁZQUEZ: *La patria potestad*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960 pág. 31, afirma la concepción de *función* de la patria potestad, como un poder de protección, un derecho y deber -págs. 34 y 178-, calificado por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de noviembre de 1955 "como simple medio para el cumplimiento del deber" -pág. 35-. Sin perjuicio de ello, en la página siguiente recuerda con Cicu que, al lado del aspecto del deber, la patria potestad también incluye el aspecto de derecho subjetivo, si bien "inseparablemente ligado a los intereses del hijo, por lo que, al defender el propio derecho, el padre defiende el interés del hijo elevado a interés superior."

Particularmente, la percepción de la naturaleza funcional de la patria potestad se debe a Antonio CICU: "La filiazione", en el *Trattato di Diritto Civile Italiano* dirigido por VASSALLI, vol. III. Tomo II, fasc. 1 y 2, 2^a ed. Torino, 1951, pág. 284 (ahí citado en las págs. 10, 13, 36 de José M^a. CASTÁN VÁZQUEZ: *La patria potestad*, cit.). Sobre la materia en particular, ver también PRADA GONZÁLEZ: "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", en *Anales de la Academia Maritense del Notariado*, Tomo XXV, págs. 359 y ss. Como recuerda Luis Díez PICAZO y Antonio GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. VI, (6^a ed.), Tecnos, Madrid, 1995 en la pág. 284, la reforma de 1981 del Código Civil "pone especial énfasis en que el ejercicio de la patria potestad se encuentra siempre funcionalizado. No se ejerce en interés del padre, sino en beneficio del hijo".

Así, al igual que éstas últimas, las *funciones, derechos-deber* o *potestades*⁵¹ reconocidas a los padres o tutores en materia de familia son *instrumentales o funcionales*, es decir, potestades reconocidas en favor de los hijos y sólo en ésta medida ejercidos por los padres o tutores. De este modo, al igual que sucede respecto de las libertades de la enseñanza, el correcto ejercicio de las potestades conferidas a padres o tutores no excluye la satisfacción del interés legítimo de quien las ejerce. Si, como se afirmó, el ejercicio de la libertad de cátedra redundaba en beneficio del docente (aunque no se reconozca en función de aquél), el ejercicio de las potestades del Derecho de familia puede también satisfacer los intereses legítimos de padres o tutores, pese a que estos derechos-deber se conciben en interés del menor. De este modo, *no puede negarse que estos derechos-deber pueden satisfacer los legítimos intereses individuales de los sujetos a quienes se reconocen*.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, *estos derechos-deber no son derechos subjetivos*, lo cual aquí también se afirma respecto de las libertades de la enseñanza. Ello es así en tanto en cuanto la doctrina civilista considera que las facultades que implican estas potestades, si bien no lo excluyen, no van dirigidas a satisfacer el interés de quien las ejerce, sino el superior interés de la protección del menor⁵². A su vez, dado que este interés trasciende al individuo que ejerce estas potestades, no puede extrañar que a quienes ejercen estas potestades (padres o tutores) se les exija una importante carga de responsabilidad y no pocos condicionamientos a la hora de tal ejercicio. Como no habrá escapado, esta última idea también casa con la concepción del ejercicio servicial de las libertades de la enseñanza que se ha puesto de manifiesto.

Así pues, debe considerarse que, pese a la diferente naturaleza y ámbitos de las libertades de la enseñanza y los derechos-deber del marco de la familia, no cabe excluir la posibilidad de establecer interesantes paralelismos en orden a su asunción y proyección prácticas⁵³.

⁵¹ Luis Díez PICAZO y Antonio GULLÓN: *Sistema*, cit. pág. 45 afirma que conviene más el nombre de "derechos-deberes" o más técnicamente el de "potestades", puesto que no son estrictamente derechos subjetivos.

Por su parte, Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho de Familia*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, págs. 24 a 25, respecto de la naturaleza de estas potestades afirma que no nos situamos ante derechos, sino ante funciones, si bien afirma que "puede seguir hablándose de derechos subjetivos".

⁵² Manuel ALBADALEJO: *Derecho Civil*, cit. pág. 19, afirma que los derechos en el ámbito de la familia se conceden "no por razones egoístas de la simple utilidad del titular". Luis Díez PICAZO y Antonio GULLÓN: *Sistema*, cit. pág. 45 señala como carácter básico del Derecho de familia que las finalidades trascienden de los intereses estrictamente individuales, por lo que el cumplimiento no queda al arbitrio individual. En este sentido, este autor distingue las potestades de los derechos subjetivos; afirma que los poderes derivados de las relaciones jurídico familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidas los fines previstos en el ordenamiento jurídico". En esta dirección, Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho de Familia*, cit. pág. 21, señala como carácter básico del Derecho de familia que "los poderes conferidos tienen el carácter de potestades (poderes para un fin superior), donde prima la idea de deber sobre el derecho subjetivo".

⁵³ No en vano, el propio Derecho civil de la familia tiene una naturaleza no ajena a lo público. En este sentido, Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho de Familia*, cit. pág. 20 recuerda como en el siglo pasado GIERKE ya ubicaba al Derecho de familia en un espacio intermedio entre el Derecho público y privado -"Derecho social"- y en el

B) La interesante equiparación de las libertades de la enseñanza con las prerrogativas parlamentarias

1.- Las prerrogativas parlamentarias: una categoría de Derecho público que no cabe descartar para el ámbito de las libertades de la enseñanza

Posiblemente el lector considere que no es menester tomar un nuevo préstamo del Derecho privado para encauzar la construcción funcional que aquí se sostiene. Lo cierto es que el Derecho público cuenta con una figura que, en muy buena medida, puede dar respuesta a la necesidad perseguida. Estoy haciendo ahora referencia a las prerrogativas parlamentarias reconocidas en el artículo 71 de nuestra ley de leyes: la inviolabilidad y la inmunidad, así como el privilegio del fuero⁵⁴. Y es que pese a que no exista vinculación material alguna entre tales prerrogativas parlamentarias y las libertades de la enseñanza es posible trazar una interesante equiparación conceptual entre las mismas. De ahí que *las prerrogativas parlamentarias pueden servir de modelos en orden a articular jurídicamente la estructura funcional de las libertades de la enseñanza que aquí se sostiene.*

Estos tradicionales privilegios del parlamentario han sido categorizados de variadas formas por la doctrina y la jurisprudencia. Entre nuestros autores se han tildado de "garantías de *orden público*" o "garantías parlamentarias"⁵⁵, "institución de derecho objetivo"⁵⁶, "institución de

presente siglo CICU afirmó el acercamiento del Derecho de familia a los caracteres del Derecho público, constituyendo un *tertium genus*. Luis Díez PICAZO y Antonio GULLÓN: *Sistema*. cit. pág. 42 afirma como segundo carácter del Derecho de familia que se puede hablar de un "orden público familiar".

⁵⁴ "La *inviolabilidad* impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidad a los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones"; por su parte, "la *inmunidad* somete a determinados procesos al requisito de la autorización de la Cámara legislativa respectiva, requisito que actúa como presupuesto de procedibilidad determinante, caso de ser denegada la autorización, del cierre del proceso con su consiguiente archivo". De menor relevancia, "el *privilegio de fuero* consiste en la residencia en el Tribunal Supremo de la competencia para juzgar las causas abiertas contra los parlamentarios".

Tales definiciones se siguen de Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: "Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional", en *Revista de las Cortes Generales*, nº 38 mayo-agosto de 1996, págs. 7 a 46 págs. 11 a 12 y 45.

⁵⁵ Cfr. Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: "Las garantías de los miembros del Parlamento Vasco", en *Revista de Derecho Político* (nueva época) nº 9, julio-octubre de 1985, págs. 237 a 288, ha sido quien con mayor atención, y a mi juicio acierto, ha seguido la naturaleza funcional de las prerrogativas, en concreto págs. 243 a 245.

Afirma el autor que "Se ha señalado que *estas garantías son de "orden público"*. Es decir, no se conceden a los parlamentarios para su propio interés, sino, precisamente, en favor del libre ejercicio de sus funciones. En consecuencia se afirma su *irrenunciabilidad y su naturaleza instrumental*." Más tarde se señala que "hemos preferido hablar de *garantías parlamentarias*." La cursiva es mía.

⁵⁶ Eloy GARCÍA: "Crisis jurídica y crisis política de la inmunidad parlamentaria", en *Revista de las Cortes Generales*, nº 18 septiembre-diciembre de 1989, págs. 67 a 118, dedica a la cuestión las págs. 86 a 88. En referencia a la inmunidad García destaca en la pág. 86 su "*valor y significado instrumental respecto del fin primordial que con ella se persigue* y del que en definitiva deriva su carácter objetivo: la salvaguarda de la posición constitucional del Parlamento". En la pág. 87 califica a la inmunidad como una "institución de derecho objetivo". La cursiva es mía.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

Derecho objetivo y funcional"⁵⁷ o, por último, como "prerrogativas funcionales"⁵⁸. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha nominado a las tradicionales prerrogativas parlamentarias como "privilegios funcionales"⁵⁹, "sustracciones al Derecho común conectadas a una función"⁶⁰, "derecho reflejo"⁶¹ e incluso como "prerrogativas institucionales"⁶².

Todo hay que decir que, pese a la diversidad de la nomenclatura, se advierten caracteres comunes en la concepción de estas categorías tanto por la doctrina como la jurisprudencia constitucional y, por lo que ahora interesa, estos caracteres, y las consecuencias que de los mismos se derivan por cuanto su régimen jurídico, resultan del todo proyectables respecto de las libertades de la enseñanza.

2.- Los paralelismos entre las libertades del ámbito educativo y las prerrogativas parlamentarias.

Cabe tener en cuenta que tales instituciones parlamentarias tienen una fundamentación y finalidad clara, que no es otra que "*servir de instrumentos para garantizar la libertad e independencia funcional de las Cámaras legislativas en cuanto órgano constitucional*"⁶³. Las prerrogativas

⁵⁷ Ángel MANUEL ABELLÁN: *Estatutos de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1992, en relación a lo que ahora interesa, véanse las consideraciones generales realizadas en las págs. 26 a 32, en la pág. 27 señala que "En realidad, las garantías son técnicas de control entre órganos. Constituyen una institución de Derecho objetivo y funcional que protegen el *status* y las atribuciones asignadas al Parlamento por la Constitución. Por eso, las garantías son irrenunciables para los parlamentarios, ya que, como excepciones que son al Derecho común, se les conceden no en su interés personal, sino en relación con las funciones públicas que deben desarrollar. Las garantías no atribuyen a los parlamentarios derechos públicos subjetivos, sino simples intereses legítimos." La cursiva es mía.

⁵⁸ Elviro ARANDA ÁLVAREZ: "Consideraciones sobre la naturaleza de la inmunidad parlamentaria y la necesidad de objetivar los criterios para la concesión de los suplicatorios. (Un comentario a la sentencia 206/1992, de 27 de noviembre "caso González Bedoya)", en *Revista de las Cortes Generales*, nº 28 enero-abril 1993, págs. 102 a 120, en concreto, respecto del carácter funcional, véase la pág. 110, en la que se afirma que "Hasta aquí hemos repetido reiteradamente que la inmunidad es una prerrogativa funcional."

⁵⁹ Así, en el auto 147/1982, de 22 de abril, FJ 5º.

⁶⁰ De este modo en sentencia 51/1985, de 10 de abril, FJ 6º.

⁶¹ Tal categorización se aprecia en el auto 526/1986, de 18 de junio, FJ 4º, donde el Alto Tribunal afirma que se trata de un "*derecho reflejo* del que el parlamentario goza como miembro de la institución y que sólo se justifica, pues todo privilegio requiere justificación, en cuanto que tal privilegio es condición de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución.". Esta nomenclatura se ha reiterado con posterioridad (así, sentencia 243/1988, de 19 de diciembre, FJ 2º, o la 9/1990, de 18 de enero, FJ 3º a), entre otras).

⁶² Por último, esta calificación que se ha seguido de reticencias doctrinales, se aprecia en la sentencia 202/1992, de 27 de noviembre, FJ 3º, donde se afirma que "El carácter objetivo de las prerrogativas parlamentarias se refuerza, en efecto, en el caso de la inmunidad, de tal modo que *la misma adquiere el sentido de una prerrogativa institucional*." La cursiva es mía.

⁶³ Cfr. Ángel MANUEL ABELLÁN: *Estatutos de los parlamentarios...* cit. págs. 26 a 27. La cursiva es mía. Elviro ARANDA ÁLVAREZ: "Consideraciones sobre la naturaleza de la inmunidad..." cit. pág. 109, encuentra la finalidad y fundamento de las garantías parlamentarias en "asegurar la libre y discrecional participación de los parlamentarios en el funcionamiento de la cámara". Por su parte, el Tribunal Constitucional ha afirmado al respecto que "su finalidad es asegurar el buen funcionamiento de las instituciones parlamentarias cuya importancia en un sistema democrático es decisiva, entre otras cosas, para la defensa de los mismos derechos fundamentales" (auto 147/1982, de 22 de abril, FJ

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

parlamentarias ostentan un objetivo definido, por el cual han sido reconocidas por el Derecho, es decir, *tienen un carácter esencialmente funcional, instrumental y objetivo, tal y como aquí se subraya de las libertades del marco docente.*

Resultan especialmente interesantes las consideraciones de Lucas Murillo respecto de la faceta subjetiva de las prerrogativas parlamentarias. Como ahora se sigue, sus aseveraciones bien valen respecto del marco de las libertades de la enseñanza. Tal autor considera que, pese a que las prerrogativas "sólo afectan instrumentalmente al parlamentario [como las libertades de la enseñanza a los operadores educativos], es indiscutible que inciden en su esfera jurídica subjetiva [...] de esta forma se amplía su esfera de libertad" (al igual que las libertades educativas amplían la esfera de libertad de los operadores educativos). Siguiendo a Jellineck, Lucas Murillo señala cómo los sujetos a los que se atribuyen las prerrogativas son los únicos capaces de hacerlas valer (lo mismo que se afirmó de las libertades de la enseñanza), de ahí que las prerrogativas parlamentarias no sean sólo Derecho objetivo. Desde la perspectiva del *interés legítimo*, afirma este autor que "los miembros de las cámaras protegidos por estas garantías se encuentran [...] en una situación jurídica subjetiva que sin atribuirles el derecho a disponer de ellas, sí reconoce su *interés* a que sean respetadas."

⁶⁴ El mismo interés subjetivo lo tienen los operadores educativos en que sean respetadas las libertades de la enseñanza a ellos reconocidas; no en vano el ejercicio de éstas no sólo redunda en beneficio tanto de la sociedad, sino, también, en favor de quien las ejerce.

No obstante, *ni las prerrogativas ni las libertades de la enseñanza son derechos subjetivos, sin perjuicio de que se reconozca la existencia de un legítimo interés de quienes las ejercen.* Pese a la diversa terminología empleada por doctrina y jurisprudencia, cabe significar que, en todos los casos, se contraría la condición de derechos subjetivos de las prerrogativas parlamentarias. Tal y como afirma nuestro máximo intérprete, las prerrogativas no se confieren como derechos personales ⁶⁵, sino que "se atribuyen a los miembros de las Cortes Generales no en atención a un interés privado de sus titulares, sino a causa de un interés general" ⁶⁶. Tal

⁵⁰) o que "encuentran su fundamento en el objetivo común de garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria, y en tal sentido son complementarias." (Sentencia 9/1990, de 18 de enero, FJ 3º A)

⁶⁴ Cfr. Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: "Las garantías de los miembros del Parlamento... cit. citas contenidas en las págs. 244 a 245. Concluye este autor (pág. 245) considerando que "se afirma su *carácter instrumental* respecto de éstas [las actividades parlamentarias], *su naturaleza predominantemente objetiva y funcional que las hace irrenunciables* para los parlamentarios, *aunque* se reconozca que, en cierto modo, amplían su esfera jurídica subjetiva *y producen el nacimiento en ello de un interés legítimo* para reaccionar en el caso de que sean vulneradas." La cursiva es mía.

⁶⁵ Esta minusvaloración del alcance subjetivo de las prerrogativas se sigue en la sentencia 243/1988, de 19 de diciembre, FJ 2º, donde el Tribunal afirma que las mismas "se confieren no como derechos personales, sino como derechos reflejos". La cursiva es mía.

⁶⁶ Así en la sentencia 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5º.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

afirmación bien debe valer para las potestades reconocidas en el marco educativo.

Puede también advertirse otro punto de proximidad conceptual que viene a ratificar lo que se acaba de señalar. Con el reconocimiento de estas categorías que ahora se equiparan, tanto al parlamentario como al operador educativo se les amplía particularmente su ámbito de libertad, y pasan a ostentar una posición jurídica diferente respecto del estatuto general del ciudadano. Resulta obvio afirmar que toda diferencia pugna con el valor y principio de igualdad. Esta pugna con la igualdad de las libertades de la enseñanza y las garantías parlamentarias se pone de manifiesto en mayor medida en el caso de las prerrogativas, a las que la propia terminología constitucional califica como "privilegios" (artículo 67. 3º CE).

No obstante, como ha recordado recientemente el Alto Tribunal para el caso de las prerrogativas parlamentarias, la diferencia de tratamiento respecto de la ciudadanía en general no implica necesariamente una restricción del principio de igualdad⁶⁷. *Y es que es precisamente la funcionalidad de garantías parlamentarias, y sólo ella, la que justifica las diferencias de estatuto que comportan en relación con la ciudadanía general*⁶⁸.

Lo mismo debe afirmarse de las libertades del marco docente. *Asumir la protección constitucional de los intereses subjetivos de los centros educativos o profesores como derechos subjetivos implicaría un injustificado privilegio respecto de otras actividades profesionales o empresariales. El diferente espacio de libertad que se confiere a los operadores educativos sólo se justifica en razón de las finalidades perseguidas con su reconocimiento constitucional.* Así pues, en modo alguno se respetaría el principio de igualdad si unas y otras categorías fueran concebidas como derechos subjetivos⁶⁹.

⁶⁷ Resulta clara en este sentido la sentencia 30/1997, de 24 de febrero, FJ 5º cuando afirma que "las prerrogativas parlamentarias no se confunden con el privilegio, ni tampoco pueden considerarse como expresión de un pretendido *ius singulare*, pues en ellas no concurren las notas de la desigualdad y la excepcionalidad. Antes al contrario: Ofrecen un tratamiento jurídico diferenciado a situaciones subjetivas cualitativa y funcionalmente diferenciadas por la propia Constitución, y resultan de obligada aplicación siempre que concurra el presupuesto de hecho por ellas contemplado."

⁶⁸ En este sentido, en el auto 526/1986, de 18 de junio, (FJ 4º) se señalaba "Ni en el derecho histórico ni, menos aún, en el contemporáneo, más orientado por el principio de igualdad, es el privilegio de la inviolabilidad un derecho personal [...] sólo se justifica, pues todo privilegio requiere justificación, en cuanto que tal privilegio es condición de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución."

Por su parte, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: "Las prerrogativas parlamentarias... cit. pág. 10 señala que se trata de una pugna, si bien no una restricción de la igualdad. Afirma que no cabe seguir afirmando que se trata de "privilegios" personales, pues resulta "una obviedad la incompatibilidad de los mismos con aquel Estado".

⁶⁹ En esta línea de pensamiento si bien en su afán de discernir la libertad de cátedra de la libertad de expresión, ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit. pág. 130 recuerda que si la libertad de cátedra fuera una mera concreción del derecho a la libertad de expresión "se trataría, en este caso, de una concreción innecesaria, irrelevante y aun *privilegiada*" (la cursiva es mía).

En este sentido, se entiende que asumir la protección constitucional de los intereses subjetivos de los Centros educativos o los docentes como derechos subjetivos implicaría un injustificado privilegio respecto de otras actividades profesionales o empresariales. De ahí que, tal y como se señala más tarde, la protección en cuanto tales de los intereses particulares de unos y otros goce de la misma protección constitucional que la *general* que suponen los

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

Puede señalarse una semejanza más que pone de manifiesto la cercanía de estas instituciones parlamentarias y las libertades de la enseñanza: su indisponibilidad y el carácter obligatorio de su ejercicio ⁷⁰. En tanto en cuanto unas y otras no traen por causa la protección de los intereses subjetivos, sino unos superiores intereses objetivos del sistema constitucional, *su ejercicio no es facultativo para el sujeto a quien se reconocen*. Al igual que respecto de los derechos-deber de la familia y, en parte, las prerrogativas parlamentarias, las libertades del sistema constitucional educativo deben concebirse y ejercerse bajo una comprensión servicial, no individual.

3.- Una consecuencia de estas similitudes: tanto para las prerrogativas parlamentarias cuanto para libertades de la enseñanza rige un criterio interpretativo funcional

Se han recogido evidentes paralelismos entre las prerrogativas y las libertades de la enseñanza. Conceptualmente ello ayuda a descubrir y conformar la verdadera naturaleza de las libertades del marco docente. No obstante, y sin perjuicio de estas exigencias del rigor jurídico, no se trata de una mera disquisición abstracta; el carácter instrumental funcional y objetivo de las garantías parlamentarias tiene claros efectos a la hora de determinar el alcance jurídico de las mismas. Tales efectos y derivaciones, a mi juicio, bien pueden trasponerse en la interpretación y concretización de libertades de la enseñanza.

En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma de las garantías parlamentarias que su proyección jurídica "requiere de una correcta delimitación material y funcional", así como de una "interpretación finalista de la garantía que se considera". Y es que como considera el máximo intérprete "sólo en tanto esta función jurídica se ejerza, pueden considerarse vigentes" ⁷¹.

derechos y libertades constitucionales (libertad ideológica y religiosa, libertad de expresión, el derecho de propiedad o la libertad empresarial, por citar algunos).

⁷⁰ El carácter objetivo, no subjetivo de la estas instituciones implica que su ejercicio viene impuesto, no se trata de una facultad de quien la ejerce. Así se recoge en las afirmaciones anteriores de LUCAS MURILLO, también en Eloy GARCÍA: "Crisis jurídica y crisis política ... cit. págs. 87 a 88, donde recuerda que son indisponibles o, en la misma dirección, Ángel MANUEL ABELLÁN: *Estatutos de los parlamentarios...* pág. 29.

El Tribunal Constitucional por su parte, se ha sumado a esta idea en la sentencia 30/1997, de 24 de febrero, FJ 5º, cuando señala que "las prerrogativas parlamentarias son *ius cogens* y, por tanto, indisponibles para sus titulares".

⁷¹ Cfr. sentencia 51/1985, de 10 de abril, FJ 6º. En esta dirección la sentencia 90/1985, de 22 de julio, FFJJ 6 y 7 en relación al suplicatorio y la inmunidad parlamentaria, señala que la denegación de éste despliega eficacia "únicamente en el caso que dicha denegación sea conforme a la finalidad que la institución de la inmunidad parlamentaria persigue y en la que la posibilidad de denegación se fundamente". Como a continuación se indica, no cabe confundir este criterio interpretativo funcional con el criterio restrictivo que se impone en las prerrogativas parlamentarias por razón de su carácter limitativo de derechos.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

Así pues, proyectando tales derivaciones al ámbito que nos ocupa, puede afirmarse que *toda la actividad interpretativa y concretizadora respecto de las libertades de la enseñanza debe inspirarse en el criterio de la funcionalidad de las mismas*. De este modo, es la finalidad por laXX 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).

4.- Una disimilitud relevante. Para las libertades de la enseñanza no rige un criterio restrictivo de interpretación

Sin perjuicio de lo anterior, es menester advertir que, si bien la naturaleza y estructura jurídicas de las prerrogativas se muestran de gran interés en relación con las libertades de la enseñanza, cabe XX GUARDAR tener no pocas cautelas. No todo son equivalencias conceptuales entre unas categorías y otras; precisamente, sus disimilitudes comportan una singular proyección jurídica que sólo debe darse en el caso de las prerrogativas parlamentarias: su interpretación restrictiva.

Es menester tener en cuenta que, a diferencia de las libertades de la enseñanza, *de suyo*, las prerrogativas parlamentarias XX PODRÍAN implicaXXR una restricción de derechos fundamentales; las garantías parlamentarias inciden negativamente, en particular, en el derecho a la tutela efectiva reconocido en el artículo 24 CE ⁷². Como consecuencia lógica del ello, nuestra jurisprudencia ha señalado que:

"Las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros (en este caso, por ejemplo, los reconocidos por el art. 24. 1 de la Constitución). Tal entendimiento estricto debe hacerse a partir de una comprensión del sentido de la prerrogativa misma y de los fines que ésta procura." ⁷³.

⁷² En este sentido, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: "Las prerrogativas parlamentarias... cit. págs. 11 a 12 recuerda que las prerrogativas "inciden negativamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, pues mientras la inviolabilidad impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidad a los diputados o senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, la inmunidad somete determinados procesos al requisito de la autorización de la Cámara legislativa respectiva, requisito que actúa como presupuesto de procedibilidad determinante, caso de ser denegada la autorización, del cierre del proceso con su consiguiente archivo." De ahí que, señale este autor que "son privilegios obstaculizadores del derecho fundamental que proclama el artículo 24. 1 de nuestra "Lex superior", sólo consienten, como ha reconocido el Tribunal Constitucional una "interpretación estricta o restrictiva".

⁷³ Cfr. sentencia 51/1985, de 10 de abril, FJ 6º, en la que se señala también que "Con alguna excepción muy singular, la comprensión más estricta de la prerrogativa es unánimemente compartida por la doctrina española, siendo también la dominante en la literatura extranjera. En el Derecho español, por las razones y con las precisiones que a continuación se apuntan, ésta parece ser, ciertamente, la interpretación más correcta."

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

A diferencia de las prerrogativas, el contenido inherente de las libertades de la enseñanza no es XX EL DE limitar otros derechos⁷⁴. Por tanto, no se cumple el XX REQUISITO motivo por el cual aquéllas deben interpretarse restrictivamente. En consecuencia, la necesaria interpretación restrictiva del alcance de los privilegios parlamentarios en modo alguno debe seguirse para el caso de las libertades del mundo educativo. Ahora bien, esta pauta restrictiva que no rige para las libertades del ámbito educativo no debe confundirse con el criterio funcional que sí rige en la interpretación de las mismas, pues éste, como se ha XX ADVERTIDO, viene motivado por su naturaleza instrumental y objetiva y no por su carácter negativo.

Concluye así la apreciación de las prerrogativas parlamentarias como interesante punto de referencia para advertir y coherente la naturaleza instrumental y objetiva de las libertades de la enseñanza y observar algunas de las consecuencias que de la misma se derivan. Se cierra ahora esta parcela del estudio que pretendía, de un lado, apreciar cómo se había canalizado la particular estructura y función jurídicas de estas categorías; de otro lado, ante las insuficiencias detectadas, se ambicionaba ofrecer nuevas perspectivas con las que afrontar las especialidades de las libertades del marco educativo. Para ello, se ha centrado el interés respecto de los derechos-deber del Derecho civil de familia, y, singularmente, XX EN las garantías parlamentarias. Resulta ya momento oportuno para derivar algunas consecuencias que se pueden vislumbrar a raíz de la comprensión funcional aquí seguida.

IV. ALGUNAS REPERCUSIONES DE LA POSICIÓN SOSTENIDA

A) La singularidad de las libertades de la enseñanza no implica la pérdida de la protección constitucional

Cierto es que en el presente estudio se propone una concepción particularizada de las libertades de la enseñanza. En éstas, la protección de intereses subjetivos queda *completamente* condicionada en favor de la defensa de unas finalidades objetivas. No hay vertiente subjetiva protegida

En la misma dirección, la sentencia 9/1990, de 18 de enero, FJ 3º A señala también que "en la medida en que son privilegios obstaculizadores del derecho fundamental citado, [las prerrogativas] sólo consienten una interpretación estricta"

⁷⁴ Cabe, no obstante, realizar una precisión. En el desenvolvimiento normal de la vida jurídica, el ejercicio de los derechos y libertades supone un natural marco colisivo o conflictual con otros derechos, libertades o bienes constitucionales y como resultado, unos y otros quedan afectados recíprocamente. Que el ejercicio de las libertades de la enseñanza pueda suponer limitaciones en el ejercicio de otros derechos y libertades no supone que su contenido inherente sea negativo o limitativo, como lo es el de las prerrogativas parlamentarias.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

en el reconocimiento de las libertades del espacio educativo, sino que únicamente se ampara constitucionalmente la función, o dicho de otro modo, la sola vertiente objetiva o institucional. A diferencia del resto de derechos y libertades, en las libertades de la enseñanza, la única atención constitucional la merece la finalidad, y no el sujeto. El carácter instrumental de estas libertades condiciona totalmente el ejercicio de las facultades que implican para los operadores educativos,XX; este condicionamiento puede suponer la imposición una serie de deberes a quien ejerce estas libertades, en orden a alcanzar la finalidades objetivas. Por ello no puede extrañar que se afirme que se trate de "libertades que obligan" ⁷⁵. Por contra, el resto de las libertades públicas -y, por supuesto, los derechos propiamente fundamentales-, en tanto que derechos subjetivos, siempre deparan un ámbito de protección de los intereses subjetivos.

Sin perjuicio de lo anterior, *cabe advertir que la posición sostenida no implica una quiebra del clásico contenido liberal subjetivo o negativo de las libertades públicas. Las libertades de la enseñanza no guarnecen la dignidad de la persona, sino la libertad y pluralidad esenciales del sistema constitucional. El resguardo de los intereses subjetivos independientes de las finalidades objetivas queda satisfecho con el reconocimiento de otros derechos y libertades.* Como a continuación se concreta, esta protección a los intereses subjetivos es igual para el docente que para cualquier otra categoría profesional, para el centro educativo que para cualquier otra empresa, para la Universidad al igual que para cualquier otro organismo autónomo.

Asimismo, *la negación del carácter de verdaderos derechos subjetivos a las libertades de la enseñanza no implica que las facultades que se reconocen a sus titulares no ostenten las garantías propias reconocidas a los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución.* A salvo de la autonomía de las Universidades, que goza de la singular protección que le confiere la garantía institucional, la percepción aquí seguida XX DEFENDIDA no priva a las libertades del espacio académico de la garantías del contenido esencial o de la particular protección jurisdiccional. Del mismo modo, su consideración funcional no excluye que la regulación del ejercicio de las facultades que confieren estas libertades

⁷⁵

Véase lo afirmado en la nota nº 22 y el texto que la acompaña en relación con la doble valencia de los derechos y libertades; igualmente, véase lo afirmado en la nota nº 52 y el texto que la acompaña en relación con la carga de responsabilidad de padres y tutores.

En particular sobre las libertades de la enseñanza, en concreto sobre la libertad de cátedra, MARTÍN RETORTILLO, subraya las restricciones y deberes y, en definitiva las servidumbres que implica la libertad de cátedra para quien la ejerce, así en LORENZO MARTÍN RETORTILLO: "Hay libertades que obligan" en *Cuenta y Razón*, ° 44-45, marzo-abril de 1989, ahora en *La Europa de los derechos humanos*, CEC, 1998, págs. 381 a 385. Por su parte, aprecia este fenómeno BLANCA LOZANO: *La libertad de cátedra*, cit. pág. 145 quien muestra particular atención sobre este aspecto objetivo, si bien subraya la vertiente subjetiva de la libertad de cátedra.

Baste por ahora señalar lo impropio que parece que un derecho subjetivo como parece serlo la libertad de cátedra imponga deberes, obligaciones o cargas para su titular. El ejercicio y comprensión de estas libertades en su sentido más próximo al servicio público parece resultar una mejor explicación de este fenómeno.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

quede sometida a ley, y su desarrollo a la ley orgánica; en fin, su peculiaridad no priva a las libertades de la enseñanza de las garantías constitucionales propias a los derechos y libertades. Y ello es así en tanto en cuanto, a excepción de la autonomía, la Constitución reconoce las libertades de la enseñanza como "derechos" o "libertades" (arts. 20. 1 c), 27, 1º, 3º y 6º CE) XX y la protección de los mismos, es bien sabido que se hace depender de su ubicación.

Ahora bien, estas libertades del espacio educativo no son como el resto de los derechos y libertades, por lo cual esta protección constitucional de la que gozan estas libertades queda igualmente vinculada con las finalidades objetivas. Y es que si bien es cierto que son reconocidas como derechos y libertades por la Constitución, su régimen jurídico varía respecto de los mismos.

B) Los intereses subjetivos de los operadores educativos no quedan desguarnecidos normativamente

Sin perjuicio de lo que se ha venido afirmando, los legítimos intereses subjetivos de los "operadores educativos" pueden gozar de protección constitucional y/o legal.

De un lado, es menester subrayar que tales intereses subjetivos gozarán de la particular protección propiamente normativa y también procesal, que brindan las libertades de la enseñanza, pero *sólo en la medida* que se coonesten con las finalidades objetivas por las que se instituyen las mismas.

De otro lado, la perspectiva que aquí se apunta tampoco excluye la protección jurídica aun para el caso de que los intereses subjetivos de los centros de enseñanza y docentes sean distintos, e incluso contrarios, a las mencionadas finalidades objetivas. En estas situaciones, los intereses individuales de los operadores educativos, si bien no amparados constitucionalmente por las específicas libertades de la enseñanza, podrían gozar, en su caso, de la correspondiente protección normativa. En el ámbito constitucional, esta defensa será la que otorgue el reconocimiento de la norma suprema de los derechos y libertades no particulares de la esfera de la enseñanza, así como de otras reglas o principios constitucionales.

Así, en las ocasiones en las que los intereses particulares de Universidades, Centros y docentes no redunden en favor, o incluso sean contrarios a la libertad y pluralidad de la educación, enseñanza, ciencia o cultura, cabrá la posibilidad de dar cauce constitucional a estos intereses a través de las libertades ideológica (art. 16 CE), religiosa (art. 16 CE) o de

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

expresión (art. 20 CE)⁷⁶, del derecho de propiedad y de propiedad intelectual (art. 33 CE), de la libertad empresarial (art. 38 CE), o, por ejemplo, en el caso de las Universidades, a través del principio de descentralización y desconcentración (art. 103 CE), por citar algunas de las categorías constitucionales que fácilmente pueden concurrir en este ámbito.

Como resulta obvio, la protección procesal que se conferirá en cada caso dependerá básicamente de la naturaleza y ubicación constitucional de tales categorías (esto es de su consideración de derechos fundamentales o no, de reglas o principios⁷⁷ y de la susceptibilidad de contar con la protección especial del artículo 53. 2º CE). En consecuencia, para lo que no se encauce a través de derechos y libertades de los que gozan de particular protección, las distintas aspiraciones de los operadores educativos, se hará depender, en muy buena medida de su recepción normativa infraconstitucional.

C) Algunos ejemplos del alcance de esta propuesta en relación con algunas libertades de la enseñanza

1.- En relación con la libertad de cátedra

De las consideraciones anteriores se deriva que resulta conveniente discernir el ejercicio de la libertad de cátedra por el docente de su ejercicio, como ciudadano, de otras libertades como la libertad ideológica, religiosa, de expresión o derechos como la propiedad intelectual⁷⁸.

Cuando confluyen los intereses que la Constitución pretende garantizar con la libertad de cátedra, entrará verdaderamente en juego la particular protección constitucional que supone su reconocimiento. Por lo tanto, el ámbito y los límites de las manifestaciones del docente constitucionalmente protegidos por la libertad de cátedra serán bien *distintos* de aquellas ocasiones en las que las manifestaciones del docente, ajenas e incluso

⁷⁶ La íntima conexión de las libertades de la enseñanza con las libertades ideológica, religiosa y de expresión resulta, precisamente, un argumento en favor de la construcción que aquí se propone. Por medio del reconocimiento de estas libertades resultan amparados de forma general los intereses subjetivos que exige la salvaguarda de la dignidad de la persona. Por ello, la concreción que las libertades de la enseñanza suponen de aquellas libertades adquiere un completo -y admisible- carácter funcional.

⁷⁷ Al respecto del diferente alcance de una norma ya como regla ya como principio ver, Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., en general todo el Capítulo tercero ("La estructura de las normas de derecho fundamental", págs. 81 a 170), en particular, ver las págs. 82 a 87; las afirmaciones concretas se contienen en las págs. 85 a 86.

Se sigue también la distinción entre reglas y principios efectuada por Gustavo ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, (2ª ed. 1997), págs. 109 y ss. No obstante, ello no supone admitir la desnaturalización que, a mi juicio, efectúa este autor del carácter normativo de la Constitución.

⁷⁸ En este sentido, al margen de otras consideraciones que ahora se siguen, véase en esta misma publicación el estudio de Teresa FREIXES SANJUÁN: "Los problemas de la libertad de cátedra", quien señala "que el Tribunal Constitucional confunde el contenido de la libertad de cátedra con el de la libertad de expresión o la libertad religiosa o ideológica, sin tener en cuenta que se trata de derechos distintos." (Página décima de dicho estudio).

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

contrarias a las finalidades objetivas de esta libertad, impliquen el mero ejercicio de las libertades ideológica y de expresión en el ámbito laboral, en este caso, en el entorno docente.

Por ello, sin relación alguna con la libertad de cátedra puede incluso permitirse que el docente xxx reemplazar todos realice comentarios en clase de cuestiones que nada tienen que ver con su asignatura, incluso aunque ello no se atribuya a su metodología docente. En estos casos, el ejercicio de la libertad de expresión del docente ⁷⁹ quedará sometido a mayores (más bien, distintas) limitaciones, condicionadas por su propio marco laboral (disciplina, cumplimiento de sus funciones, etc.) ⁸⁰

En esta misma línea, cabe dudar que los intereses subjetivos del docente -como puedan serlo, por ejemplo, los intereses económicos personales en relación con la exigencia de un determinado manual- queden particular y constitucionalmente protegidos. Sólo gozarán de tal protección si

⁷⁹ La comprensión aquí propuesta no desconoce los problemas que supone el reconocimiento formal de la libertad de cátedra en el artículo 20 CE y no en el artículo 27 CE. FERNÁNDEZ-MIRANDA, que es el autor más próximo a las posición aquí defendida, en la medida que hace prevalecer la dimensión institucional de las libertades de la enseñanza sobre su carácter subjetivo, ciertamente no se explica la ubicación constitucional (cfr. Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit. pág. 126). Este autor distingue la libertad de expresión docente, mero derecho subjetivo, de la faceta objetiva e institucional que implica la libertad de cátedra, como "sistema educativo basado en el pluralismo interno" (así pues, la libertad de cátedra viene a resultar un principio configurador semejante a la libertad de enseñanza pero circunscrita al ámbito de la enseñanza pública. Cfr. *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, cit. pág. 551 y *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit. págs. 61 y ss.)

Diversos autores han considerado que hubiese resultado más positiva la ubicación de la libertad de cátedra en el artículo 27 CE (Cfr. AA. VV, *Constitución española*, CEC, Madrid, 1979, pág. 65 y Enrique ÁLVAREZ CONDE: *Curso de Derecho Constitucional*, cit. pág. 332. Sin embargo, su reconocimiento en el artículo 20 CE no impone que las facultades de la libertad de cátedra se ciñan únicamente al ámbito de la libertad de expresión, y por ende a la libertad ideológica. En este sentido, Enriqueta EXPÓSITO: *La libertad de cátedra*, cit. pág. 104 y Cristina RODRÍGUEZ COARASA: *La libertad de enseñanza en España*, cit. pág. 123 y 187.

Desde esta perspectiva cabe, pues, admitir la construcción propuesta. Así, la libertad de cátedra no se agota en el derecho a la libre expresión de ideas u opiniones. Antes al contrario, es el carácter exclusivamente funcional de la libertad de cátedra el que determina las facultades y el alcance de los poderes que otorga a quien la ejerce. La misma distinción constitucional a la hora de reconocer a la libertad de cátedra y a la libertad de expresión en el artículo 20, se explica en razón del sentido específico funcional, institucional u objetivo que la tiene libertad de cátedra. La exclusiva finalidad objetiva de la libertad de cátedra queda expresada, precisamente, por su reconocimiento particular en el artículo 20 CE.

En esta dirección, Javier CREMADES: "La libertad de cátedra... cit., en concreto, pág. 26, parece ir en la línea señalada. Si bien la ubicación en el artículo 20 la entiende como voluntad de subraya el carácter subjetivo de esta libertad -precisamente lo contrario de lo que aquí se afirma-, afirma que "supera la propia libertad individual de expresión docente, conteniéndola para defender la pluralidad e independencia del propio sistema educativo", así pues, vincula el carácter funcional de la libertad de cátedra, superior al interés individual.

Desde la perspectiva aquí propuesta, la ubicación incluida en el artículo 20 CE se explicaría, simplemente, por el hecho de que la mayor parte de los poderes que la libertad de cátedra implica para el sujeto guarden clara identidad con las facultades que supone el reconocimiento de la libertad de expresión (en semejante sentido, cfr. Enriqueta EXPÓSITO: *La libertad de cátedra*, cit. pág. 101.)

⁸⁰ En este sentido parece conveniente recordar las palabras de Antonio EMBID IRUJO: *Las libertades en la enseñanza*, cit. pág. 291. cuando afirma que la libertad de cátedra no protegería la emisión de opiniones que no guardaran relación con la materia impartida y fueran, únicamente, expresión de opciones ideológicas cualesquiera.

Ahora bien, las libertades ideológica o de expresión que el docente goza como persona entrarían en juego. Estas libertades podrían, incluso, legitimar constitucionalmente tales expresiones u otras conductas del docente. Si bien, para resultar admisibles deberían no sólo armonizarse con los intereses jurídicos del ámbito de la educación que entrasen en juego, sino también con condicionantes de índole estrictamente laborales o empresariales. El marco jurídico resultaría, pues, bien distinto. Al respecto de este marco, ver, entre otros, Gloria P. ROJAS RIVERO: *Libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991, y Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO: "Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo", lección pronunciada en su investidura como Doctor *Honoris Causa* de la Universidad de Ferrara, publicado en *Revista de Relaciones Laborales* números 1-2, 1996, páginas 12 a 21.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

ello contribuyese a la libertad y pluralidad de la enseñanza, ciencia y cultura, a la vez que tal exigencia debiera armonizarse con los derechos del educando⁸¹. Sin perjuicio de ello, los legítimos intereses del docente en la imposición de su libro contarán con la protección constitucional y legal correspondiente. Así, la referida exigencia de un manual podría quedar reconducida a la protección constitucional que, en su caso, pudiese brindar la libertad ideológica, libertad de creación científica y/o el derecho a la propiedad, en este caso, intelectual.

2.-En relación con los centros educativos

Bajo esta comprensión, haciendo referencia ahora a los centros de enseñanza privados, será menester distinguir la protección constitucional de la que gozan en virtud del artículo 27 CE de aquélla que puedan disfrutar en virtud el derecho de propiedad del centro (art. 33 CE) o la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE.

Así, la creación de un centro educativo o el ejercicio de la dirección del mismo quedarán particularmente garantizados en la medida en la que, objetivamente, puedan resultar afectadas las finalidades constitucionales que implican las libertades en la enseñanza. No se tratará, por ello, de proteger los intereses privados que puedan concurrir, sino de garantizar la significación que *racionalmente* comportan estas libertades del marco educativo⁸². De este modo, lejos de la históricas -y religiosas- acepciones

⁸¹ En este sentido no está de más recordar lo afirmado por Luis JIMENA QUESADA en esta misma publicación ("Libertad de cátedra, cultura democrática y evaluación del profesorado", página undécima del mismo):

"se pone el énfasis en la libertad de cátedra para defender la *libertad para imponer* a los alumnos unos determinados manuales o libros de texto que teóricamente se adecúan mejor al programa de la asignatura (o - en una lectura más peyorativa- que "sirven para aprobar mejor"). Como resultado negativo de tal coyuntura, el interés científico de ofrecer (libertad de ciencia) diversidad de material didáctico queda relegado en aras a una percepción de lucro económico achacable -justificadamente en muchos casos- por los alumnos a sus profesores."

⁸² La prolongada confesionalidad del Estado impuso, a la postre, que quedase en gran medida vacío el sentido de libertad y pluralidad que racionalmente comporta la libertad de enseñanza. No en vano eran las ambiciones de la Iglesia enseñante las que enarbolaban el estandarte de esta libertad en nuestro país. La verdadera significación liberal y plural de la libertad de enseñanza tan sólo se ha subrayado a partir de la mitad de la presente centuria, con el creciente intervencionismo educativo del Estado en materia educativa.

Y es que con la libertad de enseñanza se ha legitimado y encubierto la histórica hegemonía de la Iglesia en la escuela española, preeminencia de hecho tan lejana a la pluralidad que cabalmente implica esta libertad. No en vano el radical-socialista Albornoz en las constituyentes de la segunda República realizaba planteamientos que medio siglo más tarde se repetirían, a la hora de elaborar nuestra actual norma suprema; "La libertad de enseñanza [afirmaba Albornoz] no es ni ha sido, históricamente, un principio liberal [...] La bandera de la libertad de enseñanza [...] no es sino una bandera clerical." Al margen del valioso estudio de Mariano PESET contenido en esta publicación, un adecuado relato de la evolución de las libertades de la enseñanza en España puede verse en el capítulo I del trabajo de Cristina RODRÍGUEZ COARASA: *La libertad de enseñanza en España*, cit. págs. 27 a 75 (la cita de Albornoz es de la pág. 64. También, pueden seguirse las documentadas obras de Manuel de PUELLES BENÍTEZ: *Textos sobre la educación en España (siglo XIX)*, UNED, Madrid, 1988 y *Educación e ideología en la España contemporánea* (3ª ed.), Labor, Barcelona, 1991. Una explicitación del problema de la libertad de enseñanza como problema religioso se encuentra en Vidal GUITARTE IZQUIERDO: "La enseñanza: sus polos de interés y de conflictividad en las relaciones entre la Iglesia y el Estado", en *Diez años de régimen constitucional español*, cit. págs. 241 a 236.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

de la libertad de enseñanza, su ejercicio sólo cobrará razón de ser en función de la libertad y pluralidad del sistema educativo.

En este orden, la creación de centros docentes por diversos colectivos dominantes bien podría menoscabar la pluralidad en el sistema educativo. En este caso, habría que afirmar que tal libertad de enseñanza no daría cobertura a la pretensión de crear un centro docente, sin perjuicio de que los intereses de quien o quienes ello ambicionaran pudieran quedar amparados jurídicamente por otros cauces (art. 33 y/o art. 38 CE).

De igual modo, determinadas actividades movidas por intereses subjetivos del centro educativo resultarán, sin duda, ajenas e incluso contrarias a aquellas finalidades institucionales u objetivas. En estas ocasiones, por lo tanto, tales intereses resultarán distantes al ámbito de protección del artículo 27 CE y, en su caso, sólo quedarán amparados por los preceptos arriba señalados.

3.- Algunas consideraciones respecto de la autonomía universitaria

De forma semejante a los anteriores ámbitos aludidos, la perspectiva que aquí se sostiene podría colaborar a replantear el entendimiento hasta ahora seguido de la autonomía universitaria. Como se señaló, la autonomía de las Universidades se reconoce en beneficio de la libertad académica y sólo en favor de ésta cobra sentido⁸³. Sin embargo, el ejercicio de determinadas potestades actualmente atribuidas difusamente a la "comunidad universitaria" no se corresponde, e incluso distorsiona la consecución de las finalidades objetivas que con esta institución parecen garantizarse.

No puede extrañar que tanto en la presente publicación como en otros ámbitos no falten visiones críticas del alcance y desarrollo que ha tenido la autonomía de las Universidades⁸⁴. No en vano *hoy bien se puede dudar que el entendimiento y práctica que se ha hecho de esta institución jurídica haya redundado en favor de la libertad y pluralidad de la enseñanza y la ciencia*. Lejos de aquellos fines superiores a los que obedece su reconocimiento, en ocasiones parece que la autonomía haya contribuido, de un lado, al mantenimiento de negativos rasgos tradicionales de la Universidad. Mas ni siquiera ha conservado las virtudes que pudiera tener aquella Universidad, sino que, de otra parte, el entendimiento actual de la autonomía universitaria ha comportado nuevos vicios. Tal visión de esta categoría ha propiciado que se desvíe la atención y actividad de docentes e

⁸³ Véase lo afirmado por D'ATENA en la nota nº 48 y en el texto que la acompaña.

⁸⁴ Como habrá apreciado el lector, destaca en este sentido el crítico estudio recogido en la presente publicación de Emilio VALIÑO: "Algunas reflexiones sobre la LRU", en particular, véase la página undécima del mismo. Véase allí la afirmación extraída de Alejandro NIETO.

investigadores tanto hacia el ejercicio del poder cuanto hacia una gran cantidad de funciones puramente administrativas, en detrimento de la propia enseñanza e investigación. Asimismo, de forma casi incomprensible, la autonomía universitaria se ha constituido en un tosco límite al ejercicio de estas actividades, comprendidas bajo las libertades de cátedra, de estudio e investigación.

A modo de alternativa, cabe señalar que *la garantía institucional de la autonomía universitaria sólo recae respecto de todas las peculiaridades en la organización y actividad universitaria que reviertan directamente en favor de la finalidad por la que ésta es reconocida*. Bajo esta comprensión, algunas de las proyecciones que parecen quedar hoy amparadas por la autonomía universitaria no ostentarían la protección de la garantía institucional en la medida que no se correspondan con las finalidades de ésta. La singular autonomía conferida a las Universidades sólo cobra sentido en tanto que obedece a las finalidades por las que se instituye en el artículo 27. 10º CE. *En la medida que no se pongan en juego estos objetivos constitucionales, las Universidades son una Administración más*. En consecuencia, el resto de las peculiaridades propias de la Universidad como Administración y organismo autónomo habría de ubicarlas bajo el genérico reconocimiento de los principios constitucionales de descentralización y desconcentración (103 CE)⁸⁵. La cobertura que confieren estos principios sería la única de rango constitucional que encauzaría intereses legítimos de estos organismos autónomos.

V- UN EXCURSO. LOS PROBLEMAS DEL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CÁTEDRA; LAS BONDADES DE SU ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA FUNCIONAL-OBJETIVA QUE AQUÍ SE SOSTIENE

A) Dos particularidades relativas al contenido de la libertad de cátedra como objeto de reflexión

De entre las diferentes libertades que se incluyen entre las libertades de la enseñanza, resulta singularmente atractivo centrar la atención en la libertad de cátedra. No en vano esta libertad ostenta una compleja naturaleza jurídica, una polémica titularidad, un contenido singularmente *elástico* y modulable, así como impone una articulación jurídica

⁸⁵ En este sentido, en esta publicación, D'ATENA advierte que el reconocimiento de la autonomía universitaria no se dirige genéricamente a la realización del principio de descentralización (art. 5 de la Constitución italiana) o al del buen funcionamiento de la Administración (art. 97 CI), sino a crear las condiciones más favorables para dotar de sentido a las dos libertades contempladas en el primer apartado de la disposición que la consagra: el art. 33 de la Constitución (de cátedra y enseñanza). Ambas libertades representan –si se permite la expresión– el centro de gravedad del sistema universitario." (cuarta página del estudio).

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

extraordinariamente compleja con el resto de las libertades en la educación. En consecuencia, la libertad de cátedra exige un tratamiento *técnico* que quizá no se demandase precise con otros derechos y libertades; el atractivo que esta libertad busca en el otro quitar ostenta excede para el jurista al interés propio del ámbito material de la enseñanza.

En relación con el objeto de atención de la presente reflexión, cabe centrarse en un aspecto particularmente complejo de la libertad de cátedra: su polémico contenido. Respecto del mismo se dan dos particularidades que están, a su vez, íntimamente relacionadas: el dudoso ámbito de facultades o poderes protegidas por este supuesto derecho subjetivo y la completa *elasticidad objetiva* de su alcance.

De la atención a tales particularidades se inferirán consecuencias al respecto de la perspectiva funcional-objetiva con la que en este estudio se abordan las libertades en la enseñanza. Mediante estas apreciaciones se reafirma la conveniencia de atender estas libertades, y en particular la libertad de cátedra, desde la sola perspectiva objetiva, frente a su tradicional percepción subjetiva.

1.-Primera particularidad. La discusión sobre las facultades o poderes que implica la libertad de cátedra analizada desde una perspectiva subjetiva

El nudo, lacónico y escueto reconocimiento constitucional de la libertad de cátedra en el artículo 20. 1º c) no ayuda en modo alguno a descubrir su contenido. En este sentido, no resulta sencillo determinar sobre qué actividades de las realizadas por el docente recae la protección constitucional que confiere la libertad de cátedra (actividad curricular, elaboración de programas, docencia, corrección de exámenes, etc.) Es decir, si se atiende a esta libertad como un pretendido derecho subjetivo, no resulta sencillo averiguar qué facultades o ámbitos de poder han sido concedidos por el ordenamiento constitucional al docente. Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional ha excluido del contenido de la libertad de cátedra la facultad de auto organización de la docencia, así como la facultad de examinar y evaluarxxx aquí lo de ible, o el derecho a elegir entre las distintas asignaturas que se integran en un área de conocimiento

86

⁸⁶ Véase, al respecto, el auto 457/1989, de 18 de septiembre, FJ 4º o sentencias como la 217/1992, de 1 de diciembre FJ 3º, 212/1993, sentencia de 2 de agosto o la sentencia 179/1996, de 12 de noviembre, FJ 5º.

2.- Segunda particularidad. La completa modulación de tales facultades en virtud de una amplia gama de circunstancias: la "elasticidad objetiva" de la libertad de cátedra

Pero a la anterior particularidad del contenido de la libertad de cátedra se añade otra íntimamente relacionada. Para determinar el alcance de esta libertad desde una perspectiva subjetiva no sólo resulta complejo determinar el haz de facultades o poderes que implica la misma (lo que se ha señalado como "primera particularidad"), sino que a esta dificultad se añade una mayor, la que podría calificarse como completa "elasticidad objetiva" de la libertad de cátedra. Esta elasticidad de su contenido hace referencia a la casi absoluta variabilidad del alcance de las facultades o poderes que implica la libertad de cátedra. Resulta extraordinariamente complejo advertir cómo afectan distintos elementos circunstanciales en la determinación concreta del alcance de cada una de aquellas -también discutidas- facultades.

Una serie de variables actúan, conjunta o separadamente, a la hora de determinar el alcance del contenido de este supuesto derecho subjetivo. De entre estos elementos, pueden citarse los siguientes: el nivel y tipo de enseñanza de que se trate, la edad del educando y sus posibles circunstancias particulares, la titulación del discente y la exigida para desempeñar su puesto docente, la materia que se imparte, la naturaleza pública, privada o concertada del centro educativo, el establecimiento por éste de un carácter propio, etc ⁸⁷. Resulta difícil encontrar otro derecho o libertad cuyo contenido resulte modulable en tal medida.

B) Dos consideraciones respecto de tales particularidades

1.- Una primera reflexión de alcance general: la necesidad del rigor jurisdiccional a la hora de delimitar el contenido de los derechos y libertades

Como se ha advertido, el Tribunal Constitucional ha excluido del contenido de la libertad de cátedra la facultad de auto organización de la docencia, la elaboración básica del programa de la asignatura así como la facultad de examinar y evaluar, entre otras. Respecto de la bondad o

⁸⁷ La sentencia 5/1981, en su FJ 9º, hizo referencia a esta *elasticidad objetiva* 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".

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

desacierto de estas decisiones materiales no se pretende ahora realizar valoración alguna ⁸⁸ sí, por el contrario, permítaseme un excursus para valorar de forma negativa de la dudosa calidad jurídica de su elaboración.

Como con tanto acierto expuso de OTTO, se debe realizar una adecuada *delimitación* de las facultades que se garantizan con el reconocimiento de un derecho o libertad; es menester efectuar tal delimitación para discernir lo que resulta o no protegido por la Constitución ⁸⁹.

Al lector no escapará la centralidad de la cuestión: si el Tribunal afirma que una u otra facultad no pertenecen al contenido de un derecho -en nuestro caso de las facultades que comprenden la libertad de cátedra-, las garantías que, respecto de los límites de los derechos se han ido configurando en el constitucionalismo actual ⁹⁰, perderán al instante toda virtualidad ⁹¹. Así, si bien cada día se exige una mayor argumentación a la

⁸⁸ En diversos apartados de la presente publicación se han atendido algunas de estas cuestiones. Un tratamiento y valoración del alcance de estas facultades en el ámbito universitario puede verse en Alfredo GALLEGO ANABITARTE: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*. cit. págs. 129 a 132; Enriqueta EXPÓSITO: *La libertad de cátedra*, cit. págs. 170 a 175; Blanca LOZANO: *La libertad de cátedra*, cit. págs. 181 a 204; Manuel SALGUERO: *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, cit. 86 a 89 y Cristina RODRÍGUEZ COARASA: *La libertad de enseñanza en España*, cit. págs. 214 a 221.

⁸⁹ Al respecto, en especial, véase Lorenzo MARTÍN RETORTILLO e Ignacio DE OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, cit., en concreto, la segunda parte del libro, debida al segundo de los autores, y en particular, entre otras, págs. 142, y 151 a 152; más reciente, ver también Manuel MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa...* cit. págs. 10 a 44. La jurisprudencia constitucional, tal y como Remedio SÁNCHEZ FERRIZ: 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 a 5051), asumió en buena medida esta aportación del maestro de Oviedo (cfr. sentencias. 15/1993, 282/1993 y 336/1993). Recientemente el Tribunal nos recordaba los elementos básicos de este punto de vista (sentencia 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)."

⁹⁰ El Tribunal Constitucional en la sentencia 120/1990, de 27 de junio, recordaba, con una extraordinaria concisión, los pilares básicos que suponen la teoría de los límites relativos y la de los límites de los límites de los derechos (FJ 8º):

"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 C. E. 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 (sentencias TC 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» (sentencia TC 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» (sentencias TC 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» (sentencia TC 37/1989, FJ 7º) y, en todo caso, respetar su contenido esencial (sentencias TC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FJ 4º, 5º, 6º; 197/1987, FJ 11), si tal derecho aún puede ejercerse."

⁹¹ Así puede apreciarse con claridad en la sentencia 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

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

hora de reconocer y admitir la constitucionalidad de los *límites* a los derechos, no parece, sin embargo, exigirse el mismo *peso de las buenas razones*⁹² a la hora de *delimitar* los mismos.

Así pues, cabe demandar a los encargados de llevar a cabo tal delimitación⁹³ y, en particular al Tribunal Constitucional, una buena argumentación de corte institucional (experimental o material, histórica, funcional e incluso sociológica⁹⁴) para *delimitar* el contenido de facultades que forman o no parte del derecho. De lo contrario se *abriría una peligrosa puerta* que permitiría burlar las garantías que poco a poco establece el constitucionalismo moderno en materia de derechos y libertades.

Algo así parece haber sucedido respecto de la libertad de cátedra. Diversas resoluciones del Tribunal Constitucional (auto 457/1989, sentencia 217/1992, 212/1993, o la 179/1996, entre otras) han excluido o incluido determinadas facultades al docente como componentes de la libertad de cátedra sin una suficiente argumentación que justificase tal decisión. 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."

⁹² En el Derecho constitucional actual, en especial el ámbito de los derechos fundamentales, parece reconducirse su carácter objetivo a la continua ponderación y, conjuntamente, a la convicción por la argumentación (de ahí que en la doctrina alemana se haya llegado a señalar al Estado constitucional como *Estado ponderador*).

Sin perjuicio de las negativas consecuencias que ello conlleva (impredecibilidad, decisionismo, etc.) este fenómeno puede también ser apreciado desde un punto de vista positivo. Así, se trata de añadir una *carga de buenas razones* allí donde el Derecho positivo no alcanzaba a requerir las mismas. Es decir, el peso de los buenos argumentos pasa a incluirse dentro de la tradicional objetividad del Derecho, que no pierde este carácter objetivo, sino que lo completa.

Es así como pueden asumirse las exigencias para la admisibilidad de los límites a los derechos (finalidad legítima, necesidad, proporcionalidad, etc.) Con estas construcciones se trata de añadir más condicionantes y justificaciones basadas en la razón, no en la subjetividad, allí donde no los había.

En cierto modo, en contra a esta posición, Javier JIMÉNEZ CAMPO: "Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley", en AA. VV, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, (Eliseo AJA, editor), Ariel, Barcelona, 1998, págs. 171 a 200, en concreto en la pág. 178, afirma que el empeño en convencer debilita a la propia argumentación jurisdiccional.

Sin embargo, a mi juicio, si se asume que el convencimiento por vía de la razón se incluye como un aspecto más del carácter objetivo del Derecho no debe rechazarse *per se* el valor suasorio de las argumentaciones jurisdiccionales. En esta dirección se puede seguir el reciente libro de Alejandro NIETO y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998, carta decimoséptima del segundo de los autores, "Se hace camino al andar y Derecho al razonar", en concreto págs. 262 a 263, en donde se señala que "nada ni nadie puede ahorrarnos el esfuerzo de razonar, de justificar nuestros actos cuando sean contestados por los demás, de convencer y persuadir a los que nos rodean [...] mi fe en el Derecho [...] es la fe en la capacidad del ser humano de buscar y encontrar razones y de exigirselas a los demás, la fe en la superioridad de la confrontación de razones con razones sobre cualquier otra forma posible o pensable de convivencia."

Por mi parte, entiendo que es menester trasladar esta prolongación de la razón jurídica no sólo respecto de los límites de los derechos y libertades, sino también a la delimitación de los mismos.

⁹³ David BLANQUER: *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 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".

⁹⁴ Alfredo GALLEGO ANABITARTE: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*, cit. 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). Tal y como señala, este "enfoque institucional" implica la "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" (pág. 38).

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

este modo, sin perjuicio del acierto o desacierto de la decisión de fondo, las facultades sustraídas al docente -como por ejemplo la corrección de exámenes- quedaban desamparadas de toda protección constitucional.

2.- Una segunda reflexión de alcance particular: la conveniencia de atender el contenido de la libertad de cátedra desde una perspectiva objetiva

La idea-base del presente estudio -la superación de una visión subjetiva de las libertades de la enseñanza- bien puede proyectarse en relación con la delimitación de la libertad de cátedra. Los inconvenientes de esta tarea, multiplicados por el predicado fenómeno de la completa *elasticidad objetiva* que se da en esta libertad, podrían superarse atendiendo, únicamente, a las finalidades objetivas por la que se instituye la libertad de cátedra.

Y es que el análisis subjetivo de esta libertad no resulta positivo ni esclarecedor. Mejorxxx más que intentar advertir cuáles son las facultades protegidas por la libertad de cátedra, y cómo se modula el alcance de estas potestades en virtud de los elementos antes referidos, puede resultar mucho más claro atender en qué medida pueden resultar afectadas las finalidades objetivas de esta institución.

La libertad y pluralidad en la enseñanza puede entrar en juego en todo tipo de actividades del docente, y como se ha afirmado, no sólo confiriendo a éste poderes, sino también obligaciones y responsabilidades. La concreción de todo ello se hace depender del marco concreto donde la actividad del docente se desarrolle. En vez de intentar averiguar, delimitar y concretar el haz de facultades que integran el contenido de esta libertad desde una perspectiva subjetiva, resultará más clara y positiva la búsqueda y defensa de esta finalidad objetiva en la variada actividad del docente y en los múltiples contextos en donde ésta se lleve a cabo.

No se trata del *derecho* a transmitir conocimientos y opiniones en el ejercicio de la función docente⁹⁵, ni del *derecho* a participar en los órganos académicos⁹⁶ o elegir la asignatura a impartir⁹⁷; la libertad de cátedra

⁹⁵ Esta facultad (funcional e instrumental) resulta el tradicional contenido de esta libertad, de ahí su reconocimiento en el artículo 20 CE. El Tribunal ha reiterado que la libertad de cátedra consiste en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias con relación a materia objeto de su enseñanza, presentando de este modo un contenido, no exclusiva pero sí predominantemente, negativo (Así en sentencias como la 5/1981, 21/1992, 217/1992 y 212/1993, entre otras).

⁹⁶ Tal facultad también ha sido abordada por el máximo intérprete, e incluida como ámbito propio de esta libertad. Al respecto, ver, sentencia 212/1993, de, FJ 4º *in fine*. "ello [la libertad de cátedra] implica la participación de los profesores en los órganos de gobierno de la Universidad, lo que no implica, sin embargo, que todo profesor universitario pueda exigir, al margen de los requisitos que establezcan las Leyes, la participación en los órganos universitarios."

⁹⁷ Al respecto de esta facultad se aprecia con mayor claridad que la misma no puede concebirse como derecho subjetivo. Así, en el FJ 7º de la sentencia 179/1996, desde una perspectiva subjetiva se niega que la libertad de

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

tampoco debe identificarse con un *derecho* a realizar los diseños curriculares o la elaboración de programas, ni, entre otros, esta libertad supone un *derecho* a elaborar y corregir exámenes⁹⁸, etc. Se trata de que se respete y promocióne el ejercicio de estas y otras actividades del marco docente de modo que se contribuya a la libertad y pluralidad en el sistema educativo.

Quizá, desde este punto de vista pudiera apreciarse con mayor sencillez que dentro de la ciencia, sólo puede ser libre, y por ende, integrar la pluralidad del sistema, quien alcance un nivel de conocimientos suficientes para ello. De otra parte, presiones e imposiciones a todo discente en la elección de la docencia a impartir o en la corrección de exámenes, podrían, en su caso, afectar negativamente a la libertad de cátedra, pese a ser éstas actividades que quedan en principio fuera de las facultades que integran el contenido de esta libertad.

Desde un ángulo contrario, y recordando que los únicos derechos subjetivos son los de los alumnos (como a continuación se considera), a mi juicio, mediante este criterio instrumental podrían encauzarse diversos problemas como el que Nieto, con no poca ironía, alude. Señala este autor lo que podría calificarse como *libertinaje de cátedra*; afirma que el ejercicio de esta libertad conlleva "alumnos que terminan la carrera con grandes lagunas y, al tiempo, repiten la misma materia en cuatro o cinco asignaturas. Pero el Catedrático está orgulloso de su libertad de cátedra, que defiende lo mismo frente a intromisiones ministeriales que frente a un control de la Facultad o del Departamento."⁹⁹

VI- UNA CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR: LOS ÚNICOS DERECHOS SUBJETIVOS RECONOCIDOS EN LA *CONSTITUCIÓN EDUCATIVA* SON LOS DEL EDUCANDO

A) La afirmación general

cátedra implique el derecho a elegir entre las distintas asignaturas que se integran en un área de conocimiento. No obstante, a continuación se 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 [...]". Difícilmente el Tribunal podría afirmar que la libertad de cátedra incluye el mencionado derecho a elegir la asignatura a impartir. Sin embargo, alejándose del análisis desde la perspectiva subjetiva, el Tribunal sí advierte que la protección de la finalidad que *late* en la libertad de cátedra sí que implica eludir injustificadas imposiciones de impartir docencia en casos determinados.

⁹⁸ Resulta expresiva la alusión de la sentencia 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 3º, cuando entrecorilla el supuesto "derecho" a elaborar el temario a exigir a los alumnos. Para negar este "derecho" el Tribunal lo que hace es, sin mayor argumento, señalar "que no puede ser subsumido o englobado en la libertad de cátedra."

Está claro que si la realización y la corrección de exámenes no son tareas del profesor, en la mismas no podrá proyectarse la libertad y pluralidad precisas. No obstante, si tales funciones sí están atribuidas a éste (lo que es usual), en el ejercicio de las mismas sí que podrá quedar en entredicho la libertad y la pluralidad no de la persona del docente, sino del sistema educativo.

⁹⁹ Alejandro NIETO: *La tribu universitaria*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 117.

Tal y como se señaló al comienzo del presente estudio, en el mismo se trataba de afirmar que los dos ejes básicos del modelo constitucional de la educación y enseñanza eran, de un lado, el logro de la libertad y pluralidad y, de otro, la satisfacción de los derechos de los alumnos. Se afirmaba ya en aquel lugar que los únicos derechos subjetivos reconocidos como tales en el diseño constitucional de la educación y enseñanza son los derechos de los alumnos.

Y ello es así porque, de una parte, y tal y como se viene afirmando hasta el momento, las libertades de la enseñanza reconocidas a los centros educativos y a los docentes no implican verdaderos derechos para éstos. Mas, de otra parte, porque, como a continuación se expone, las facultades reconocidas a los padres tampoco suponen la protección de los intereses subjetivos de éstos, en tanto que se trata de las ya aludidas "potestades" o "derechos-deber" en favor de los hijos (*vid supra III. A*). La Constitución reconoce 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 artículo 27.

La consideración de los derechos de los alumnos como únicos derechos subjetivos implica dotar de su correspondiente virtualidad jurídica a éstos frente al resto de categorías jurídicas del ámbito educativo¹⁰⁰. Ello supone, en alguna medida, un nuevo talante en la percepción jurídica de la Constitución educativa.

B) Una excepción: el artículo 27. 3º CE también garantiza los intereses paternos

Cabe, no obstante, establecer una excepción respecto del derecho paterno a elegir la enseñanza acorde a las propias creencias (art. 27. 3º CE). El derecho que se reconoce en el apartado tercero se sitúa *a caballo* entre el ámbito de la enseñanza y de la libertad ideológica y religiosa¹⁰¹. La expresa voluntad del constituyente ha garantizado expresamente tanto el

¹⁰⁰ En los distintos apartados del artículo 27 CE se incluye una heterogénea gama de categorías jurídicas. La sentencia 86/1985, de 10 de julio, recuerda que "algunos de ellos consagran derechos de libertad (así por ejemplo, apartados 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, por ejemplo, obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4º), garantizan instituciones (apartado 10), o derechos de prestación (así, por ejemplo, la gratuidad de la enseñanza básica, apartado 3) o atribuyen, en relación con ello, competencias a los poderes públicos (así por ejemplo, apartado 8), o imponen mandatos al legislador". Pudiérase añadir a este relato, la inclusión en este artículo de un principio configurador de todo el sistema -tal es el apartado segundo.

Obvio es decir que, siguiendo el presente estudio, los derechos de libertad mencionados o la institución de la autonomía universitaria se corresponderían con funciones, potestades o derechos deber, no subjetivos.

¹⁰¹ Al respecto de las posiciones doctrinales respecto de la naturaleza de este derecho, ver, entre otros, Cristina RODRÍGUEZ COARASA: *La libertad de enseñanza en España*, cit. págs. 112 y ss.

interés subjetivo de los padres como el de los alumnos. 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 creencias¹⁰². Esto es así, a diferencia, de las facultades de participación reconocidas a los padres en los apartados quinto y séptimo del artículo 27 CE, que sólo tienen sentido si se ejercen en favor de los intereses del alumno. Sin embargo, este legítimo interés subjetivo paterno amparado y conformado como derecho subjetivo por el artículo 27. 3º 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 lo dispuso la norma suprema.

Sin perjuicio de ello, cuando el alumno adquiera la capacidad natural para ejercer su libertad ideológica o religiosa, el artículo 27. 3º CE dejará de amparar intereses subjetivos paternos y únicamente representará una garantía específica de la libertad ideológica y religiosa del alumno.

Ahora bien, la particularidad que constituye el derecho del art. 27. 3º CE no empece la afirmación general que en este apartado ha pretendido constatar, en el sentido que los únicos derechos subjetivos reconocidos como tales en el ámbito de la enseñanza son los de los alumnos.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La presente reflexión, que ahora concluye, ha pretendido sostener una nueva perspectiva jurídica, *formal* o *técnica*-si así se quiere calificar-, con la que abordar las libertades del espacio educativo. Ahora bien, como se señalaba al inicio del estudio, las fuentes y categorías jurídicas son manejadas y orientadas por el jurista desde distintos puntos de partida o presupuestos básicos. En estas páginas, aun sin renunciar al tratamiento propiamente jurídico de la cuestión, no se ha dudado en manifestar las imbricaciones y proyecciones que podrían derivarse de los postulados aquí mantenidos.

La configuración jurídico-constitucional que aquí se sostiene deja en un orden subsidiario a legítimos intereses subjetivos de los "operadores educativos" (Universidades, centros, docentes y padres). Así, *las históricas connotaciones religiosas que comportaba la libertad de enseñanza deben dejar paso al componente de pluralidad y libertad de cabalmente comporta esta categoría jurídica. A la vez, y en especial, con la presente propuesta se*

¹⁰²

En contra de este parecer Antonio TORRES DEL MORAL: prólogo a Cristina RODRÍGUEZ COARASA: *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 15 a 20, en concreto, págs. 18 a 20, en la pág. 20 concluye que el titular del derecho y quien es el interesado es el alumno.

"Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo", número monográfico doble Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 22/23, , enero 1999

pretende que quienes ejercen las facultades que confieren las libertades reconocidas en el marco de la enseñanza acepten el importante papel servicial que las sociedad les confía y la Constitución impone. Y es que, como se ha seguido, la "Constitución educativa" determina este papel servicial, dado que su núcleo lo integran los derechos de los alumnos y las finalidades objetivas de la libertad y pluralidad.

Se trata, pues, de la necesidad de acabar asentando entre los operadores educativos una dosis de responsabilidad en el ejercicio de sus facultades, en principio, amparadas constitucionalmente. Esta responsabilidad incluye, entre otras consecuencias, la aceptación de los deberes y responsabilidades que las propias libertades de la enseñanza implican. A mi juicio, con una democracia ya asentada tras dos décadas de normatividad constitucional, resulta éste un adecuado entendimiento del diseño constitucional de la educación y la enseñanza.

Es menester advertir que *la construcción propuesta en modo alguno pretende debilitar las libertades del espacio educativo, sino fortalecerlas en orden al fin por las que se reconocen.* El amplio espacio de libertad que estas libertades suponen para los operadores educativos si se ejercen adecuadamente resulta el mejor instrumento en la defensa del sistema educativo constitucional. Sin embargo, si el ejercicio de estos ámbitos de libertad se desvía del fin del cual son instrumento, el efecto resulta negativo tanto para el propio entorno de la enseñanza como para el más amplio Estado constitucional.

Ramón y Cajal afirmaba con acierto que hay pocos hombres capaces de ser cirujanos de sí mismos, y el colectivo de la enseñanza no es una excepción a ello. No obstante, añadía el insignexxx ilustre premio Nobel que "el bisturí salvador debe ser manejado por otros"¹⁰³, posición que aquí no se comparte.

Ya por la naturaleza de la propia relación jurídica educativa, ya en razón de la propia Historia, nuestra Constitución optó por encomendar a los "operadores educativos" la primera responsabilidad en la defensa de la libertad y pluralidad de la educación y la enseñanza. De este modo, son las Universidades, centros educativos y docentes quienes deben "manejar el bisturí" del que hablaba el ilustre neurólogo. Ahora bien, no cabe excluir la necesidad de supervisar el buen uso de estas potestades; y ello corresponde tanto a *la sociedad en general cuanto a los poderes públicos*, siendo esto último lo propio del ámbito jurídico¹⁰⁴. Unos u otros, *deberán velar por que el ejercicio de las facultades que implican tales libertades, lejos de comportar un privilegio conducente a vicios corporativistas, se*

¹⁰³

Citas extraídas de Blanca LOZANO: *La libertad de cátedra*, cit., págs. 145 a 146.

¹⁰⁴

En este sentido cabe recordar las consideraciones realizadas por Luis JIMENA QUESADA en esta misma publicación ("Libertad de cátedra, cultura democrática y evaluación del profesorado", páginas sexta y séptima del mismo) en relación con la dudosa operatividad de las medidas disciplinarias y la propia eficacia de la presión social.

corresponda con las finalidades por las estas facultades son protegidas constitucionalmente. Así, en estas situaciones patológicas, suscitadas por la falta de responsabilidad del operador educativo y/o la pérdida de la noción del servicio que prestan a la sociedad, deberá entrar en juego el control de la adecuación del ejercicio de estas libertades de la enseñanza a los fines que las motivan.

Obviamente, sin perjuicio del papel que a la misma sociedad corresponde, serán las autoridades jurisdiccionales quienes, en última instancia, deberán interpretar, concretar y determinar las finalidades por las cuales se instituyen las libertades de la enseñanza. En particular, deberán comprobar si en cada caso concreto los intereses subjetivos de los operadores educativos gozan o no de la particular protección constitucional, en la medida en la que coincidan o no con tales finalidades.

Así encauzados los eventuales conflictos y sin perjuicio de la mayor eficacia que puedan suponer las exigencias sociales, serán en última instancia los jueces y magistrados quienes deberán controlar la adecuada armonización y ponderación entre los derechos de los alumnos, las libertades en la enseñanza y, en su caso, los intereses subjetivos de los operadores educativos que marchen al margen de aquéllos.

Quien suscribe no desconoce la necesidad de concretar algunos aspectos de la propuesta que aquí se contiene. En especial, resultaría menester perfilar diversos criterios objetivos útiles para constatar la adecuación del ejercicio de las libertades de la enseñanza a las finalidades por las que se constitucionalizan. No obstante, tal y como se señaló al inicio, en estas páginas se pretendía promover, invitar e incitar la reflexión y el debate respecto de lo que, a mi entender, supone una construcción novedosa de las libertades del espacio educativo, un entendimiento que puede modular la comprensión del marco constitucional de la enseñanza. La profundización y desarrollo de la línea aquí perfilada escapa a la naturaleza del presente estudio, y quizá a su propio autor. De ahí que quien ahora concluye estas líneas no puede más que esperar que las presentes ideas y reflexiones se tomen en consideración, ya sea para valorarlas o contradecirlas, mas, en todo caso, para que ello alimente el siempre positivo proceso dialéctico del cual se nutre el Derecho¹⁰⁵.

¹⁰⁵

Al respecto, véase la cita de Ramón PARADA VÁZQUEZ recogida en la nota a pie nº 8.